

# **AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y RECHAZO AL TRATAMIENTO. EL DERECHO A DECIR “NO”**

*Javier García Amez*

*Técnico de Gestión de la Función Administrativa, Hospital Vital Álvarez Buylla  
Servicio de Salud del Principado de Asturias*

## **ÍNDICE**

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DERECHO AL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN.
  - A. El derecho al rechazo del tratamiento en la Constitución.
  - B. El derecho al rechazo al tratamiento en la Ley General de Sanidad.
  - C. El derecho al rechazo al tratamiento en la Ley de autonomía del Paciente.
  - D. El derecho al rechazo del tratamiento en la legislación Autonómica.
- III. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN PERSONAS ADULTAS CAPACES.
  - A. Introducción.
  - B. El rechazo al tratamiento por motivos religiosos.
  - C. El papel de las instrucciones previas.
- IV. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN PERSONAS MENORES E INCAPACES.
  - A. El rechazo al tratamiento en menores de edad y personas incapacitadas
  - B. En especial, la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio.
- V. EL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS OCASIONADOS POR LA REALIZACIÓN DE TRATAMIENTOS ALTERNATIVOS.
- VI. EXCEPCIONES AL RECHAZO AL TRATAMIENTO.
  - A. Introducción.
  - B. Riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.
  - C. Riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo.

- VII. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN EL CASO DE INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS.

- A. Introducción.
- B. Marco normativo.
- C. Marco jurisprudencial.

- VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## **RESUMEN**

El derecho al rechazo a un tratamiento sanitario es una manifestación de la autonomía de la voluntad del paciente, expresamente en España en la Ley de Autonomía del Paciente. En este trabajo pretendemos analizar su ejercicio, límites y situaciones especiales, como es el caso de los internos en centros penitenciarios.

## **PALABRAS CLAVE**

Autonomía del Paciente, Rechazo al tratamiento, Excepciones.

## **ABSTRACT**

The Right to Refuse Medical Treatment is an expression of Patient's Autonomy. This work tries to explain the legal regimen of this Right, his exercise, limits, exceptions and the special relation of confinement people.

## **KEYWORDS**

Patient's Autonomy, Refuse Medical Treatment, Exceptions.

## I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el médico y el paciente han sufrido un importante cambio en los últimos tiempos, que ha supuesto un giro total en su entendimiento y configuración. De este modo, el principio de autonomía de la voluntad del paciente es un elemento esencial de la relación médico-paciente<sup>1</sup>, de modo que el mismo ya no se va a encontrar sujeto al paternalismo dominante en la antigüedad, conforme al cual no tomaba decisión alguna sobre su salud, sino que era el médico la persona encargada decidir, y el paciente se encontraba sometido a esta voluntad. En la actualidad, de este paternalismo médico se ha pasado a un sistema de autonomía del paciente, en el cual el paciente es el eje del mismo, la persona que va a decidir libremente las decisiones que afecten a su salud sin verse sometida a condicionantes externos<sup>2</sup>, siendo el exponente máximo de esta autonomía el consentimiento informado requerido para toda intervención que se quiera realizar sobre la salud<sup>3</sup>. Ejemplo claro de esta transformación es el artículo 12.1 del vigente Código Deontológico Médico, que obliga al médico a respetar el derecho del paciente a decidir libremente después de haber recibido la información adecuada sobre las opciones clínicas disponibles, debiendo respetar a su vez el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento<sup>4</sup>.

1 Sobre el principio de autonomía en las relaciones sanitarias, véase por todos BEUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, New York, 6ª ed., 2009 págs. 99- 139, GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 64- 70, CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bo-marzo, Albacete, págs. 7-10, 2005 y LAPORTA SANMIGUEL, F. J., “Algunas incógnitas del principio de autonomía en tratamientos médicos”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía Personal y Decisiones Médicas. Cuestiones Éticas y Jurídicas*, Thomson-Reuters, Madrid, 2010, págs. 19- 34, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009, págs. 65-68 y 77- 116, SANCIÑENA ASURMENDI, C., “Autonomía y derecho a la vida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2010, págs. 369- 397 y BASTIDA FREIJEDO, F., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, en XIOL RÍOS, J. A. y BASTIDA FREIJEDO, F., *Autonomía del paciente: responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, págs.143-322.

2 Cfr. PANAGOPULOU-KOUTNATZI, F., *Die Selbstbestimmung des Patienten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pág. 24.

3 Sobre el mismo, *vid.* Por todos GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit, págs. 70- 76 y 87 – 100, GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson- Civitas, Madrid, 2ª ed., Madrid, 2007, págs.341- 457 y MÉJICA GARCÍA, J. y DíEZ RODRÍGUEZ, J. R., *El estatuto del paciente*, Thomson- Civitas, Madrid, 2006, págs. 31- 103. Igualmente, resulta imprescindible la consulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo.

4 En este caso el Código Deontológico únicamente obliga

Partiendo de la base del principio de libertad consagrado en el artículo 10 de la Constitución, el paciente ha de consentir cualquier tratamiento que se vaya a realizar sobre su salud<sup>5</sup>, lo que implica a su vez que también será libre de decidir acerca de si pone o no fin a una intervención o acepta un tratamiento propuesto por un facultativo, aunque ello implica que se pueda poner fin a su vida<sup>6</sup>, lo que ha sido considerado un derecho que reviste el carácter de fundamental que se encuentra enmarcado dentro del contenido del derecho fundamental a la integridad física, recogido en el artículo 15.1 de la Constitución Española<sup>7</sup>.

El derecho al rechazo del tratamiento encuentra igualmente acomodo en el ámbito del artículo 16.1 de la Constitución, que recoge el derecho a la libertad ideológica y religiosa, dado que en no pocas ocasiones, se suelen aducir motivos ideológicos de cara a justificar el rechazo<sup>8</sup>. Tal es el caso de la negativa a recibir transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová, o de las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario. No obstante, en general, el derecho a rechazar un tratamiento, o a decir “no”, se ha de buscar en el ámbito del derecho a la autonomía del paciente, en el derecho que le asiste de cara a tomar decisiones de una manera libre y no coartada sobre su salud, todo ello sin olvidar el importante papel que juega el derecho a la libertad ideológica y religiosa en este ámbito, puesto que una parte de su contenido viene dado, precisamente, por la posibilidad que tiene el sujeto de actuar conforme a sus propias creencias, sin más limitaciones que las necesarias para preservar el orden público.

En el presente trabajo se pretende realizar un recorrido del marco normativo y jurisprudencial existente en la actualidad sobre el derecho al rechazo. Para ello el esquema que hemos seguido pasa por una

al médico a informar de manera comprensible y precisa al paciente de las consecuencias de su negativa.

5 *Vid.* DE LORA DELTORO, P. y GASCÓN ABELLÁN, M., *BioÉtica*, Alianza, Madrid, 2008, pág. 126.

6 *Cfr.* HERRING, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2ª ed., 2008, pág. 503.

7 *Vid.* TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs 36- 37 y *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CÉPC, Madrid, 1999, págs. 329- 330.

8 *Vid.* LARIOS RISCO, D., “La nueva relación asistencial”, en LARIOS RISCO, D. (Coord.), *Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 220- 221.

9 *Vid.* BRAZIER, M. y CAVE, E., *Medicine, Patients and the Law*, Penguin, London, 4ª ed., 2007, págs. 101- 104.

breve introducción, en la que se analiza la relación existente entre el derecho/principio a la autonomía del paciente o usuario, y el rechazo al tratamiento, analizando la normativa que se ha ocupado de este tema, fundamentalmente, la Ley 14/1986, de 35 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS) y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LDO). Tras la introducción se expondrán los requisitos necesarios para poder ejercitar este derecho, en concreto, la capacidad necesaria, haciendo especial hincapié en los supuestos de menores de edad e incapacitados. Posteriormente, y dada la relevancia que presenta para el presente estudio, serán objeto de análisis las instrucciones previas, en la medida en que es el documento mediante el cual, una persona adulta y capaz, puede rechazar con antelación un tratamiento médico, para el caso en que llegara a encontrarse en una determinada situación que le permita rechazarlo personalmente. Tras este análisis, se estudiará uno de los casos paradigmáticos de rechazo a tratamientos, como es el relativo a los Testigos de Jehová, y el rechazo que éstos muestran a las transfusiones de sangre, ya que la religión que profesan se lo prohíbe. Finalizado este apartado se comentarán las excepciones generales que existen para el ejercicio de este derecho, que como todo derecho está sujeto a límites, según ha declarado el Tribunal Constitucional en jurisprudencia constante. Finalmente, se analiza uno de los casos más problemáticos, como es el relativo a las personas que se encuentran internadas en centros hospitalarios, cuyo derecho a rechazar un tratamiento se ve claramente restringido por parte del Tribunal Constitucional.

## II. EL DERECHO AL RECHAZO DEL TRATAMIENTO

### A. El derecho al rechazo del tratamiento

El derecho a rechazar un tratamiento parte de la base de la autonomía del paciente. Aún a pesar de la importancia que reviste este principio, en el ámbito de la Constitución no encontramos, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la vida, a la integridad física y moral, o a la intimidad, referencia expresa a la autonomía de paciente, aunque ello no supone un obstáculo insalvable para que a lo largo del texto constitucional se puedan encontrar otros valores o derechos de los cuales se pueden derivar la autonomía del paciente.

El punto de partida a tales efectos es el artículo 1.1 de la Constitución, que entre los valores superiores del Ordenamiento Jurídico español reconoce la libertad, dentro de la cual tiene encaje el derecho del paciente a decidir sobre su tratamiento<sup>10</sup>. Este artículo, a su vez, ha de ponerse en estrecha conexión con el 10.1, que reconoce entre los valores constitucionalmente protegidos la dignidad de la persona, al igual que el libre desarrollo de la personalidad, lo que implica la existencia de un ámbito constitucional reservado a la voluntad de todo individuo como expresión máxima de un derecho a la autonomía personal<sup>11</sup>. De este modo, la dignidad se va a basar en la libertad garantizada por parte del Estado de elegir la forma de vida que cada persona decida, siempre que se respeten los demás bienes constitucionalmente protegidos, siendo tarea de los poderes públicos su salvaguardia<sup>12</sup>.

Estos dos valores que hemos reseñado, dignidad y libertad, serían suficientes para reconocer el derecho al rechazo de un tratamiento<sup>13</sup>. No obstante, y así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril<sup>14</sup>, la

10 En concreto «es indiscutible el derecho del paciente a decidir de forma general sobre su propio tratamiento como ámbito de su propia libertad, lo que implica la necesidad de otorgar su consentimiento (él o quien deba sustituirle legalmente si no está en condiciones de hacerlo por sí mismo) después de haber recibido la información necesaria; sólo así podrá otorgar el llamado «consentimiento informado». No es menos cierto que también le asiste el derecho a negarse a él si lo estima más conveniente para sus intereses personales», ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 432.

11 Cfr. GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 85-87. Se señala que «la dignidad, se identifica la libertad, concretamente con una libertad práctica, que posibilita y garantiza poder decidir, optar y actuar para ser uno mismo. La dignidad, por tanto, se revela como consecuencia de ejercer la autonomía. En este sentido interno, vivir dignamente es vivir con la vida que uno libremente ha elegido». ROVIRA A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007, pág. 52

12 Vid. la sentencia del Tribunal Constitucional 113/1989, de 22 de junio, que afirma que, «el principal interés público está en asegurar la dignidad de la persona (y) los derechos inviolables que le son inherentes».

13 El propio Tribunal Constitucional en la sentencia 337/1994, de 23 de diciembre viene a señalar que la dignidad constituye «un valor superior del ordenamiento que se contiene en el artículo 10.1 CE como pósito de los demás valores o principio allí consagrados, lo que revela su fundamental importancia».

14 En concreto, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad

dignidad se encuentra estrechamente vinculada con otros derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la integridad física y moral y a la libertad religiosa e ideológica<sup>15</sup>.

## B. El derecho al rechazo a un tratamiento en la Ley General de Sanidad

Aún a pesar de que el derecho a rechazar un tratamiento puede desprenderse de la Constitución, tal y como hemos podido comprobar en el epígrafe anterior, el desarrollo a nivel legislativo del mismo se vio demorado por parte del legislador, y no será hasta la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), cuando expresamente se reconozca de modo expreso el mismo.

El artículo 10.9 LGS, hoy derogado por la LDO, contemplaba la posibilidad de que el paciente pudiese rechazar, una vez informado sobre su proceso y las alternativas al mismo, el tratamiento que había sido ofrecido por el médico, en cuyo caso debía manifestar por escrito la negativa, solicitando además el alta voluntaria del centro hospitalario<sup>16</sup>. El legislador permitía de este modo el rechazo a un tratamiento,

---

personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás».

15 En definitiva, el derecho al rechazo a un tratamiento puede entenderse comprendido en la Constitución, derivándose el mismo de una interpretación conjunta de los de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales que anteriormente hemos señalado. No obstante, en este punto ha de traerse a colación el artículo 10.2 de la Constitución, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales que sobre la materia sean ratificados por España, entre los cuales se encuentra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Este Convenio reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8), y la prohibición de la tortura, de cuya unión se desprende la existencia del derecho al rechazo al tratamiento. *Cfr.* SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Rechazo de tratamientos médicos”, en GASCÓN ABELLÁN, M. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética*, tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 463. Por otra parte, estos artículos han dado lugar a una rica jurisprudencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el consentimiento informado y su posterior revocación una vez que ha sido prestado, en concreto, pueden señalarse los asuntos *Pretty c. Reino Unido* (2002), *Glass c. Reino Unido* (2004), *Juhnke c. Turquía* (2008).

16 Obligación que ha sido calificada de coacción inadmisibles para el paciente no conformista. Al respecto *vid.* GRACIA GUILLEN, D., *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2<sup>a</sup> ed., 2007, págs. 181- 182 y ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 433.

aunque condicionándolo a la posterior solicitud de alta voluntaria por parte del paciente<sup>17</sup>.

No obstante, al igual que todo derecho, se veía sujeto a una serie de límites, los cuales aparecían recogidos en el apartado 6 de este mismo artículo 10, que limitaba el derecho a rechazar el tratamiento en una serie de supuestos, los cuales han sido conservados por la vigente LDO<sup>18</sup>. En concreto, la LGS señalaba los siguientes límites:

- a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública,
- b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas, y
- c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Con el paso del tiempo, en el seno del Consejo de Europa se aprobó el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito el día 4 de abril de 1997, y en vigor para España desde el 1 de enero del 2000 (conocido como Convenio de Oviedo), y que supuso una importante modificación en el panorama sanitario que culminó con la aprobación LDO<sup>19</sup>. En concreto, el artículo 5 del Convenio de Oviedo, señala que «no podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre [...] la persona afectada podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad.».

---

17 Artículo que ha de relacionarse con el artículo 11.4 de la LGS, que regula el alta hospitalaria en estos supuestos. Según este artículo, es obligación del paciente: «4. Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta».

18 Sobre las mismas, *vid.* ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., págs 433- 440, GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 85- 87 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. P., *La impropriamente llamada Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 149-162.

19 *Vid.* CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, pág. 9. Otros autores señalan que, tanto la LDO como el Convenio de Oviedo, en este caso no vienen a desarrollar el derecho a la Salud, sino más bien los derechos a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de conciencia. *Vid.* LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia II*, Thomson- Civitas, Madrid, 2007, pág. 397

### C. El derecho al rechazo del tratamiento en la Ley de Autonomía del Paciente

El artículo 2.4 LDO, de manera bastante sucinta, y recogiendo los mismos términos que el artículo 10.9 LGS, contempla el derecho al rechazo al tratamiento<sup>20</sup>. De este modo, dentro de los principios informadores señala que «todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito».

Siguiendo el criterio que había apuntado en la LGS, este rechazo se va a ver condicionado nuevamente a la petición de alta voluntaria por parte del paciente, aunque también prevé la posibilidad de acordar el alta forzosa si el paciente se niega a firmar el alta voluntaria. Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.1 LDO, «en caso de no aceptar el tratamiento se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por Ley». A continuación, el apartado segundo de este mismo artículo añade que si el paciente no acepta el alta, la dirección del centro, una vez comprobado su informe clínico, oirá al paciente acerca de su negativa, y si éste persiste en la misma, este hecho se pondrá en conocimiento del juez para que confirme, o no, la decisión adoptada por el paciente.

Con buen criterio, y consciente de la enorme conflictividad que puede generar el alta forzosa, y en aras a salvaguardar en el derecho a la vida e integridad del paciente, el legislador prevé en este mismo artículo 21 LDO la posibilidad de que el juez sea en

última instancia la autoridad encargada de decidir sobre si se otorga o no el alta forzosa, de modo que para el caso de que el paciente no aceptase el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

Este artículo 21 introduce una importante novedad con respecto a la LGS, la posibilidad de que el paciente rechace un tratamiento pero el propio centro le ofrezca uno alternativo y éste sea aceptado por el paciente, o, incluso, el propio paciente sea la persona que sugiera algún tratamiento alternativo al facultativo, el cual podrá aceptar siempre que no sea contrario a la *lex artis*<sup>21</sup>. En estos casos el paciente no está obligado a firmar el alta voluntaria, y se podrá someter al tratamiento alternativo propuesto, ya que, según el citado artículo, el hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no va dar lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Tales circunstancias quedarán debidamente documentadas en la historia clínica del paciente.

Éstas son las únicas referencias que encontramos a lo largo de la LDO al rechazo al tratamiento, sin que el legislador haya querido establecer con mayor claridad cuáles son los límites de este derecho o los requisitos exigidos para su ejercicio, únicamente contempla los requisitos procedimentales que se exige, de ahí, que deba acudir a la regulación general de los tratamientos médicos, más en particular del consentimiento informado.

## III. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN PERSONAS ADULTAS CAPACES

### A. Introducción

En el ámbito de las personas adultas capaces, se parte de la regla general del consentimiento informado, ya que no ha de olvidarse que el mismo ha de consentir de manera libre y voluntaria cualquier in-

20 Varias Comunidades Autónomas han venido a reconocer en su normativa propia este derecho que estamos analizando, completando y ampliando los derechos de los pacientes de sus respectivos Servicios de Salud. Es el caso de los artículos 6.1.p) de la Ley 2/1998, de 15 junio, de Salud de Andalucía, 49.9 de Ley 1/1992, de 2 julio de Servicio de Salud de Asturias, 6.1.p) de la Ley 11/1994, de 26 julio, de Sanidad de Canarias, 30 de la Ley 7/2002, de 10 diciembre, de Sanidad de Cantabria, 32 de la Ley 8/2003, de 8 abril, sobre derechos y deberes de la personas en relación con la salud de Castilla y León, 22 de la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, 30 de la Ley 3/2005, de 8 julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura, 3.3 de la Ley 3/2001, de 28 mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, 47 de la Ley 3/2009, de 11 mayo de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de Murcia, 8 de la Ley Foral 10/1990, de 23 noviembre, de Salud de Navarra, 1, g), h) e i) del Decreto 175/1989, de 18 julio, de la Consejería de Sanidad y Consumo, por el que se aprueba la Carta de derechos y obligaciones de pacientes y usuarios, 6.6.a) y 22 de la Ley 2/2002, de 17 abril, de Salud de la Rioja.

21 Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1996, de 25 de junio. Por su parte, el Código Deontológico Médico, en su artículo 12.2 prevé que en estos casos, si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar y por tanto su conducta será irrepachable.

tervención que se quiera llevar a cabo en su cuerpo, tal y como imponen los artículos 2.4 y 8.1 LDO.

El médico ha de cumplir con la obligación de informar al paciente sobre el tratamiento médico, al igual que las consecuencias que de las alternativas existentes, para que el paciente pueda formarse una mejor opinión y estar en mejores condiciones para aceptar o no un tratamiento, y si elige esta última opción, ha de respetar la voluntad del paciente de no verse sometido al tratamiento, aunque a continuación debe informarle de las consecuencias que se derivan del rechazo al tratamiento, algo que no sólo es un deber legal, sino también un deber deontológico recogido en los apartados 1 y 2 del artículo 12 del Código Deontológico Médico. El paciente, en estos casos<sup>22</sup>, puede rechazar incluso aquéllos tratamientos que puedan comportar su muerte, siendo irrelevante los motivos que alegue en defensa de su posición.

No obstante, sucede que en determinadas situaciones, como hemos señalado, el paciente rechaza el tratamiento ofrecido, al igual que sus alternativas, pero a cambio ofrece una alternativa, un tratamiento que estima adecuado y conveniente, al objeto de que el médico lo acepte<sup>23</sup>. En estos casos el facultativo ha de valorar la solicitud, y lo podrá aceptar siempre que el mismo no sea contrario a la *lex artis*<sup>24</sup>, en cuyo caso no tendrá la obligación de aceptarlo, ya que de lo contrario nos encontraríamos ante un posible supuesto de responsabilidad civil si el paciente sufre algún tipo de daños durante el transcurso del tratamiento.

22 Cfr. SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Rechazo...”, cit., pág. 468.

23 Al respecto *vid.* TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “El Derecho ante las decisiones al final de la vida: Novedades normativas. A la vez, algunas notas sobre la objeción de conciencia de los profesionales ante el rechazo al tratamiento vital”, *Derecho y Salud*, volumen. 22, Extraordinario XX Congreso, 2011, págs. 121-124.

24 *Vid.* LARIOS RISCO, D., “La nueva relación...”, cit., pág. 224, autor que señala que, el facultativo, puede aceptar la propuesta del paciente si el tratamiento no está indicado, aunque en tales casos será preciso, si se quiere evitar una eventual responsabilidad por las consecuencias de un tratamiento o intervención total o parcialmente distintos a los indicados, que el paciente firme un documento de consentimiento que incluya una renuncia expresa a ejercer cualquier tipo de acción de responsabilidad jurídica contra los profesionales, el Centro, o la Administración sanitaria, en su caso. Igualmente, véase la sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 14 de noviembre de 2003 (AS 2004/671), que viene a confirmar este límite a la aceptación del tratamiento propuesto por el paciente, de modo que si el mismo es contrario a la *lex artis*, no puede entenderse que exista un supuesto de denegación de asistencia sanitaria por la no aceptación del tratamiento alternativo planteado por el paciente.

## B. El rechazo al tratamiento por motivos religiosos

Aunque el rechazo a un tratamiento médico no exige motivación alguna, siendo suficiente la constatación de la voluntad del paciente de rechazarlo, es cierto que en la mayoría de los casos el rechazo viene motivado por móviles o fines religiosos, siendo uno de los supuestos más conflictivos en la práctica es el relativo al rechazo de las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová<sup>25</sup>.

Los Testigos de Jehová constituyen un grupo que rechaza las transfusiones de sangre basándose en sus creencias religiosas<sup>26</sup>, generando con ello una serie de problemas de cara a llevar a cabo operaciones quirúrgicas en las que se hace preciso transfundir para que la vida del paciente no corra riesgo. Este colectivo, aún a pesar de ser informado de que no existe una alternativa a la transfusión, y del riesgo que corre su vida, rechaza la misma.

En todos estos casos el problema está en determinar qué se debe hacer, respetar la voluntad del paciente adulto capaz o salvaguardar la vida y la salud del mismo. Un conflicto de no fácil solución, al ser un supuesto en el que se plantea una colisión entre dos deberes morales, el deber de preservar la vida o la salud del enfermo, y el deber de actuar de acuerdo con los dictados de la propia conciencia, ejercitando el paciente su libertad de conciencia amparada en el derecho a la libertad ideológica y religiosa<sup>27</sup>.

25 Sobre los mis mismos, *vid.* MARTORELL I M. V. y SÁNCHEZ-URRUTIA, A. (Coords.), *Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2005. Igualmente, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, *INDRET*, 2/2010, págs. 9-21 y CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia a Intervenciones Médicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 23-24.

26 Este grupo rechaza el tratamiento de transfusión de sangre amparándose en varios preceptos bíblicos, fundamentalmente del Levítico, como por ejemplo: “Es una ley perpetua para vuestras generaciones en todas vuestras residencias: grasa alguna ni sangre alguna habéis de comer” (Levítico 3, 17), “En cuanto a cualquier individuo de la casa de Israel o de los extranjeros residentes en medio de ellos, que comiere cualquier clase de sangre, volveré mi rostro contra esa persona que hubiere comido la sangre y le borraré de en medio de su pueblo. Porque el alma de la carne está en la sangre y yo la he puesto por vosotros sobre el altar para expiación de vuestras almas”. (Levítico 17, 10), “Cualquier hombre, así de los hijos de Israel como de los extranjeros que moran entre vosotros, que cazare pieza de pelo o pluma que es lícito comer, derramará su sangre y la cubrirá con tierra, porque el principio vital de toda carne es su sangre y he dicho a los hijos de Israel: ‘No comeréis la sangre de ninguna criatura, pues el espíritu vital de toda carne es su sangre; cualquiera de los que la comieren será exterminado’” (Levítico 17, 13-14).

27 Cfr. CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia...*,

Además, en todos estos casos no ha de olvidarse que también está en juego el derecho fundamental a la libertad religiosa, establecido en el artículo 16.1 de la Constitución<sup>28</sup>, y sobre la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que no sólo implica el derecho a que el individuo forme sus propias creencias, que forma parte de la vertiente interna de la misma, sino también el derecho a poder manifestarlas hacia el exterior, actuando según las mismas. No debe olvidarse la importancia que reviste esta vertiente externa de la libertad religiosa, ya que de no permitirse el poder exteriorizar las propias convicciones religiosas a la persona, se podría producir una merma del contenido esencial del de este derecho que no sólo debe entenderse como el derecho a formar nuestra propia ideología, ha de permitirse al ciudadano que actúe siguiendo su propia ideología, aunque esta libertad religiosa, como todo derecho tenga un límite. Límite que viene marcado por el propio artículo 16 de la Constitución<sup>29</sup>: el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Una limitación, que también aparece señalada en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante LOLR), que expresamente contempla 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 moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Con respecto a este artículo, el Tribunal Constitucional en el Auto 369/1984, de 20 de junio, de la Sala Primera, interpretó este artículo 3.1 en el sentido de que, la salud a la que hace referencia es la salud individual del ciudadano. De este modo, a la hora de exonerar a un magistrado por haber ordenado la transfusión de sangre a un testigo de Jehová, señala que «por entender que existía una autorización legítima derivada de los arts. 3 y 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio, para la actuación judicial, ya que el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3, y en pro de ella actuó el Magistrado-Juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas».

cit., pág. 24.

28 «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

29 Al respecto, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 20/1990 de 15 febrero, 15/1982, de 23 de abril, 19/1985, de 13 de febrero y 166/1996, de 28 de octubre.

Esta interpretación no merece más que el rechazo a la misma. La salud a la que hace referencia este artículo 3.1 de la LOLR, no es más que la salud pública, colectiva, no de la persona en concreto que la ejerce<sup>30</sup>. Una interpretación que ha sido acogida por parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, que señala que este límite se concreta en idea de garantía del orden público, de tal modo que sólo entraría en juego cuando se acreditado un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moralidad pública y no la salud individual.

De este modo, el rechazo de un tratamiento por parte de un adulto capaz, aún a pesar de tener constancia de que el mismo va a producir la muerte del mismo, no justifica la transfusión, salvo que nos encontramos en un supuesto en el cual, la no transfusión puede producir perjuicios a terceros<sup>31</sup>.

La jurisprudencia señala que en estos casos de pacientes adultos y con plena capacidad, ha de respetarse la voluntad del mismo, siempre que éste, de manera libre y voluntaria, manifieste su voluntad de no verse sometido a un tratamiento médico, ejerciendo por tanto su derecho a la autonomía de la voluntad, junto con su derecho a la libertad religiosa e ideológica<sup>32</sup>. Un tratamiento médico que se impusiera en contra de la voluntad manifestada del paciente sería considerado un atentado contra la libertad ideológica y religiosa del mismo, y podría desembocar en una

30 Contrario a esta interpretación asumida por el Tribunal Constitucional, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009, pág. 225 y BARRERO ORTEGA, A., “Vida, Salud y Conciencia Moral”, *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005, pág. 219, que señala que esta interpretación es «desenfocada y errónea, ya que, tanto el artículo 3.1 de la Ley Orgánica como los textos internacionales con relevancia en la materia, hablan de salud pública, de donde se infiere que la salud individual, sin mayores repercusiones hacia fuera, no puede ser invocada como elemento constitutivo del orden público en cuanto límite expreso de la libertad de religión». Por otra parte, otro autor crítico con esta resolución del Tribunal Constitucional ha sido SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias*, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid, 2007, pág. 273, que añade, que, el Tribunal Constitucional, en la fecha en la cual emitió el auto, aún a pesar de que la LGS no había sido aprobada, debería haber tenido en cuenta las tendencias existentes en los países de nuestro entorno relativas al consentimiento informado para aplicar cualquier tratamiento médico.

31 Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M<sup>a</sup>., *Derecho eclesiástico español*, Thomson- Civitas, 6ª ed., Madrid, 2005, pág. 310.

32 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha de 15 de abril de 1991, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 4 de marzo de 1992, el auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 23 de septiembre 1992.

responsabilidad penal del médico<sup>33</sup>. De este modo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 166/1996, señala, en el fundamento de derecho sexto, que el derecho a la libertad religiosa, «se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo, es decir, reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales. Y ha declarado también en relación con un problema similar al aquí planteado, que una asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera justificación constitucional. Asistencia coactiva que, obviamente, no se ha producido en este caso».

El enfermo es en estos supuestos la persona encargada de decidir sobre su cuerpo, amparándose en motivos religiosos, aunque no debe olvidarse que, ante todo, nos encontramos ante una manifestación de la libertad de todo paciente a verse sometido a un tratamiento<sup>34</sup>. Es claro al respecto el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas 143/1999, de 7 septiembre<sup>35</sup>, que a la hora de enjuiciar si debe o no autorizarse una transfusión de sangre a un testigo de Jehová que se había negado a la misma, señala que «la esencia de la cuestión sometida a conocimiento o resolución del Juez y de este Tribunal es extrajurídica. Por consiguiente, no tiene respuesta ni en ley, ni en la costumbre ni en los principios generales del Derecho, informadores de todo el ordenamiento jurídico, de ahí que no quepa hablar de una laguna legal que obligatoria e inexcusablemente ha de colmar el Juez o el Tribunal.

33 En este punto resulta interesante, aunque no comportamos la argumentación ni la solución ofrecida por la misma, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990 (RJ 1990\2626), a la hora de analizar el ejercicio de la libertad religiosa de un Testigo de Jehová, acusado de parricidio, señala «[d]ebe apreciarse, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal la atenuación prevista en el número 8.º del artículo 9 del Código Penal porque el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que dan, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo, conformado por dichas creencias, que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes que surgen de una particular exégesis de los Textos Sagrados, pueden conducir, y de hecho conducen, a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto.». La citada exigente en cuestión, es la exigente de enajenación mental.

34 Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 132 y TOMÁS-VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., págs. 346- 350.

35 ARP 1999\2584.

Consiste en un conflicto que se plantea puramente en la esfera interna y más íntima del ser humano -su conciencia, su psique- en la que no entra el derecho positivo, como tampoco entra, o no debe entrar, ninguna persona ajena al sujeto en cuestión. Luego, la respuesta judicial a peticiones como la sometida a conocimiento en esta Sala es la de sugerir que la medida a adoptar sea la que dicten las conciencias de enfermo y médico, si logran ponerse de acuerdo en un diálogo estrictamente privado, íntimo, libre de interferencias extrañas; y si tal acuerdo de orden estricta y exclusivamente moral, de conciencia, anímico, no se produce, decidir, como así se hace en el presente supuesto, que prevalezca la postura del enfermo pero imponiendo previamente a éste, o a su familiar más próximo si aquél se encuentra inconsciente, la firma de una declaración escrita exponiendo que le prohíbe al médico el que le realice una transfusión de sangre cualquiera que sea el estado del enfermo en cuestión, y aunque de ello dependa su vida».

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de julio de 1997, ha venido a establecer una serie de límites a este derecho a rechazar tratamientos. De esto modo, y partiendo de la base de que el adulto capaz tiene el derecho la libertad religiosa, y con ello a rechazar el tratamiento, en su fundamento de derecho único señala que «la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas... el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección».

En estos casos que apunta el Tribunal, el derecho a rechazar cede en aras a salvaguardar los intereses de terceras personas que puedan verse afectadas, como pueda ser el caso de los hijos del paciente<sup>36</sup>.

### C. El papel de las instrucciones previas

El artículo 11 LDO prevé la figura de las instruc-

36 Cfr. BARRERO ORTEGA, A., “Vida, Salud y Conciencia Moral...”, cit., págs. 221- 222. El ejemplo más claro, es el relativo al padre de un menor de edad que rechaza un tratamiento vital, poniendo en riesgo su vida, dejando al menor sin ningún familiar que lo tenga a su cargo. Otro ejemplo, puede ser el de la madre embarazada que rechaza el tratamiento y pone en riesgo el feto.

ciones previas<sup>37</sup>, o lo que es igual, el derecho a que por parte de toda persona mayor de edad, capaz y libre, se pueda manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente.

El paciente puede emitir un documento de instrucciones previas en el cual declare de manera expresa que en caso de verse imposibilitado, por la razón que fuere, para poder emitir personalmente su consentimiento para la aplicación de un determinado tratamiento médico, o que se lleve a cabo una técnica, ésta no sea llevada<sup>38</sup>. Es decir, y a los efectos del presente trabajo, es el documento que permite dejar constancia del deseo de rechazar un determinado tratamiento si se dan determinadas circunstancias<sup>39</sup>. Además, con la finalidad de garantizar un mejor cumplimiento de las instrucciones previas, se contempla la posibilidad de que el otorgante del documento pueda designar un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las mismas.

No obstante, no toda voluntad manifestada en un documento de instrucciones previas va a ser aplicada, ya que, según señala la LDO no van a ser aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento

jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

Estrechamente relacionado con este tema relativo a las instrucciones previas, y a su cumplimiento, está la objeción de conciencia del personal sanitario encargado de llevarlas a la práctica<sup>40</sup>. Es decir, la objeción que puede oponer el médico llamado, por ejemplo, a intervenir quirúrgicamente a un paciente que ha dispuesto en sus instrucciones previas que no desea la transfusión de sangre durante la intervención si fuese necesario, planteándose en este caso un conflicto entre el cumplimiento de lo dispuesto en las instrucciones previas y la conciencia del médico, que le indica que ha de realizar la intervención con transfusión si es que quiere que la misma llegue a buen término.

En el ámbito de la normativa autonómica encargada de desarrollar la LDO en materia de Instrucciones Previas, no contempla en su mayoría la posibilidad de que el personal llamado a aplicarlas pueda acudir a la objeción de conciencia para eximirse de la realización de la citada intervención, únicamente las Comunidades Autónomas de Madrid, Valencia, Extremadura, La Rioja, Islas Baleares y Murcia contempla esta posibilidad<sup>41</sup>.

En el resto de las Comunidades Autónomas no se hace mención alguna a esta posibilidad de objetar por parte del personal sanitario al cumplimiento de las Instrucciones, aunque esto no constituye un obstáculo para que el mismo pueda eximirse del cumplimiento por medio de la *Lex artis*<sup>42</sup>. Según hemos expuesto anteriormente no se puede obligar a que el personal actúe de forma contraria a la misma, y por tanto contraviniendo los procedimientos adecuados para el momento en cuestión. Si por parte del personal se tiene la convicción de que el cumplimiento de las instrucciones previas implica una contradic-

37 Sobre las Instrucciones Previas, *vid.* por todos, GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 115- 205, y “Las instrucciones previas y su regulación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, M. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. y CANTERO MARTINEZ, J. (Coords.), *Derecho Sanitario...*, cit., págs. 493- 517, AAVV, *La ética y el derecho a la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 125- 139, ABELLÁN- GARCÍA, F., “Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas”, en SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F. (Coords.), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, Albolete, 2008, págs. 115- 171, MÉJICA GARCÍA, J. y DIEZ RODRÍGUEZ, J. R., *El Estatuto del Paciente...*, cit., págs. 138- 153 y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derecho e instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, volumen. 22, Extraordinario XX Congreso, 2011, págs. 11- 31..

38 En este punto, resulta interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 23 de abril de 2012, que a la hora de enjuiciar la inscripción de una instrucciones previas que solicitaban la aplicación de la eutanasia, admite la validez de dicha instrucción, en concreto señala que «dicha instrucción, condicionada a lo que resulta de la legalidad vigente en su momento, no constituye ilegalidad alguna sino sometimiento a la norma y, por otra parte, que los conceptos de eutanasia activa e incluso suicidio asistido son términos suficientemente claros y explícitos para conocer qué se quiere expresar con los mismos».

39 *Vid.* GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 150.

40 Lo que es un derecho del médico, según dispone en su artículo 32 el Código Deontológico Médico.

41 Sobre el derecho a la objeción de conciencia en este campo, *vid.* ABELLÁN- GARCÍA, F., “Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España...”, cit., págs. 146- 150 y RIESTRA GALLEGU, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 188- 193.

42 Con respecto a la *Lex artis*, *vid.* por todos, LARIOS RISCO, D., “Calidad de la atención sanitaria. Estándares y *Lex artis*”, en JIMÉNEZ S. y MARTÍNEZ, V. M. y BELDA, E. (Coords.), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Thomson- Civitas, Madrid, 2008, págs. 475-489.

ción de la *Lex artis*, en concreto la *Lex artis ad hoc*<sup>43</sup>, será motivo suficiente de cara a eximirse del cumplimiento de las Instrucciones Previas. Esta exclusión o exención de la aplicación de las instrucciones previas, guarda estrecha relación con el carácter variable que guarda la propia *Lex artis*, que no constituye más que la aplicación de la medicina basada en la evidencia en la práctica clínica diaria. De esta forma, lo que hoy puede ser considerada como una técnica contraria a la *Lex artis*, en un corto espacio de tiempo puede que no, ya que este concepto es, como bien ha señalado la doctrina, un concepto jurídico indeterminado, cuya fijación exacta es prácticamente imposible de conseguir, en la medida en que *Lex artis* y avances científicos, avanzan de igual manera, no pudiéndose entender la primera sin los segundos.

Esta exclusión únicamente se puede aplicar en la medida en que el paciente ordene llevar a cabo una actuación médica determinada, si impone obligaciones de hacer al personal sanitario, mientras que si por el contrario, lo que hace es señalar obligaciones de no hacer, como por ejemplo no realizar un determinado tratamiento, esta exclusión que estamos señalando no entraría en juego, ya que la actuación sería contraria al principio de autonomía del paciente<sup>44</sup>.

Finalmente, el último supuesto en el que el personal no vendría obligado a aplicar las Instrucciones Previas, viene dado, según el artículo 11.3 LDO, por aquellos casos en los cuales el supuesto de hecho previsto por el otorgante no se corresponde con la situación real en la cual deben ser aplicadas. En estos casos nos encontramos con un problema de interpretación de la voluntad del paciente otorgante, ya que el facultativo ha de investigar cuál es la situación para la cual quería el paciente aplicar las instrucciones, lo que puede provocar conflictos sobre cuál es la verdadera voluntad de la persona. En este caso, la persona que ha de interpretar el contenido de las instrucciones, debe guiarse por el principio *in dubio pro vida*, de modo que cualquier duda sobre si un paciente aceptaría o no un determinado tratamiento, se resolvería siempre teniendo en cuenta cuál va a beneficiar más a preservar la vida y salud del otorgante<sup>45</sup>.

43 Entendiendo por tal, «la aplicación de los medios necesarios y posibles de acuerdo con el estado de la ciencia, teniendo en cuenta el caso concreto y las circunstancias que lo rodean.», RIESTRA GALLEGO, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 184.

44 Cfr. RIESTRA GALLEGO, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 186.

45 Al respecto, vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 465.

#### IV. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACITADAS

##### A. El rechazo al tratamiento en menores de edad y personas incapacitadas

La decisión de un paciente adulto capaz, que de manera libre y voluntaria, decide rechazar un tratamiento médico, ha de ser respetada salvo que nos encontremos con alguna de las excepciones que veremos, o ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección, según hemos visto. El problema surge en el caso de menores de edad o personas incapacitadas que deciden negarse a un tratamiento, o bien de los propios representantes legales del mismo que no lo aceptan. Aquí el conflicto de valores viene marcado por el derecho que tiene el menor maduro a decidir válidamente sobre las intervenciones físicas sobre su persona, recogido en los artículos 162.2.1º CC y 9.3.c) LDO, y el interés superior que se desprende de diversos textos jurídicos de proteger al menor en la toma de sus decisiones<sup>46</sup>, fundamentalmente el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor.

El punto de partida es nuevamente la LDO. Esta norma obliga, en los artículos 2.2 y 8.1, a recabar el consentimiento informado en toda intervención que se quiera realizar sobre la salud del menor<sup>47</sup>. Un consentimiento que recordemos ha de ser prestado, o rechazado, una vez que se ha proporcionado a las personas que señala el artículo 5 LDO la información que detalla el artículo 10 de la misma norma.

En el caso de menores la regla general es el consentimiento por representación<sup>48</sup>, según dispone el

46 Cfr. AAVV., *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 64.

47 Sobre la problemática del menor en el ámbito sanitario, vid. MILLÁN CALENTI, R., “Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro”, *Derecho y Salud*, núm. 19, 2010, págs. 125-128, BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica *Derecho y Salud*”, núm. 15, 2007, págs. 9-26 y CANTERO MARTÍNEZ, J., “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, *Derecho y Salud*, núm. 18, 2009, pág. 1-19.

48 Sobre el consentimiento por representación, se señala que el hecho de que la LDO señale que, en el caso de menores de dieciséis años, el consentimiento sea emitido por representación, no implica que el menor de esta edad no pueda consentir,

artículo 9.3 LDO, siendo la persona encargada de emitirlo la que tenga atribuida su tutela o la patria potestad<sup>49</sup>. No obstante, a la hora de emitirse estas personas han de actuar siempre a favor del menor y con respeto a la su dignidad personal, tal y como dispone no sólo este artículo 9.3LD, sino también los artículos 110 y 154 del Código Civil, siendo obligatorio que el menor participe en la toma de decisiones, tal y como dispone el apartado 5 de este artículo 9 LDO, que en este caso se materializa en el deber de oírle siempre que tenga cumplidos doce años. En el ámbito de los incapaces, esta obligación de velar por la salud y el bienestar del incapaz, está atribuida a su tutor, tal y como expresamente impone el artículo 216 del Código Civil.

La excepción a esta regla general del consentimiento por representación la encontramos en este mismo artículo 9.3 LDO en los supuestos de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, en cuyo caso serán ellos los encargados de prestar el consentimiento. No obstante, debe recordarse que el artículo 9.4 LDO recoge especialidades para el consentimiento en materia de interrupción voluntaria del embarazo y en la práctica de ensayos clínicos, que se registrará por su propia normativa<sup>50</sup>.

---

ya que en tal caso debe acudir a los criterios generales que marca el Código Civil al respecto, y valorar de manera individualizada, y caso por caso, si puede o no consentir, una valoración que ha de ser llevada a cabo por parte del médico que le asiste. *Vid.* GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 114-115. Igualmente, véase el artículo 5.2 de la Convención de Asturias de Bioética.

49 Algún autor apunta que en estos casos en los que se rechaza un tratamiento médico para un menor, no parece razonable que sus padres o representantes legales sean los encargados de tomar tal decisión en razón de sus propias convicciones religiosas. *Cfr.* LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia II...*, cit., pág. 402.

50 En concreto por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la interrupción voluntaria del embarazo y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los Ensayos Clínicos con Medicamentos. Esta exclusión traía su razón de ser en un aumento de la edad necesaria para poder llevar a cabo este tipo de actuaciones, en concreto, se fijaba en la mayoría de edad. No obstante, esta excepción a la edad señalada en la LDO, a día de hoy se conserva únicamente para el ámbito de los ensayos clínicos, en la medida en que la normativa reguladora de los mismos exige la mayoría de edad para poderse someter a un ensayo clínico, aunque esto no excluye la posible realización de este tipo de investigación en menores, si bien, en este caso las personas que decidirán al respecto son los padres, tutores o representantes legales. En el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo, se permite acceder a la misma una vez cumplidos los dieciséis años, siempre que se sigan los requisitos exigidos en la normativa para consentir la misma. Con respecto al consentimiento informado en materia de interrupción voluntaria del embarazo, véase, VÁZQUEZ GARRANZO, J., “La nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Derecho y Salud*, volumen 20, número 2, 2010, págs. 18- 36.

El artículo 2.4 LDO, según hemos señalado, recoge el derecho a rechazar el tratamiento, de modo que una vez informado el paciente o su representante, éste puede negarse al tratamiento, o incluso, una vez que ha sido autorizado por él, solicitar su retirada, pudiendo alegar el derecho a la libertad religiosa del menor. En tales supuestos se debe insistir nuevamente en la información sobre el tratamiento, al objeto de poder emitir una opinión sobre el mismo, explicando la causa que justifica ese tratamiento y los riesgos de tal decisión de rechazarlo. Si aún así se rechaza, este rechazo se constatará por escrito, y se estudiarán los tratamientos alternativos al propuesto inicialmente, que serán consentidos o no nuevamente por el tutor o el menor, aunque aquí, cabe señalar que si la iniciativa de otro tratamiento surge del tutor o del menor, el facultativo únicamente lo aceptará si éste no es contrario a la *lex artis*, en cuyo caso, o en los supuestos de inexistencia de tratamiento alternativo, y siempre que la situación no genere riesgo para el paciente, valorará la pertinencia del alta voluntaria, según dispone el artículo 21 LDO.

No obstante, en el caso de que el facultativo entienda que esta decisión es contraria a los legítimos intereses del menor, es posible acudir al auxilio judicial para llevar a cabo un tratamiento en menores a pesar de la negativa<sup>51</sup>, en cuyo caso se pondrá en conocimiento del juzgado de Instrucción o de guardia el rechazo para que valore sobre la aceptación o no del mismo<sup>52</sup>. El Juez deberá otorgar o no la autorización para llevar a cabo el tratamiento teniendo en cuenta una serie de factores. En primer lugar, la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor, adoptando en todo momento la decisión más favorable para el mantenimiento de la vida, en segundo lugar, la intensidad y el impacto que el tratamiento pueda tener sobre la autonomía, tanto actual como futura, del menor, teniendo en cuenta los efectos irreversibles que pueda tener en el menor, y, por último, la edad y el grado de madurez que pueda tener el menor.

## **B. En especial, la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio**

En el ámbito del rechazo al tratamiento por parte

---

51 Según el artículo 14.2 del Código Deontológico Médico, es una obligación del médico solicitar la intervención judicial cuando los representantes legales tomen una decisión que sea contraria a los intereses del menor.

52 *Cfr.* CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente...*, cit., pág. 50.

de menores de edad merece especial atención la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 julio, la cual viene a sentar la actual doctrina constitucional sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de menores de edad testigos de Jehová.

El Tribunal Constitucional se enfrenta en esta sentencia a un supuesto originado en Huesca en el año 1994, en el cual los padres de un menor de edad fallecido, habían sido condenados como autores de un delito de homicidio en comisión por omisión por no haber autorizado la práctica médica necesaria ni haber convencido a su hijo para que éste cambiara de opinión y aceptase la transfusión, necesaria para salvar su vida<sup>53</sup>.

Según esta sentencia no cabe duda de que el menor de edad es titular del derecho a la libertad religiosa<sup>54</sup>. Un derecho fundamental que recoge no sólo el texto constitucional, sino también la LOLR y la normativa propia reguladora de los derechos del menor, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor y que modifica parcialmente el Código y la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artí-

culo 6.1 declara que el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión<sup>55</sup>, imponiendo en el apartado tercero, a los padres o tutores el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.

De este modo, el menor de edad va a poder exponer su rechazo al tratamiento alegando sus propias creencias religiosas, ya que como hemos comentado atrás, el derecho a la libertad religiosa tiene un contenido externo que faculta al individuo para comportarse de acuerdo con sus creencias, lo que implica que el menor de edad podría negarse a la transfusión sanguínea, prohibida por su Religión, planteándose en este caso un problema ya no de titularidad de derechos, sino de ejercicio de los mismos. Según el Tribunal Constitucional, «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, irrevocable».

53 El niño de 13 años de edad, residía en una localidad cercana a Huesca, siendo los padres Testigos de Jehová, al igual que él mismo. En septiembre de 1994, mientras paseaba en bicicleta, el niño sufrió una caída que aparentemente no tenía importancia, aunque a los tres días de la misma empezó a sangrar por la nariz, acudiendo los padres a un centro hospitalario en el cual le aconsejaron que, debido a la situación en la que se encontraba el menor, con un alto riesgo hemorrágico, era preciso, junto con otras pruebas, fundamentalmente diagnósticas, el llevar a cabo una transfusión de sangre. A esta transfusión se opusieron los padres del menor, aunque los facultativos, conscientes de la situación, solicitaron y obtuvieron una autorización judicial para llevar a cabo la transfusión, una decisión judicial que los padres aceptaron. Una vez que los facultativos estaban preparados para llevar a cabo la transfusión, el menor reaccionó con un auténtico terror y excitación que podía desencadenar una hemorragia cerebral en el menor, sin que fuera posible en este caso el utilizar algún procedimiento anestésico, ya que no estaba ni ética ni médicamente indicado para este caso. Los médicos, aconsejaron entonces a los padres que hablasen con su hijo y le hiciesen cambiar de actitud, de modo que aceptara la transfusión. No obstante, los padres rehusaron tal indicación, ya que la consideraban lesiva de su libertad religiosa, por lo que solicitaron el alta voluntaria, que se le fue dada por parte de la Dirección del Centro Hospitalario. Posteriormente, los padres buscaron, sin éxito, algún médico que pudiese atender a su hijo sin necesidad de transfundir, buscando de este modo un tratamiento alternativo que no encontraron, por lo que optaron por llevarlo a su propio domicilio. No obstante, a instancias del propio Ayuntamiento en el que residían, se solicitó autorización judicial para tratar al menor con la transfusión de sangre necesaria, la cual fue concedida, por lo que se entró en el domicilio familiar y se trasladó al menor a un centro para que fuese tratado, aceptando nuevamente los padres la orden judicial. Una vez en el centro, el menor ingreso en un estado de coma profundo, que no pudo evitar su fallecimiento días después.

54 Algo que también ha constado previamente la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo.

55 Igualmente, véase la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 14 recoge este mismo derecho.

De esta manera, el Tribunal Constitucional deja entrever que el menor de edad va a tener capacidad para poder llevar a cabo aquéllos actos que impliquen un ejercicio de derechos de la personalidad, como es el caso de la libertad religiosa, no siendo ejercitable la patria potestad sobre su ejercicio. No obstante, como bien reconoce en el párrafo que hemos transcrito, no es posible reconocer esta capacidad para aquellos actos que siendo expresión del ejercicio de un derecho fundamental, conducen a crear un perjuicio irreparable para la vida, es decir, la muerte. Igualmente, el alto Tribunal añade que: «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, F. 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».

En definitiva, en esta sentencia el Tribunal Constitucional viene a intentar conciliar dos aspectos importantes en lo que al menor respecta. Por un lado proteger el derecho del menor a la vida, y por otro el derecho a la libertad religiosa del mismo, habiendo optado por la preponderancia en estos casos del primero, obligando incluso a los padres del menor que no obstaculicen con su actitud la acción tutelar que en este caso tienen los facultativos que asisten al menor, máxime si obra en su poder una orden judicial por la que se impone la transfusión de sangre al

menor<sup>56</sup>. Reclamar en estos casos una actitud de los padres sobre el menor, de modo que le intenten convencer de que acepte la transfusión, puede llegar a lesionar su derecho a la libertad religiosa, siempre que con el mismo no incumplan el deber de garante que tienen de la vida del menor, y que en este caso no se ha incumplido, ya que los padres, si bien se negaron a disuadir al menor sobre la opinión de rechazo que tenía a la transfusiones, por sus convicciones religiosas, no menos cierto es que habían aceptado en todo momento las distintas órdenes judiciales que autorizaban al personal médico a intervenir sobre el menor.

## V. EL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS OCASIONADOS POR LA REALIZACIÓN DE TRATAMIENTOS ALTERNATIVOS

En ocasiones, una vez que por parte de un paciente se ha rechazado un tratamiento médico, amparándose para ello en su libertad religiosa, el propio paciente decide acudir a la medicina privada de cara a llevar a cabo un tratamiento que se muestre conforme a sus creencias. Tal es el caso, por ejemplo, de los testigos de Jehová que acuden a otros centros sanitarios, distintos de los públicos, en los cuales las actuaciones sanitarias se llevan a cabo sin transfundir. El problema es quién ha de asumir el coste de tal actuación, si el propio paciente, que voluntariamente ha acudido a estas técnicas, o por el contrario tiene derecho al reintegro de los costes sanitarios, en la medida en que el derecho a la libertad religiosa le ampara elegir un tratamiento médico acorde con la misma, y por tanto, siempre que tenga derecho a la cobertura sanitaria pública, a un reintegro de los gastos ocasionados.

La normativa que actualmente regula el reintegro de los gastos médicos, parte del artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante LCCSNS), que dispone que las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, en principio, únicamente se facilitarán por centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, lo que excluiría a los centros privados que no estén vinculados a la red pública sanitaria. No obstante, este mismo artículo establece una excepción, al permitir acudir a la medicina privada en situaciones de riesgo vital, siempre que se justifique que no se pudieron ser utilizar los medios del sistema público<sup>57</sup>.

56 Al respecto, *vid.* NAVARRO-VALLS, R., “Las objeciones de conciencia”, en FERRER ORTIZ, J. (Coord.), *Derecho eclesial del estado español*, 6ª ed., 1ª reimpresión, EUNSA, Barañáin, 2010,

57 Otra exclusión, aunque no sería posible aplicarla en el

Esta norma, ha sido desarrollada posteriormente por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que regula en su artículo 4.3 el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados por tratamientos llevados a cabo en centros privados. En concreto, señala «la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción».

De la lectura de este precepto se llega a la conclusión de que, los supuestos en los que cabe exigir el reintegro los costes de la sanidad privada, son tasados, y limitados fundamentalmente a supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, y cuando la sanidad pública no está en condiciones de prestarla de manera adecuada o en un plazo corto de tiempo.

En los casos que nos ocupan la asistencia sanitaria es prestada en un centro público, que es el que ofrece el tratamiento al usuario, estando por tanto en condiciones de hacerlo de manera adecuada. No obstante, el paciente, en este caso rechaza el tratamiento indicado, en la medida en que atenta contra sus convicciones religiosas, no quiere el tratamiento que le ofrece y que estaría cubierto por el sistema sanitario público, decidiendo acudir, una vez firmada y concedida el alta voluntaria, a la sanidad privada. De este modo, se constata que no nos encontramos en este caso ante ninguno de los supuestos que hemos señalado, ya que no se trata de un supuesto de urgencia vital que imposibilite al paciente acudir al sistema público, es más, se encuentra ya en él y ha acudido

---

caso que nos ocupa, viene marcada por el cumplimiento de los plazos máximos marcados por la legislación de listas de espera, en cuyo caso la normativa autonómica, con la exclusión de las Comunidades Autónomas de Madrid y del Principado de Asturias, permiten acudir a la Sanidad privada una vez cumplidos los plazos máximos legalmente establecidos. Sobre esta exclusión, *vid.* CAYÓN DE LOS CUEVAS, J., “Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias”, en TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LOS CUEVAS, J. (Dir.), *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 73- 108.

al mismo, por lo que no es posible acudir a un centro privado y posteriormente exigir el reintegro de los gastos en que ha incurrido el paciente a la Administración sanitaria.

La jurisprudencia se ha mostrado unánime al rechazar de plano el reintegro de costes amparándose el solicitante en su derecho a la libertad religiosa. Únicamente las sentencias de 3 de julio de 1995, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Navarra<sup>58</sup>, y del 26 de febrero de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, han admitido el reintegro de los gastos médicos ocasionados a los pacientes testigos de Jehová que han acudido a la medicina privada ante el rechazo a llevar a cabo el tratamiento con transfusión de sangre en centros públicos. En ambos casos justifican el reintegro amparándose en el argumento de que, existe, en el presente caso una denegación injustificada de asistencia<sup>59</sup>.

No obstante, esta línea jurisprudencial no ha sido la seguida mayoritariamente. Según se ha señalado los Tribunales se han mostrado contrarios a la petición de reintegro de gastos médicos para estos supuestos, a la vez que ha desaparecido, dentro de los supuestos que dan lugar al reintegro, la denegación injustificada de asistencia sanitaria, quedando vigente en la actualidad únicamente el supuesto de urgencia vital. De esta manera, si el tratamiento al que se ha visto sometido el paciente trae su causa en un supuesto de urgencia vital el reintegro de los gastos será posible, o bien podrá, opción alternativa aunque más gravosa y lenta para el solicitante, ejercitar un acción de responsabilidad por daños al objeto de que le resarzan de los daños que le ha supuesto el acudir a la medicina privada en lugar de la pública.

En estas ocasiones los tribunales entienden que el paciente que acude a un centro público, en el cual

---

58 AS 1993/3290

59 En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Navarra, señala que «parece por tanto que un testigo de Jehová, al que en una operación anterior se le efectuó sin su consentimiento una transfusión sanguínea, le asiste el pleno derecho a negarse a una asistencia médica inadecuada con sus creencias; supuesto que debe asimilarse a la denegación injustificada de asistencia, y en consecuencia debe reconocerse el derecho de reintegro de cantidades siempre que sea adecuado y proporcionado. Si en la primera operación estaban en conflicto el derecho del enfermo y la obligación médica conforme a la *lex artis*, para la segunda operación la negativa del enfermo a recibir tratamiento no es de ningún modo abusiva o caprichosa, pues de lo contrario se conculcaría su derecho a la libertad religiosa, a la asistencia médica, y se defraudarían los derechos económicos de quien cotizó puntualmente a la Seguridad Social».

se le indica un determinado tratamiento pero que es contrario a las convicciones religiosas del paciente, decide acudir a otro centro privado, abandona la sanidad pública, sin que sea posible, por tanto, exigir reintegro de los gastos médicos ocasionados. Resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 4 de marzo de 1992<sup>60</sup>. El Tribunal, desestimó una petición de reintegro de gastos médicos basándose en la inexistencia de una supuesto de denegación de asistencia sanitaria, ya que, a juicio del Tribunal, «no estamos ante denegación de asistencia sanitaria, la misma le fue prestada cuando acudió al Servicio de Urgencias del Hospital del Insalud de Mérida el 4-7-1990, siendo correctamente diagnosticado y tratado; siendo necesaria -dicha circunstancia es conforme con el parecer de ambas partes- la realización de una intervención quirúrgica. El problema surge cuando, al hallarse el paciente profesando la confesión religiosa Testigos de Jehová, el centro le comunica que si en el transcurso de la operación necesitaba transfusión sanguínea ésta sería realizada. No se trata de una denegación de la asistencia sanitaria -ésta se estaba llevando a cabo y era la correcta-, sino que los facultativos se negaron a practicar la operación con unas técnicas que no poseían, que desconocían o que, aun conociéndolas, no querían correr los riesgos que ese tipo de intervención solicitada por el enfermo -no caprichosamente, sino por imposición de su religión- le era exigida por éste».

Posteriormente se hace otra importante advertencia, relacionada con el derecho a obtener o no una asistencia sanitaria según las técnicas más avanzadas que existan en la práctica médica. De este modo, «la obtención de una asistencia de acuerdo con las técnicas más avanzadas (había que discutir si en el caso contemplado, la técnica solicitada era más avanzada) no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por

<sup>60</sup> AS 1992/1185. En este caso un Testigo de Jehová acudió al Servicio de Urgencias del Hospital de Merida, ya que a consecuencia de un accidente en su domicilio, se produjo una fractura de la cabeza de fémur de la perna izquierda, quedando ingresado en el Centro hospitalario, donde se le hizo saber que había que practicarse una intervención quirúrgica para reducir la fractura, en el transcurso de la cual podría necesitar una transfusión sanguínea, negándose el actor alegando su condición de Testigo de Jehová. Como en el Centro se le informó que no podía llevarse a efecto la intervención si no admitía la posibilidad de una transfusión de sangre, el actor solicitó el alta voluntaria, que se le concedió, y acudió a la Clínica Ruber de Madrid, donde fue intervenido, permaneciendo ingresado entre el 11 y el 24 julio 1991 y generando unos gastos de 590.502 de pesetas, pasando a exigir al extinto INSALUD los citados costes médicos.

la limitación de medios y por su proyección hacia una cobertura de vocación universal, por lo que sólo es dable exigir a aquélla «una asistencia sanitaria que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras incluida la sanidad privada».

Finalmente, el Tribunal, si bien reconoció el derecho a la libertad religiosa del solicitante, señala que «el art. 16.1 de la Constitución Española consagra el derecho de libertad religiosa. En virtud de ese derecho el actor profesa la confesión religiosa Testigos de Jehová. El Estado es libre de organizar la Sanidad conforme a las reglas anteriormente expuestas y dentro de los límites y responsabilidades que en ellas se destacaron, mas la circunstancia de que en esa organización no se prevean técnicas exigidas en la religión de la actor, no quiere decir, ni mucho menos, que al demandante se le haya coartado ese principio fundamental que el art. 18.1 citado proclama. El enfermo, de las creencias religiosas del actor, no es libre de abandonar la medicina ofrecida por la seguridad social e irse al amparo de la medicina privada. Pero esa falta de libertad no es la asistencia pública quien se la impone, sino sus propias creencias. Y en virtud de esa misma libertad proclamada en el precepto constitucional, el paciente acude a la sanidad privada. Y decimos que en esa elección no existe libertad del paciente, como tampoco existe en el enfermo que acude a técnicas extranjeras para salvar su vida o integridad. Mas esa falta de libertad -motivada en unos casos por la angustia, en el que contemplamos, por creencias religiosas no obliga a la sociedad a subvenir económicamente la decisión, volveremos a insistir, no libre, del sujeto. De la misma forma que la religión no puede exigir templos o lugares determinados para expresar o extender sus creencias -sin que ello mediatice la libertad religiosa o de expresión-, tampoco es exigible que, en virtud de determinadas creencias, sean practicadas por la sanidad pública determinadas técnicas. Una cosa es respetar y otra facilitar o fomentar. Lo primero amparado por la Constitución, lo segundo no».

El Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones sobre este aspecto, negando igualmente el reintegro en estos casos. Así, la sentencia de 14 de abril de 1993<sup>61</sup>, niega que

<sup>61</sup> RJ 1993/3338. En idéntico sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 marzo 1991 (RJ 1991\1829) de 22 noviembre 1990 (RJ 1990\8598), de 3 mayo 1994 (RJ 1994\5353), Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 16 mayo. (AS 2007\2468), de 6 abril 2001 (AS 2001\2891), de 16 mayo de 2007 (AS 2007\2468), de Galicia, de 20 octubre 1997, (AS 1997\3457), de 16 noviembre 1995, (AS 1995\4173), de 30 mayo 1995, (AS 1995\1917), de 25 enero 2002, (AS 2002\9),

el derecho a la libertad religiosa del paciente ampare igualmente el derecho a elegir un tratamiento médico de acuerdo a sus convicciones religiosas, y que no esté incluido en el catálogo de prestaciones de la sanidad pública<sup>62</sup>.

Por último, el Tribunal Constitucional también ha analizado la posible lesión del derecho fundamental a la libertad religiosa en estos casos. En concreto, en la sentencia 166/1996 de 28 octubre, enjuició un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo<sup>63</sup>, por la cual se casaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra que había estimado el reintegro de los costes sanitarios causados a un paciente Testigo de Jehová que rechazó un tratamiento en el ámbito público, por implicar una transfusión de sangre, para posteriormente, y tras haber solicitado el alta voluntaria, acudir a una clínica privada para someterse a un tratamiento médico conforme con sus convicciones religiosas y que no era posible realizar en el ámbito público. El Tribunal Constitucional viene a consolidar la doctrina del Tribunal Supremo que hemos expuesto anteriormente, por la cual se entiende que el derecho a la libertad religiosa, no ampara el reintegro

---

de Castilla-La Mancha, de 13 febrero (AS 1995\777), de Madrid, de 12 abril 1994. (AS 1994\1584) y de 22 junio 1993 (AS 1993\3168) y País Vasco, de 15 mayo (AS 2001\4404).

62 En concreto, en su fundamento de derecho segundo afirma «la libertad religiosa, reconocida como derecho fundamental en el art. 16.1 de la Constitución Española y regulada por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 julio, obviamente ampara la decisión de aquel beneficiario de la Seguridad Social que no acepte el tratamiento médico por sus servicios indicado, cuya coactiva realización, indudablemente supondría vulneración flagrante de tal derecho. Mas el mismo -que sólo tiene las limitaciones que genéricamente menciona el precepto constitucional y con más detalle cita el art. 3.º1 de la Ley- no puede derivar la consecuencia de que la Sanidad Pública esté obligada a prestar la concreta asistencia reclamada en los términos que un singular precepto de determinada confesión impone. Ello implicaría, de un lado, la imposición de criterios facultativos distintos a los mantenidos por los responsables médicos del caso que podrían afectar a reglas deontológicas en función de la fiabilidad de prácticas profesionales distintas; y a la adquisición, montaje y aplicación de medios técnicos no exigidos por el alcance de su cobertura normal, que contraría las exigencias de economía e igualdad que -como antes se ha dicho- son principios rectores «ex lege» de la política sanitaria a la que han de ajustarse las Administraciones Públicas de tal sector. El Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista del interés general. En definitiva, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan de la observancia del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse; y que el supuesto que motiva la pretensión actora no puede ser considerado como denegación injustificada de la prestación de la asistencia sanitaria debida».

63 En concreto la sentencia de 3 de mayo de 1994 (RJ 1994\5353).

de los gastos causados a consecuencia del sometimiento a un tratamiento médico alternativo en la medicina privada, tras haber rechazado un tratamiento en el ámbito público por considerarlo contrario a sus convicciones religiosas<sup>64</sup>.

## VI. EXCEPCIONES

### A. Introducción

El artículo 9.2 LDO recoge, con carácter general, aquellos supuestos en los cuales es posible que un facultativo lleve a cabo una intervención médica sobre un paciente sin que exista su consentimiento<sup>65</sup>, si bien, únicamente contempla esta excepción para aquellas intervenciones clínicas que sean indispensables en favor de la salud del paciente, limitándolas a los siguientes supuestos: a.-) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y b.-) cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

---

64 En su fundamento de derecho cuarto afirma que: «es cierto que al garantizar el art. 16.1 CE la libertad religiosa y al declararse la aconfesionalidad del Estado en el núm. 3, del mismo precepto, no se desentiende por ello del problema, sino que, conforme se añade en el mismo núm. 3, «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». De ahí que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa disponga que para la aplicación real y efectiva de ese derecho, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos (art. 2.3). Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendientes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. La prestación de una asistencia médica en los términos exigidos por el recurrente supondría, como hemos señalado en otra ocasión, «una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición» (STC 19/1985)»

65 En este caso, «lo que hace el legislador es advertir que el médico quedará exonerado de responsabilidad por actuar sin consentimiento cuando el paciente se encuentre en una situación de urgencia, pero no que el médico pueda actuar, en estos casos, incluso en contra de la voluntad expresa del enfermo», *vid.* GALLEGO RUESTRA, S “Responsabilidad profesional y gestión de riesgos”, en ANTEQUERA VINAGRE, J. M<sup>a</sup> (Ed.) *Derecho Sanitario y Sociedad*, Díaz de Santos, Madrid, 2006, pág. 149

## B. Riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley

Es el primero de los supuestos en los cuales se permite llevar a cabo una actuación sobre el paciente sin que sea preciso recabar su consentimiento. Parte de la base de que en estos casos el derecho a la autonomía del paciente cede a favor de la colectividad<sup>66</sup>, ya que es preciso realizar la actuación para salvaguardar la salud pública<sup>67</sup>. No obstante, como el concepto de salud pública se muestra claramente ambiguo y abierto, la LDO, en aras a salvaguardar el derecho a la autonomía del paciente, prevé que esta actuación únicamente puede llevarse a cabo «siempre que exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley». De este modo, el facultativo tiene que acudir a la legislación ordinaria de cara a conocer los casos en los cuales es posible adoptar una medida al amparo de este artículo 9.2 LDO<sup>68</sup>.

Otra limitación consiste en que, si la medida a adoptar es el internamiento obligatorio de personas, y es adoptada de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, es preciso que ésta se comunique a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas desde el momento en el que se adoptó<sup>69</sup>. No obstante, la citada Ley Orgánica también contempla en su artículo 2 la posibilidad de imponer forzosamente medidas de reconocimiento o de tratamiento, siempre que se aprecien indicios racionales que puedan permitir suponer la existencia o peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en las que se realice una determinada actividad<sup>70</sup>.

66 Así, «la primera excepción a la obligación de contar con el consentimiento para poder intervenir médicamente a una persona se da cuando la enfermedad del paciente supone un peligro serio para lo que le rodean o para la salud pública en general. Un problema, en definitiva, de defensa de los derechos de los demás, una cuestión de orden público, límite reconocido con carácter general en la Constitución y recogido como tal en las normas que regulan el derecho a la salud» ROVIRA A., *Autonomía Personal...*, cit., pág. 182.

67 Cfr. GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 95.

68 El ejemplo más claro es la vacunación obligatoria. Sobre la misma, vid. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva*, Comares, Albolete, 2006, págs. 228- 236.

69 Comunicación que ha de hacerse a los Juzgados de los Contencioso- Administrativo, según dispone el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

70 Más ampliamente sobre esta norma, CANTERO MARTÍ-

## C. Riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo

La segunda excepción que contempla el artículo 9.2 LDO es la existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no es posible conseguir su autorización<sup>71</sup>. En estos casos, el facultativo ha de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares del paciente o a las personas vinculadas de hecho a él.

La justificación de la actuación viene dada por la preponderancia que se da en estos casos al derecho a la vida y la integridad física del paciente en el conflicto con el derecho a su autonomía, de ahí por tanto que el facultativo pueda actuar sin necesidad de recabar el consentimiento del paciente, pudiendo incluso ampararse frente a hipotéticas demandas de responsabilidad en la eximente de estado de necesidad, según ha reconocido la doctrina<sup>72</sup>, ya que en estos casos el bien jurídico lesionado es de menor entidad que el bien jurídico protegido<sup>73</sup>.

Este supuesto, según hemos señalado, exige la comunicación a determinadas personas de la necesidad de la actuación urgente, con la finalidad de conocer si el paciente habría o no consentido esta actuación, pudiéndose dar la circunstancia de que la respuesta sea esta segunda, es decir, que no aceptaría el tratamiento. En este caso ha de comprobarse si el paciente cuenta o no con instrucciones previas en las que deje constancia de que rechaza tal actuación<sup>74</sup>, ya que de contar con ellas, si cumplen con los requisitos legales que hemos señalado, se ha de respetar el contenido de las mismas.

Puede suceder que no existan instrucciones previas y el facultativo, a la hora de contactar con las

NEZ, J., *La autonomía del paciente...*, cit., págs. 38- 40.

71 Sobre la consideración de este precepto como una excepción, y no un límite al consentimiento, vid. GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 114 y ROVIRA A., *Autonomía Persona...*, cit., pág. 184. Por su parte el Código Deontológico Médico recoge esta posibilidad de actuación en el artículo 13.3.

72 Cfr. SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Albolete, 2003, pág. 53.

73 Recuérdese la regulación que hace sobre la eximente de estado de necesidad el artículo 20.4º, segundo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

74 Un ejemplo es el caso de un paciente que sufre un determinado cáncer Terminal y otorga Instrucciones Previas en las que señala que, en caso de que sufra una parada cardiorrespiratoria, no se le realice la reanimación cardiopulmonar.

personas que señala el citado artículo 9.2, compruebe que, según las mismas, el paciente no habría accedido a consentir la actuación médica, sino que la habría rechazado, si bien no ha dejado constancia escrita del rechazo. El facultativo puede actuar, al ser de aplicación la regla general del artículo 2.4 LDO, que recordemos exige que quede constancia por escrito del rechazo a los tratamientos, aunque en estos casos ha de solicitar autorización judicial al respecto. Únicamente si no es posible esperar a obtener la misma para actuar eficazmente, es posible actuar<sup>75</sup>, aunque en este caso, tal y como ya hemos señalado más arriba, las medidas que se adopten han de limitarse a intervenciones clínicas que sean indispensables en favor de la salud del paciente.

## VII. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN EL CASO DE INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

### A. Introducción

El rechazo al tratamiento aunque sea de titularidad universal presenta especialidades en el ámbito penitenciario, en particular, en el caso del rechazo a la alimentación en los supuestos de huelgas de hambre. Tal es el caso, por ejemplo, de las huelgas de hambre llevadas a cabo por internos del GRAPO o de ETA<sup>76</sup>. Los problemas vienen por la problemática que supone para la Administración Penitenciaria afrontar una huelga de hambre, ya que la sitúa ante el dilema de ceder a favor de las reivindicaciones del huelguista, o contemplar pasivamente el fallecimiento del huelguista<sup>77</sup>. Además, el problema se agrava más aún si se tiene en cuenta que en estos casos existe un conflicto entre derecho a la libertad de expresión e ideológica del interno<sup>78</sup>, y el deber de evitar que la salud y la vida del interno se puedan ver afectados<sup>79</sup>.

75 Cfr. AAVV, *La ética y el derecho...*, cit., pág. 47.

76 Problemática que no es exclusiva del Ordenamiento español, en la medida en que también se ha dado en otros países, en concreto en Alemania con las Fracciones de la Armada Roja -*Rote Armee Franktion*-, en el año 1974. Al respecto, vid. PANAGOPULOU- KOUTNATZI, F., *Die Selbstbestimmung des Patienten...*, cit., págs. 139- 140

77 Vid. CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia...*, cit., pág. 102.

78 Artículos 16.1 y 20.1 de la Constitución.

79 Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 455.

### B. Marco normativo

A lo hora de sentar los principios generales del funcionamiento de la actividad penitenciaria, el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre, General Penitenciaria (en adelante LGP), señala, de manera bastante escueta, que «la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos».

Esta obligación de velar por los citados bienes jurídicos de los internos será desarrollada más ampliamente por parte del Real Decreto 190/1996, de 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RGP), en concreto su artículo 210, que regula la asistencia sanitaria en casos de *urgencia vital*<sup>80</sup>.

Este artículo, parte de que todo tratamiento médico-sanitario se ha de llevar a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. No debe olvidarse que el consentimiento informado, según hemos señalado en otra parte del presente trabajo, deriva del derecho a la autonomía del paciente, por lo que debe ser respetado, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 LGP, «los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena».

En el ámbito penitenciario van a seguir rigiendo las normas generales de la LDO. En principio, el recluso se podría negar a cualquier tratamiento, incluso aquellos que tienen por finalidad hacer frente a un peligro inminente para la vida de éste. No obstante, aquí es donde el RGP incorpora una especialidad con respecto a la LDO. Se permite a la Administración limitar el derecho a la autonomía del presidiario, ya que «se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial».

No es éste el único supuesto en el cual el interno

80 Artículo que ha sido tachado de inconstitucional por un sector doctrinal, al entender que este artículo carece de la base legal suficiente para imponer la obligación que recoge de actuar en contra del consentimiento del paciente recluso. Al respecto, vid. TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pág. 336.

ve restringido su derecho al rechazo del tratamiento. El apartado segundo de este mismo artículo, añade que, la intervención médico-sanitaria, también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. No obstante, y como garantía, se obliga a dar conocimiento a la Autoridad judicial de todas estas actuaciones, en concreto, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, aunque debe señalarse que este control de la actuación es un control *a posteriori*, por lo que una vez llevada a cabo la actuación es el momento en el cual va a intervenir el Juez, y no con anterioridad a la medida, requisito que debería exigirse con carácter general por parte de la legislación penitenciaria, salvo en los casos en los cuales la actuación médica no pudiera realizarse eficazmente si se espera la autorización judicial.

El apartado tercero se encarga de regular el internamiento forzoso en centros sanitarios. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la Autoridad judicial competente, nuevamente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata<sup>81</sup>.

Llegados a este momento, cabe señalar que el artículo 210 del RGP ofrece serias dudas de legalidad. La obligación allí impuesta, de intervenir forzosa-mente cuando exista peligro inminente para la vida la vida y la salud del interno, sin necesidad de contar con el consentimiento informado, no encuentra fácil acomodo en el seno de la LOGP, norma que desarrolla. Ésta, únicamente prevé la obligación, general, de que la Administración Penitenciaria garantice la Salud de los internos, lo que conlleva el establecimiento de una Sanidad Penitenciaria, es decir, dotar a los establecimientos penitenciarios de todos aquellos medios y recursos necesarios para que el interno goce de un estado óptimo de Salud. Lo que no implica en este caso es la obligación de actuar aún en contra, o careciendo de consentimiento informado del interno, para salvaguardar su salud, ya que esta habilitación no puede entenderse comprendida en los términos del artículo 3.1 LOGP, que únicamente señala que la

Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos, lo que implica, insistentemente, la obligación de dotarse de medios materiales y personales para salvaguardar la vida, integridad y salud de los internos.

En este caso los internos gozan de todos aquellos derechos que les confiere la LDO, en particular el consentimiento informado, del que no se ven privados por su mera condición de internos. La relación de sujeción especial a la que van a estar sometidos no les priva de su capacidad para consentir aquellos actos médicos que se quieren practicar en su persona, sobre todo en los supuestos en los que la voluntad del paciente no colisiona con los intereses de terceras personas ni con otros bienes o valores constitucionales, tal y como acertadamente han venido a señalar los magistrados del Tribunal Constitucional LEGUINA VILLA y RODRÍGUEZ PIÑEIRO, en sus respectivos votos particulares a la Sentencia 120/1990.

En la medida en que no es posible encuadrar esta obligación de actuar forzosamente por parte de la Administración Penitenciaria en el artículo 3.1 LGP, el artículo 210 RGP carece de base legal para hacerlo, y por tanto sería contrario a lo dispuesto en la LDO, en concreto a su artículo 8.1, que exige el consentimiento informado del paciente en toda intervención que se quiera llevar a cabo sobre su salud. Así pues, este artículo 210 RGP debe ser considerado ilegal, al carecer de cobertura legal suficiente para permitir actuar a la Administración Penitenciaria en contra o careciendo de consentimiento del interno.

Por otra parte, Código Deontológico Médico es en este punto más respetuoso con la autonomía del paciente interno en un centro penitenciario. Así, el artículo 12.4 precisa que en estos casos, cuando el médico atienda a una persona en huelga de hambre, le informará sobre las consecuencias del rechazo a la alimentación, así como de su previsible evolución y pronóstico. No obstante, y aquí está la novedad del Código Deontológico, el médico respetará la libertad de quienes decidan de forma consciente y libre realizar huelga de hambre, incluidas las personas privadas de libertad, pudiendo acogerse a la objeción de conciencia si fuese obligado a contrariar esta libertad. De este modo, el médico deberá respetar la voluntad del interno huelguista, pudiendo acogerse incluso a su derecho a objetar de conciencia en el caso de verse obligado a intervenir forzosamente para alimentar al interno.

<sup>81</sup> Adviértase que en este caso, y a diferencia del supuesto anterior, la autorización es anterior a la adopción de la medida y no posterior a la misma.

### C. Marco jurisprudencial

El rechazo a los tratamientos médicos por parte de internos que se han declarado en huelga de hambre ha generado una abundante producción jurisprudencial, sobre todo del Tribunal Constitucional.

Inicialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1980, en un supuesto en el cual un interno al cual se le pedía la pena de muerte en un Consejo de Guerra se declaró en huelga de hambre, uniéndose posteriormente otro grupo de personas, vino a señalar que en estos casos es posible limitar el derecho a no ingerir alimentos, e imponer la alimentación forzosa al interno. En concreto, en uno de sus considerandos se afirma que «el ejercicio del derecho a no ingerir alimentos puede encontrar limitaciones en las situaciones jurídicas de especial sujeción cuando dicha conducta excede del ámbito estrictamente individual para convertirse en una actitud de presión más o menos coordinada que entrañe quebranto del orden o disciplina a que vienen sometidas las personas que se encuentren subordinadas a esa especial sujeción o dependencia y éste es el supuesto del caso de autos en el que el apelante en compañía de otro recluso y coincidiendo con otros seis iniciaron una huelga de hambre como protesta contra las penas de muerte solicitadas en el llamado proceso de Burgos, dando lugar con ello a una anomalía en la vida de la prisión mediante una actitud que excede del lícito acto de renuncia de la ración prevista en el art. 256 del Reglamento de Prisiones o de la simple abstención de comida basada en razones exclusivamente individuales de orden psíquico, sanitario o de otra índole análoga, infringiendo así voluntariamente el régimen normal de funcionamiento del Centro Penitenciario e incurriendo por tanto en falta sancionable».

En el año 1990, y a propósito de las huelgas de hambre de internos del GRAPO, el Tribunal Constitucional va a sentar su jurisprudencia sobre este tipo de casos en la polémica sentencia 120/1990, de 27 de junio, a la que han de seguir las sentencias 137/1990 de 19 de julio de y 11/1991, de 17 de enero. En estas sentencias el Tribunal, partiendo de la base de la especial relación de sujeción especial a la que se encuentra sometidos los internos, señala que es posible limitar los derechos del huelguista en hambre, alimentando a éste forzosamente. En concreto, en el Fundamento Jurídico sexto, el Tribunal Constitucional afirma que, «aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso, no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa

naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas».

Para el Tribunal Constitucional los internos se encuentran en una situación de sujeción especial con respecto a la Administración Penitenciaria, que permite a ésta intervenir de una manera más amplia e intensa a como lo haría con cualquier otro ciudadano<sup>82</sup>, aunque ha de recordarse nuevamente que el simple hecho de encontrarse en la citada relación de sujeción especial no implica necesariamente una limitación de los derechos del interno, que recordemos conserva todos sus derechos según dispone el artícu-

82 Crítico con esta argumentación del Tribunal Constitucional, GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit, págs. 89- 92. Igualmente, se muestran disconformes con la solución los Magistrados don Miguel R.-Piñero y Bravo-Ferrer y Jesús Leguina Villa, en particular, éste último señala en su voto particular, que «ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta el núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás. Se afirma con razón en la Sentencia que el derecho a la vida no puede ser confundido con un pretendido derecho a morir o a decidir sobre la propia muerte. Pero ello no significa que no se tenga derecho -sea cual sea la circunstancia en la que uno se encuentre y estando en el pleno uso de las facultades mentales- a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado».

lo 3.1 LGP, ya que los internos podrán ejercitar sus derechos salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

El propio Tribunal Constitucional no justifica única y exclusivamente la intervención administrativa sobre la base de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Frente a la tesis de los recurrentes de la existencia de un derecho a morir, amparándose en el artículo 15.1 de la Constitución, el Tribunal, en el Fundamento de Derecho número séptimo, opina lo contrario, ya que este órgano, trayendo a colación la sentencia 53/1985, que enjuició la anterior legislación sobre el aborto, señala que los poderes públicos tienen «el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho». En definitiva, ante el intento de la Administración de suministrar alimentación al interno huelguista, no cabe oponer como excepción el derecho a la vida. Según el Tribunal Constitucional, «ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente».

No obstante, el propio Tribunal Constitucional deja entrever que esto únicamente se dará en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, y en función de que el interno persiga o no una finalidad legítima o no<sup>83</sup>. Así, en este mismo Fundamento de

Derecho dice «una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger».

El Tribunal Constitucional también niega que en estos casos exista violación de otros dos derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15.1 y 16.1, como son el derecho a la integridad física y moral<sup>84</sup>, y el derecho a la libertad ideológica y religiosa<sup>85</sup>. No obstante, con respecto al presunto trato

84 Véase el Fundamento de Derecho noveno, en el cual se niega la existencia de tortura y de tratos inhumanos y degradantes, prohibidos por el artículo 15 de la Constitución, que los recurrentes entendían existentes en la asistencia médica forzosa. En este caso, el Tribunal es tajante al respecto, «en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato mas allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante».

85 Según el Tribunal Constitucional, «aun reconociendo el trasfondo ideológico que late en la huelga de hambre de los recurrentes, es innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encuentren en peligro de perder la vida no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga -sin que conste en los autos

83 Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág.101 y FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, Albolote, 2001, pág. 354 y TOMÁS-VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pág. 338- 339.

degradante que habían alegado los huelguistas en el recurso de amparo, interesa destacar la apreciación que hace el Tribunal Constitucional sobre los medios que debe adoptar la Administración para hacer frente a los tratamientos, ya que si bien reconoce que la alimentación forzosa en estos casos no constituye trato inhumano o degradante que atente contra la dignidad humana, reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución, señala que «el hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. Ambos hipotéticos reproches han de ser, sin embargo, también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida».

El Tribunal Constitucional viene a señalar, en esta misma sentencia, que si bien es cierto que la alimentación forzosa está permitida, sin que se vulnere derecho fundamental alguno con la misma, es preciso que exista una situación en la cual la vida del recluso corra un riesgo serio, lo que plantea no pocos problemas de interpretación sobre este momento, no existiendo un claro consenso doctrinal<sup>86</sup>. En el ámbito jurisprudencial, se muestra claro el Auto de sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 14 de septiembre de 2004, dictado en el caso de la huelga de hambre iniciada por el etarra De Juana Chaos, cuyo razonamiento jurídico segundo señala que «el momento en que debe procederse a la alimentación asistida y tratamiento médico será aquél en que, a juicio del facultativo o facultativos –bien del Centro penitenciario, bien de un Centro sanitario-, pueda iniciarse un periodo irreversible de grave peligro de deterioro físico

---

que no haya sido respetada en todo momento por la Administración penitenciaria, ni que haya esta adoptado oposición alguna a la misma con medidas represoras o disciplinarias-, sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actitud reivindicativa».

86 Sobre la interpretación de este término, por todos, *vid.* MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, Comares, Granada 2009, págs. 377- 386, TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pág. 463- 466, y la biografía por ellas citadas.

o de pérdida de la vida. Esta intervención no puede ser otra, naturalmente, que la terapéutica y alimentación adecuadas al caso y sin empleo en lo posible de fuerza física alguna, sin vulneración de su dignidad como ser humano». Implícitamente viene a señalar el criterio de la inconsciencia, de modo que a partir del momento en el cual, el interno entre en estado inconsciente a consecuencia del mantenimiento de la huelga de hambre, es el momento a partir del cual va a poder ser alimentado forzosamente, aunque, como bien señala ROMEO CASABONA, también va a poder ser alimentado forzosamente cuando de acuerdo con criterios médicos es posible que se produzcan lesiones orgánicas, funcionales graves o la muerte, aunque en estos casos deberá utilizarse un medio que no sea sustancialmente agresivo y proporcionado, con el fin de evitar, en atención al respeto a la dignidad humana, el sometimiento a tratos inhumanos o degradantes del interno<sup>87</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

La autonomía del paciente constituye uno de los pilares estructurales de la actual relación entre el médico y el paciente. Esta autonomía se materializa no sólo en la exigencia del consentimiento informado para toda intervención médica, sino en reconocimiento del derecho a rechazar un tratamiento.

El artículo 2.4 LDO, de una manera bastante escueta contempla el derecho de todo paciente a rechazar un tratamiento, aunque lo subordina a un requisito formal, la firma del alta voluntaria. En caso de negativa tanto al tratamiento, como a la firma del alta voluntaria por parte del paciente, el artículo 21 permite que por parte del centro se otorgue el alta forzosa. No obstante, y a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del artículo 10.9 LGS, el artículo 21 LDO permite que el paciente pueda proponer un tratamiento alternativo, que el facultativo podrá aceptar siempre que el mismo no sea contrario a la *Lex Artis*.

---

87 *Cfr.* ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Albolote, 2004, pág.141, quien señala que «esperar a la pérdida de la consciencia para actuar puede ser insuficiente, en primer lugar, puesto que no es infrecuente la producción de lesiones irreversibles antes de ese momento y tampoco se puede garantizar médicamente siempre la evitación de la muerte. En segundo lugar me parece contradictorio, pues si el huelguista ha asumido seria y responsablemente desde el principio –o antes de debilitarse su consciencia a causa de los efectos de la huelga- la continuación de la huelga hasta sus últimas consecuencias, si lo considerase necesario para seguir presionando a favor de su reivindicación, lo coherente sería respetar su decisión. Hay que admitir, no obstante, que en el estado de inconsciencia la acción reivindicativa (libertad de expresión o ideológica) es de dudoso ejercicio».

Con respecto a los requisitos que se exigen, con la excepción de la obligación de firmar el alta voluntaria, la LDO no contempla ningún tipo de requisito adicional, por lo que ha de aplicarse los que con carácter general rigen el consentimiento informado tanto en personas adultas como en menores e incapaces.

En el ámbito de las personas adultas capaces, si muestran su rechazo a un determinado tratamiento, el médico, tras haber cumplido con su deber de información al paciente, ha de respetar la voluntad del paciente, siempre que no nos encontremos ante una de las excepciones que establece el artículo 9.2 LDO. En este punto, ha de señalarse que no se exige ningún tipo de motivación por parte del paciente de cara a justificar su negativa, siendo provocada la misma en la mayoría de ocasiones, por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa. En estos casos el problema está en determinar qué se ha de hacer, si respetar la voluntad del paciente adulto capaz o salvaguardar la vida y la salud del mismo, encontrándonos ante una colisión entre dos deberes morales, el deber de preservar la vida o la salud del enfermo, y el deber de actuar de acuerdo con los dictados de la propia conciencia, ejercitando el paciente su libertad de conciencia, amparada en el derecho a la libertad religiosa, en concreto, en su vertiente externa.

El derecho a la libertad religiosa, como todo derecho, está sujeto a una serie de límites, señalados en los artículos 16.1 de la Constitución y 3.1 de la LOLR, que expresamente contempla 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 moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley. En cuanto a la interpretación del concepto de salud al que hacen referencia estos artículos, debe entenderse que no es más que la salud pública, colectiva, no de la persona en concreto que la ejerce.

La jurisprudencia en estos casos ha señalado que, en el caso de pacientes adultos y con plena capacidad, ha de respetarse la voluntad del mismo, siempre que de manera libre y voluntaria manifieste su voluntad de no verse sometido a un tratamiento médico. Un tratamiento médico que se impusiera en contra de la voluntad manifestada del paciente, sería considerado un atentado contra la libertad ideológica y religiosa del médico.

Otro límite es el respeto a otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los

que resultan afectados son los derechos de otras personas. El adulto capaz, puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. En estos casos, el derecho a rechazar cede en aras a salvaguardar los intereses de terceras personas que puedan verse afectadas, como pueda ser el caso de los hijos del paciente.

En el caso de menores de edad o personas incapacitadas que deciden negarse a un tratamiento, el conflicto de valores está marcado por el derecho que tiene el menor maduro a decidir válidamente sobre las intervenciones físicas sobre su persona, y el interés de proteger al menor en la toma de sus decisiones. Aquí rigen igualmente los artículos 2.2 y 8.1 LDO, aunque el consentimiento es prestado por representación por parte de aquella persona que tenga atribuida su tutela o la patria potestad. Esta persona, ha de actuar siempre a favor del menor y con respeto a la su dignidad personal, siendo obligatorio que el menor participe en la toma de decisiones, tal y como dispone el apartado 5 de este artículo 9 LDO. La excepción al consentimiento por representación se da en los supuestos de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, en cuyo caso serán ellos los encargados de prestar el consentimiento.

En el caso de rechazo, el mismo se constatará por escrito y se estudiarán los tratamientos alternativos al propuesto inicialmente, que serán consentidos o no nuevamente por el tutor o el menor. No obstante, en el caso de que el facultativo entienda que esta decisión es contraria a los legítimos intereses del menor, es posible acudir al auxilio judicial para llevar a cabo un tratamiento en menores a pesar de la negativa, en cuyo caso se pondrá en conocimiento del juzgado de Instrucción o de guardia el rechazo para que valore sobre la aceptación o no del mismo último.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 154/2002, de de 18 julio, establece que el menor, al igual que cualquier persona mayor de edad, es titular del derecho a la libertad religiosa, por lo que puede basar su negativa en el ejercicio de esta libertad. No obstante, el ejercicio de la misma se ve limitado, en la medida en que el derecho a la libertad religiosa del menor cede a favor al derecho a la vida, de tal modo que si el menor, o su tutor, pone en riesgo la vida del menor, se decidirá siempre a favor de ésta.

El rechazo al tratamiento presenta especialidades en el ámbito penitenciario, en particular en el caso del rechazo a la alimentación en los supuestos de huelgas de hambre. En este caso, el punto de partida es el artículo 3.4 LGP, que obliga a la Administración penitenciaria a velar por la vida, integridad y salud de los internos. Un precepto desarrollado por el artículo 210 RGO, que permite imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial

En el ámbito penitenciario van a seguir rigiendo las normas generales de la LDO, por lo que en principio el recluso se podría negar a cualquier tratamiento, incluso aquellos que tienen por finalidad hacer frente a un peligro inminente para la vida de éste. El artículo 210 del RGP es ilegal, ya que la obligación allí impuesta, de intervenir forzosamente cuando exista peligro inminente para la vida la vida y la salud del interno, sin necesidad de contar con el consentimiento informado, no encuentra fácil acomodo en el seno de la LOGP, norma que desarrolla, y que prevé la obligación, general, de que la Administración Penitenciaria garantice la Salud de los internos, lo que conlleva el establecimiento de una Sanidad Penitenciaria.

Los internos gozan de todos aquellos derechos que les confiere la LDO, en particular el consentimiento informado, del que no se ven privados por su mera condición de internos, ya que la relación de sujeción especial a la que se ven sometidos no les priva de su capacidad para consentir.

No obstante, esta no es la doctrina a la que se ha acogido el Tribunal Constitucional, que a lo largo de las diversas sentencias que ha dictado sobre el tema, ha venido a señalar que en estos casos, el interno se encuentra en una relación de sujeción especial, y por tanto la Administración tiene más poderes y facultades sobre el mismo, de modo que les puede alimentar forzosamente siempre que se encuentren en situación de inconsciencia. Un criterio erróneo, toda vez que restringe un derecho basándose única y exclusivamente en la relación que tienen los internos con la Administración, y que necesariamente ha de ser rechazado, en la medida en que la LDO es de plena aplicación en este campo, y toda vez que el artículo 210 RGP, según hemos expuesto, ha de ser considerado ilegal, y por tanto inaplicable en futuras ocasiones.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

AAVV., *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

ABELLÁN- GARCÍA, F., “Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas”, en SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F. (Coords.), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, Albolete, 2008.

BARRERO ORTEGA, A., “Vida, Salud y Conciencia Moral”, *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005.

BASTIDA FREIJEDO, F., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, en XIOL RÍOS, J. A. y BASTIDA FREIJEDO, F., *Autonomía del paciente: responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica *Derecho y Salud*, núm. 15, 2007.

BEUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, New York, 6ª ed., 2009.

BRAZIER, M. y CAVE, E., *Medicine, Patients and the Law*, Penguin, London, 4ª ed., 2007.

CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005.

- “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, *Derecho y Salud*, núm. 18, 2009.

CAYÓN DE LOS CUEVAS, J., “Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias”, en TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LOS CUEVAS, J. (Dir.), *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010,

CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia a Intervenciones Médicas*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva*, Comares, Albolete, 2006.

DE LORA DELTORO, P. y GASCÓN ABELLÁN, M., *BioÉtica*, Alianza, Madrid, 2008.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009.

FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, Albolote, 2001.

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson- Civitas, Madrid, 2ª ed., Madrid, 2007.

GALLEGO RUESTRA, S., “Responsabilidad profesional y gestión de riesgos”, en ANTEQUERA VINAGRE, J. Mª (Ed.) *Derecho Sanitario y Sociedad*, Díaz de Santos, Madrid, 2006

- *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Aranzadi- Thomson- Reuters, Cizur Menor, 2009.

- “Las instrucciones previas y su regulación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, M. GONZÁLEZ CARRASCO, Mª. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética*, tirant lo blanch, Valencia, 2011.

GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª., *Derecho eclesiástico español*, Thomson- Civitas, Madrid, 6ª ed., 2005

GRACIA GUILLEN, D., *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2ª ed., 2007.

HERRING, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2ª ed., 2008

PANAGOPULOU- KOUTNATZI, F., *Die Selbstbestimmung des Patienten*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009.

LAPORTA SANMIGUEL, F. J., “Algunas incógnitas del principio de autonomía en tratamientos médicos”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía Personal y Decisiones Médicas*. Cuestiones Éticas y Jurídicas, Thomson- Reuters, Madrid, 2010.

LARIOS RISCO, D., “La nueva relación asistencial”, en LARIOS RISCO, D. (Coord.), *Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

- “Calidad de la atención sanitaria. Estándares y *Lex artis*”, en JIMÉNEZ S. y MARTÍNEZ, V. M. y BELDA, E. (Coords.), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Thomson- Civitas, Madrid, 2008.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia II*, Thomson- Civitas, Madrid, 2007

MARTORELL I M. V. y SÁNCHEZ- URRUTIA, A. (Coords.), *Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2005.

MÉJICA GARCÍA, J. y DIEZ RODRÍGUEZ, J. R., *El Estatuto del Paciente*, Thomson- Civitas, Madrid, 2006.

MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, Comares, Granada 2009.

MILLÁN CALENTI, R., “Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro”, *Derecho y Salud*, núm. 19, 2010.

NAVARRO- VALLS, R., “Las objeciones de conciencia”, en FERRER ORTIZ, J. (Coord.), *Derecho eclesiástico del estado español*, 6ª ed., 1ª reimpression, EUNSA, Barañáin, 2010.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, *INDRET*, 2/2010

ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

- *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Albolote, 2004.

ROVIRA A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson- Aranzadi, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Albolote, 2003.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. P., *La impropiedad llamada Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

SANCIÑENA ASURMENDI, C., “Autonomía y derecho a la vida”, *Derecho Privado y Constitución*,

núm. 2010.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derecho e instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, volumen. 22, Extraordinario XX Congreso, 2011.

SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Rechazo de tratamientos médicos”, en GASCÓN ABELLÁN, M. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias*, Marcial Pons, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007.

TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999.

- *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

- “El Derecho ante las decisiones al final de la vida: Novedades normativas. A la vez, algunas notas sobre la objeción de conciencia de los profesionales ante el rechazo al tratamiento vital”, *Derecho y Salud*, volumen. 22, Extraordinario XX Congreso, 2011

VÁZQUEZ GARRANZO, J., “La nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Derecho y Salud*, volumen 20, número 2, 2010.