

# LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR DE EDAD EN EL CONTEXTO SANITARIO

María MORENO ANTÓN\*

## Resumen

*Autonomía y protección son los pilares que conforman el estatuto jurídico de la minoridad en la actualidad y constituyen los parámetros desde los que deben abordarse las complejas cuestiones que genera el ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor en el medio sanitario, en el que se ven implicados otros derechos como la vida, la integridad física o la intimidad personal, que agudizan los conflictos y hacen difícil apuntar soluciones apriorísticas. La aplicación del consentimiento informado, principio rector de las relaciones sanitarias, a los problemas que generan las convicciones religiosas del menor se analiza a través de dos tipos de supuestos: por una parte, intervenciones corporales contrarias a su integridad física (ablación y circuncisión); por otra, el rechazo a tratamientos médicos garantes de su salud, especialmente la negativa de los testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas. También se hace referencia a algunos hechos aislados, producidos en el contexto clínico-asistencial, que han afectado a niñas y adolescentes musulmanas.*

## Palabras clave

*Autonomía, interés superior del menor, madurez psicológica, consentimiento informado, riesgo vital, ablación, circuncisión, hemotransfusión.*

## Key Words

*Autonomy, best interests of the child, psychological maturity, informed consent, potentially life, ablation, circumcision, blood transfusion.*

---

\* Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Consideraciones generales; II. Autonomía del menor y libertad religiosa; III. Las creencias religiosas del menor en el ámbito de la salud; 1. La mutilación genital femenina; 2. La circuncisión; 3. El rechazo al tratamiento por motivos religiosos; 4. Otros supuestos; IV. Bibliografía.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La libertad religiosa en la minoridad no es un tema fácil porque a los problemas que de por sí genera el ejercicio del derecho por sujetos que no tienen plena madurez intelectual, emocional o volitiva, se suman los nuevos conflictos que generan hoy día las diversas pautas culturales y religiosas presentes en nuestra sociedad como consecuencia del fenómeno migratorio. Las dificultades se acrecientan si se sitúa al menor y sus creencias religiosas en el contexto sanitario porque entran en juego otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física y moral, la salud o la intimidad personal, que agudizan los conflictos e impiden apuntar soluciones apriorísticas.

La mayor parte de los Ordenamientos jurídicos dividen el curso de la vida humana en dos únicas etapas, la mayor y la menor edad, y fijan la mayoría de edad en los 18 años, que es la frontera o línea divisoria de la plena capacidad de obrar de la persona en el goce de todos sus derechos, civiles, políticos y sociales (1). Por eso, a efectos del Derecho, es menor todo ser humano que no ha cumplido la edad de 18 años, incluyéndose dentro del término tanto al niño, como al adolescente y al joven. La minoridad se concibe hoy como un periodo temporal más en la existencia de la persona que se caracteriza por «la doble consideración del menor como sujeto autónomo de derechos y, a la vez, como ser humano en formación, merecedor de protección por parte del Ordenamiento jurídico». Así lo proclama la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (2) y así lo reconoce la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), cuya Exposición de motivos conceptúa a los menores como «sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás».

---

(1) El artículo 12 CE dispone que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. Por su parte, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 señala que es niño todo ser humano menor de dieciocho años. Precisamente, una de las objeciones a dicho Pacto Internacional es el excesivo alcance del término «niño», al que se reconoce como individuo independiente sin tener en cuenta que sus necesidades evolucionan al compás de su edad y madurez (cfr. ALVÁREZ VÉLEZ, M.<sup>º</sup> I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Madrid, 1994, p. 104).

(2) Elaborado en el seno de la ONU, es el instrumento internacional de mayor envergadura en la defensa de los derechos de los niños porque tiene carácter vinculante para los Estados firmantes y porque recoge un amplio elenco de derechos de los menores y de correlativas obligaciones que deben asumir los Estados que se adhieran a él (cfr. ALVÁREZ VÉLEZ, M.<sup>º</sup> I., *La política de protección de menores en el ámbito internacional*, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 175-178).

Autonomía y protección son los pilares que sustentan el estatuto jurídico del menor en la actualidad (3). La primera se consigue mediante el reconocimiento, no ya de la titularidad de los derechos, sino de la capacidad progresiva para ejercerlos en función de las condiciones de madurez; la segunda, mediante la consagración del principio del *favor minoris* o interés supremo del menor, criterio rector de todas las relaciones que le afecten y que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En materia de derechos fundamentales, la edad no es una condición que delimite su titularidad porque están fundados en la dignidad humana y corresponden al menor en su calidad de persona. En sede de capacidad, el principio rector es el llamado *desarrollo evolutivo* en el ejercicio directo de los derechos, que implica una capacidad de obrar progresiva para ejercerlos, según la aptitud para entender y comprender el significado y alcance del acto que realiza y de sus consecuencias (4). La capacidad natural o suficiente madurez se convierte así en la regla básica para que el menor pueda ejercer por sí mismo sus derechos fundamentales y se concibe como la aptitud para adoptar una decisión consciente y libre respecto a un determinado asunto, aptitud que debe valorarse en cada caso concreto y no de forma abstracta (5). Tiene relación con la edad mental o desarrollo psíquico del menor en el marco de la realidad vital y social en la que se desenvuelve, de modo que tendrá madurez suficiente para ejercer el derecho si es capaz de entender y querer el significado de sus actos dentro de un proyecto vital propio y asumiendo el riesgo de errar en su decisión, de la misma forma que yerran los mayores (6).

Con capacidad natural sólo el menor está legitimado para ejercer sus derechos fundamentales; si carece de ella, les corresponde actuar y decidir a sus padres, bajo cuya potestad se encuentran los hijos no emancipados (art. 154 CC). La intervención parental se apoya en el ejercicio de los deberes y responsabilidades que integran la patria potestad, no en la representación legal, que no cabe en estos supuestos porque la propia ley los exceptúa de ella, al tratarse de derechos personalísimos que pertenecen a la esfera más íntima y espiritual de la persona, lo que impide que su ejercicio sea objeto de sustitución o suplencia (art. 162 CC) (7).

---

(3) Prueba de ello es el artículo 24.1 de la nueva versión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el *DOCE* de 14 de diciembre de 2007 y reproducida íntegramente en el artículo 2 de la LO 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, cuando dice que «los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar libremente su opinión. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez».

(4) Cfr. SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pp. 35-36.

(5) Como dice Ruth Navarro Costa, partiendo de la existencia de un sustrato de madurez, cada derecho exigirá una capacidad natural determinada que dependerá de la naturaleza del acto y de la trascendencia y consecuencias irreversibles inherentes al ejercicio porque, a título de ejemplo, no es lo mismo la capacidad para realizar un acto de culto que para rechazar un tratamiento por motivos religiosos (cfr. «El menor ante el Derecho», *Los menores en protección*, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. [coord.] Madrid, 2007, p. 62).

(6) Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp. 154-155.

(7) En cualquier caso, la cuestión no es pacífica pues algunos consideran que los representantes legales podrán ejercitar los derechos de la personalidad de su representado si concurren dos presupuestos: carencia de capacidad natural suficiente para actuar por sí mismo y que la actuación sea claramente beneficiosa o la pasividad claramente desaconsejable (cfr. GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento*

La posición de los progenitores en relación con los derechos de sus hijos es de dirección, guía y orientación de acuerdo con la evolución de sus facultades, para que el ejercicio por el menor contribuya a su desarrollo integral (8). Sus decisiones no son discrecionales, sino que deben adoptarse en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad, lo cual exige cierta objetividad y el alejamiento de prejuicios, convicciones y criterios de valoración personales que deben supeditarse al supremo interés del menor.

El menor es sujeto de derechos, pero también persona en desarrollo o formación. Es todavía un ser vulnerable necesitado de protección (9), la cual se articula jurídicamente a través del principio del *favor minoris* o *interés supremo del menor*, que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2 LOPJM). El interés superior del menor es el criterio rector de toda la legislación sobre menores y vincula a todos los agentes familiares, sociales y jurídicos que tengan que tomar decisiones que les afecten, no sólo en supuestos conflictivos, sino también en las situaciones cotidianas en las que puedan verse envueltos (10). Por eso, el artículo 154 del Código Civil establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y la LOPJM consagra como principio rector de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor (art. 11.2).

Partiendo de la consideración del menor como persona, su principal y primer interés debe ser la protección y salvaguarda de sus derechos de la personalidad, de sus derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el interés del menor se identifica con el artículo 10.1 de la CE, con su dignidad personal, con los derechos inviolables que le son inherentes como persona y con el libre desarrollo de su personalidad y consiste en asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales como persona singular y como integrante de un grupo social (11). Como persona en formación o desarrollo, el interés del menor no se centra sólo en su bienestar o beneficio presente, sino que debe proyectarse sobre su beneficio o bienestar futuros. Desde este punto de vista, consiste en promover las condiciones para que llegue a ser un adulto independiente y capaz, es decir un sujeto plenamente autónomo y ello pasa por tener en cuenta su

---

*a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 92). Una síntesis de las diversas posiciones doctrinales sobre el tema puede verse en ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Madrid, 2006, pp. 43 y ss.

(8) Dice el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño que los Estados Parte respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que le reconoce la Convención. En parecidos términos se expresa el artículo 6.3 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, con respecto a las funciones de los padres en materia de libertad religiosa del menor.

(9) La Declaración de Barcelona sobre «Principios Éticos Básicos en Bioética y Bioderecho» de noviembre de 1998, califica de «vulnerables» a las personas que pueden ver amenazada su autonomía, dignidad o integridad y que, por ello, deben recibir una ayuda especial.

(10) Miguel Ángel Asensio Sánchez señala que el interés del menor cumple dos funciones ambivalentes en relación con la patria potestad: por una parte, legitimadora de la actuación de sus titulares; y por otra, limitadora de su ejercicio, de tal forma que los actos realizados por los padres que no sean en interés del menor pueden considerarse como una extralimitación en sus facultades (*cf.* *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor...*, cit. p. 70).

(11) *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 108-112.

capacidad actual para definir su propio interés, así como por el reconocimiento de un ámbito en el que expresar sus necesidades, apetencias e intereses de manera que se tomen en consideración los criterios del menor afectado hasta donde sea posible y razonable. Y, con carácter general, coincidimos con Mariano Alonso Pérez en que el interés superior del menor debe referirse «a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, administraciones públicas en orden a su desarrollo físico, ético y cultural» (12).

## II. AUTONOMÍA DEL MENOR Y LIBERTAD RELIGIOSA

Si conectamos minoridad y libertad religiosa, lo primero que debe afirmarse es que el menor es titular del derecho de libertad religiosa. Así lo ha manifestado el TC apoyándose en el reconocimiento genérico que el artículo 16.1 CE hace a «individuos y comunidades», así como en el artículo 2 de la LO 5/1980, de Libertad Religiosa, que reconoce el derecho a «toda persona». Además, el artículo 14.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige respeto para su «derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión», y el artículo 6.1 de la LOPJM le reconoce explícitamente el «derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (13). La titularidad es reconocida sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades, tal y como prescribe el artículo 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Admitida la titularidad del derecho, es preciso determinar qué grado de autonomía tiene el menor respecto a su ejercicio. Algunos sistemas jurídicos fijan una edad a partir de la cual se le presume capaz para ejercer la libertad religiosa, edad que suele coincidir con la etapa adolescente y oscila entre los catorce y los dieciséis años (14). Un sector de la doctrina española es también partidario de fijar una edad legal para el ejercicio del derecho, si bien difiere en su concreción pues algunos estiman que los doce años se corresponden con la finalidad de la LOPJM de promocionar al máximo su autonomía como individuo (15), sin embargo otros consideran que dieciséis años es la edad que permite unificar su capacidad legal en los ámbitos patrimonial y personal (16). A falta de previsión legal al respecto debe seguirse la regla general de la capacidad natural o suficiente madurez, y así lo corrobora el TC cuando dice que el ejercicio del derecho y la facultad de disponer de la libertad religiosa no se abandonan por entero a los que tengan la patria potestad o la guarda y custodia, sino que se modulará «en función de la madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar» (17).

(12) ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la LOPJM 1/1996, de 15 de enero, de modificación del CC y de la LEC: Luces y sombras», *Actualidad Civil*, II, 1997, p. 24.

(13) *Vid.* STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º y STC 154/2002 de 18 de julio, FJ 9.º.

(14) Así, en Suiza y Portugal son los dieciséis; en Austria, Alemania e Italia, los catorce; en Suecia y Noruega, los quince años (*cfr.* RODRIGO LARA, M.ª B., *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005, pp. 260-264).

(15) *Cfr.* ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor...*, *cit.*, p. 102.

(16) RODRIGO LARA, M.ª B., *Minoría de edad y libertad de conciencia*, *cit.*, pp. 265 y 515.

(17) *Cfr.* STC 141/2000 de 29 de mayo, fundamento jurídico 5.º

Sin embargo, la aplicación práctica de esta regla no es sencilla: primero, porque la libertad religiosa está integrada por un conjunto de facultades que tienen distinta trascendencia y afectan a bienes jurídicos diversos, lo que dificulta la precisión de la suficiente madurez y por tanto la aplicación sin matices de la capacidad natural para ejercer el derecho; en segundo lugar, porque es preciso determinar cómo juega en este ámbito el interés superior del menor, que es el criterio rector de cualquier cuestión relativa a la minoridad; a todo lo cual se añaden las limitaciones genéricas que comporta el ejercicio del derecho, es decir la protección de la seguridad, el orden, la moral y la salud públicas, así como los derechos y libertades fundamentales de los demás (art. 14.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La suficiente madurez como criterio determinante del ejercicio del derecho debe relacionarse siempre con la naturaleza e importancia del acto de que se trate, por lo que será precisa su comprobación *ad casum*. Puede haber comportamientos amparados por la libertad religiosa en los que la autonomía del menor sea completa y otros en los que se precisará la tutela o decisión parentales. La naturaleza del bien jurídico afectado, el carácter esencial o vital de la decisión, sus consecuencias irreparables o definitivas, son criterios que pueden limitar la autonomía del menor en el ejercicio de su libertad religiosa (18). En estos supuestos, será precisa la intervención de los titulares de la patria potestad, que adoptarán conjuntamente las decisiones oportunas en el ejercicio de las funciones inherentes a ella y siempre en beneficio del menor, debiéndose acudir al juez en caso de desacuerdo entre los progenitores (arts. 154 y 156 CC).

La intervención judicial ha de basarse en la ponderación de los hechos y circunstancias concurrentes en el caso concreto, teniendo siempre presente que el *favor minoris* prevalece sobre cualquier otro interés legítimo (19). Siguiendo al TC, el supremo interés del menor en materia religiosa consiste en «su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal» (20). Por su parte, el TEDH tiene en cuenta los siguientes criterios para valorar el interés del menor (21):

– la continuidad, de manera que no es razonable cambiar la orientación religiosa o ideológica en la que viene siendo educado si no hay causa que lo justifique (22);

---

(18) Vid. STC 154/2002, fundamento jurídico 10.º

(19) La apreciación judicial del interés del menor es discrecional, pero eso no significa que sea arbitraria: «La distinción entre una y otra radica en la racionalidad del juicio de valor por parte del juzgador a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, de la sensata ponderación de los hechos, de la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, de sus beneficios y riesgos, de las ventajas e inconvenientes de cada opción posible, todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto» (ROMERO COLOMA, A. M.ª, *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor*, Barcelona, 2006, p. 141).

(20) STC 141/2000 de 29 de mayo, fundamento jurídico 5.º Al respecto véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 281 y ss.

(21) Vid. las sentencias de 23 de junio de 1993, caso *Hoffman c. Austria* y de 16 de diciembre de 2003, caso *Palau-Martínez c. Francia*.

(22) Para algunos, el criterio jurisprudencial europeo se ha quebrado tras la sentencia del TEDH *Hoffmann c. Austria*, que ampara a una madre, inicialmente católica y convertida luego a los

- la prohibición de modificar su formación religiosa si con ello se pone en peligro su desarrollo armónico;
- y su voluntad, con la que debe contarse si tiene suficiente grado de madurez (23).

### III. LAS CREENCIAS RELIGIOSAS DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

El medio sanitario es un fiel reflejo de los principios que rigen el estatuto jurídico de la minoridad en la actualidad y buena prueba de ello es el parágrafo 10 de la *Declaración de Ottawa sobre el derecho del niño a la atención médica*, adoptada por la 50.<sup>a</sup> Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en octubre de 1998, que comienza otorgando a los padres o representantes legales la potestad para consentir el comienzo de un proceso de diagnóstico o de terapia en el niño, pero también dice que «los deseos expresados por el niño deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento. No obstante, si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo» (24).

En el Derecho Español, el principio rector de las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del afectado, que se precisa para cualquier

---

testigos de Jehová, a quien los tribunales austriacos privaron de la custodia por cambiar unilateralmente la orientación religiosa de sus hijos, bautizados desde su nacimiento en la Iglesia Católica. A juicio de Javier Martínez-Torrón, *Hoffmann* es una decisión que parte de principios correctos para llegar a un resultado erróneo. Es razonable que el Estado se abstenga de valorar las creencias religiosas en sí mismas, a efectos de atribuir la guarda y custodia; pero no es razonable abandonar el criterio de mantener la continuidad de la educación religiosa de los hijos, en aras de su mejor interés, como parte de la coherencia de su proceso educativo global (*cf.* «Derecho de Familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en AA.VV., *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado [Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado]* Bilbao, 2001, p. 156). En la misma línea, M.<sup>a</sup> Belén Rodrigo Lara estima que tras la resolución *Hoffmann* el «interés del menor» puede pasar a un segundo plano en aras de una pretendida no discriminación y defensa de la libertad religiosa de algún progenitor (*cf.* *Minoría de edad y libertad de conciencia...*, *cit.*, p. 323). En sentido contrario, Verónica Puente Alcubilla señala que en el momento en que se emiten las decisiones judiciales austriacas, los niños tenían seis y cuatro años y a tales edades no es relevante todavía el cambio en su formación religiosa, a lo que debe añadirse que, según los dictámenes periciales, el ambiente en el que vivían era el adecuado (*cf.* «Relaciones paterno-filiales y formación de la conciencia del hijo menor no maduro: aspectos conflictivos», en AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado [Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado]*, Bilbao, 2001, p. 710).

(23) *Vid.* Martín Sánchez, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada, 2002, pp. 128-136.

(24) Asimismo, el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997 establece que cuando el menor, según la ley, no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez (art. 6.2).

actuación que afecte a su salud y que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, define como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada (art. 3)(25). Capacidad, información y voluntariedad son los pilares sobre los que se asienta la autonomía del paciente o usuario, el cual puede revocar el consentimiento en cualquier momento y tiene derecho a negarse al tratamiento (arts. 8 y 2 de la Ley 41/2002).

En la determinación de la capacidad del menor para la válida emisión del consentimiento, es posible distinguir varios supuestos:

A) El menor emancipado o con 16 años cumplidos, no incapaz ni incapacitado, es tratado como un mayor de edad en la toma de decisiones sobre su salud y tiene por tanto autonomía plena para prestar el consentimiento informado (26). Así se desprende del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, que no admite la emisión del consentimiento por representación a partir de esa edad aunque, en caso de actuación de grave riesgo, hay que informar a los padres y escuchar su opinión (27). Se exceptúan la realización de ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad (28), no así la decisión sobre la práctica del aborto que, tras la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, corresponde de manera exclusiva a las mujeres de 16 y 17 años de acuerdo con el régimen general aplicable a las mayores de edad (art. 13.4)(29).

B) Si se trata de un menor no emancipado o que no ha llegado a los 16 años, la condición necesaria para emitir el consentimiento informado parece ser la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención pues así se desprende de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 9.3.c) de la

---

(25) Sobre la naturaleza jurídica, elementos y caracteres del consentimiento informado, puede verse ROVIRA, A., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

(26) Con ello se dota al sistema de mayor seguridad jurídica al ofrecer al médico un dato objetivo, el de la edad, en lugar de tener que valorar en cada caso concreto la madurez del menor que está próximo a la mayoría de edad (*cf.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica [Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica]*, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 362).

(27) Las alusiones de la Ley 41/2002 a la emancipación o a los diversos tipos de representación legal deben entenderse referidas al régimen general del Código civil y a los regímenes previstos en las leyes de las Comunidades Autónomas que tienen un Derecho civil propio. Las particularidades de estas últimas pueden verse en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica...*, *cit.*, pp. 355 y ss.

(28) Una posición crítica con estas excepciones es mantenida por TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao, 2005, pp. 321-322.

(29) La norma exige que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, sean informados de la decisión de la mujer, pero permite prescindir de esa información cuando la menor alegue fundadamente que ello provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. A tal efecto, el artículo 8 del RD 825/2010, de 25 de junio, de Desarrollo parcial de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva, dispone que la mujer de 16 o 17 años prestará el consentimiento para la interrupción del embarazo acompañando documento que acredite el requisito de la información a los representantes legales, pero en el caso de alegar cualquiera de las circunstancias que permiten prescindir de esa información, el fundamento de las mismas debe ser apreciado por el médico encargado de la interrupción del embarazo.

Ley 41/2002, que niega al menor la facultad para consentir válidamente sólo en aquellos casos en que no sea capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención, debiendo oír su opinión, en todo caso, si es mayor de 12 años (30). Es decir, que la autonomía del menor de 16 años en el medio sanitario sigue la regla general de la capacidad natural y así lo confirman algunas disposiciones autonómicas, que consideran capacitados para emitir el consentimiento informado a aquellos menores que tengan las condiciones suficientes de madurez (31). En el plano psicológico, el menor es considerado maduro si muestra un nivel de diferenciación psicológica suficiente para saber qué quiere; entender que otros pueden querer algo diferente; detectar y tener recursos para tolerar y afrontar situaciones de conflicto; y guiar sus acciones a partir de la reflexión (32). Jurídicamente, la madurez psicológica se define como «el desarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite (al menor) la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto» (33). Así pues, el grado de madurez que capacita al menor para tomar

(30) El tenor literal de la norma señala: «Se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos».

(31) Artículo 25.1.c) de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura; artículo 15.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja; artículo 11.2 de la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. El artículo 5.1 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León sobre Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Salud, dice textualmente: «toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente». En la misma línea, el artículo 212.2 de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia, dispone que «las personas mayores de dieciséis años y las menores que tengan una madurez intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención en su salud deben dar el consentimiento por sí mismas, salvo en los casos en que la legislación de ámbito sanitario establece otra cosa». No obstante, hay disposiciones autonómicas que se apartan de lo previsto con carácter general en la Ley 41/2002, como la Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares, cuyo artículo 12.6 señala que «respecto de los menores de edad, el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o curadores que ostenten la representación legal». La aplicación de este precepto debe ceder frente al artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 que tiene carácter de norma básica en la ordenación de la sanidad y el derecho a la salud.

(32) *Cfr.* Documento del Comité de Bioética de Cataluña, «La persona menor de edad en el ámbito de la salud» de 24 de noviembre de 2009, pp. 15-16.

(33) Artículo 2 del Decreto andaluz 49/2009, de 3 de marzo, de Protección de las Personas Menores de Edad que se someten a Intervenciones de Cirugía Estética en Andalucía. La madurez psicológica es el parámetro utilizado normativamente para valorar el grado de desarrollo de la personalidad del menor con el fin de garantizar que comprende plenamente los beneficios, riesgos y consecuencias que supone la intervención, así como para descartar desórdenes psicológicos y trastornos de personalidad que contraindiquen la cirugía estética, especialmente en lo relativo a trastornos de la imagen corporal [art. 2.g) del Decreto andaluz 49/2009]. El Decreto sólo permite otorgar autónomamente el consentimiento informado a los mayores de 16 años pues tratándose de un menor de 16 y mayor de 12 años cumplidos, el consentimiento será otorgado por su padre o madre o quienes tengan la tutela o representación legal, con independencia de su grado de madurez psicológica [art. 6.2.b)]. Por debajo de los 12 años, no se contempla la posibilidad de realizar una operación de cirugía estética.

decisiones autónomas en el medio sanitario no depende tanto de su edad física como de su aptitud y competencia para comprender los pros y los contras del tratamiento, evaluar sus consecuencias y sopesar el alcance de la decisión que tome (34). Por eso, hay que conectarla con el tipo de intervención médica que se vaya a practicar y con la relación riesgo-beneficio que suponga, ya que no se necesita la misma madurez para aceptar o rechazar un tratamiento banal (ej., una vacuna) que una intervención quirúrgica de cierta entidad (ej., una operación a corazón abierto). Las condiciones de madurez exigibles deben ser mayores cuanto mayores sean los riesgos para la vida o la salud, de manera que a mayor riesgo, criterios de capacidad más estrictos, debiendo exigirse máxima competencia para consentir tratamientos sin beneficio directo para el enfermo (ej., participar en un proyecto de investigación) o para rechazar tratamientos eficaces en situaciones de urgencia vital (35). La valoración de la capacidad en el caso concreto corresponde al médico responsable de la asistencia, de tal manera que, si a criterio médico, el menor no es competente para tomar una decisión autónoma, el consentimiento debe ser otorgado por los representantes legales, siempre después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos [art. 9.3.a) y c) de la Ley 41/2002].

La prestación del consentimiento por sustitución debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (art. 9.5 de la Ley 41/2002) (36). En caso de conflicto entre la voluntad del menor maduro y la de los padres, debe prevalecer la primera por afectar a bienes personalísimos (integridad física, salud) que no pueden ser objeto de disposición ajena, por lo que los padres no pueden imponer al menor que tiene capacidad natural el tratamiento o la intervención que rechaza, ni tampoco pueden impedir que se practique el tratamiento que él haya autorizado (37). Ante la duda sobre la opción a seguir en estos supuestos, es conveniente recurrir al dictamen consultivo de los Comités de ética asistencial y, en último término, si se considera que el menor está actuando en contra de sus propios intereses, a la autoridad judicial a fin de que le aparte del peligro o le evite un perjuicio (art. 158.4 CC) (38).

(34) Cfr. ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes» (II), *La Ley de 24 de enero de 2003*, núm. 5704, p. 3.

(35) Cfr. GÓMEZ RUBÍ, J. A., *Ética en medicina crítica*, Madrid, 2002, p.185. En el mismo sentido, M.<sup>ª</sup> José Santos Morón indica que debe exigirse una capacidad plena para rechazar un tratamiento de alto beneficio y escaso riesgo para la salud, o para aceptar uno de alto riesgo y bajo beneficio (cfr. *Incapacitados y derechos de la personalidad...*, cit., pp. 76-77).

(36) Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del menor y no sea posible conseguir su autorización o la de sus representantes legales, los médicos deben realizar las actuaciones clínicas indispensables en interés de su salud [art. 9.2.b) de la Ley 41/2002].

(37) Cfr. GALÁN CORTÉS, J. C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, p. 34. En el mismo sentido, SANTOS MORÓN, M.<sup>ª</sup> J., *Incapacitados y derechos de la personalidad...*, cit., p. 73.

(38) Presumiendo que en la práctica no será habitual prescindir de la intervención de los padres y contar sólo con el consentimiento del menor de 16 años capaz de comprender el alcance de la intervención, se ha defendido que hubiera sido razonable conciliar la regla de la autonomía del menor maduro con las previsiones del Código Civil respecto al deber de guarda de los progenitores, exigiendo su consentimiento como guardadores junto al del propio menor (cfr. PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, núm.2, abril de 2003, pp. 25 y ss.).

En la aplicación de estos parámetros a los conflictos generados por las convicciones religiosas, conviene distinguir varios supuestos:

- a) Por una parte, intervenciones que pueden resultar contrarias a la integridad corporal o a la salud del menor. Se pueden incluir en esta sede la mutilación genital femenina (MGF) y la circuncisión ritual.
- b) Por otra, el rechazo a tratamientos médicos garantes de dicha salud. Es el caso de los testigos de Jehová y su negativa a recibir transfusiones sanguíneas.
- c) Nos referiremos también a algunos hechos aislados, relacionados indirectamente con la salud, que han tenido como protagonistas a niñas y adolescentes musulmanas.

## 1. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Conocida comúnmente como ablación, consiste en la extirpación total o parcial de los órganos genitales de la mujer. Más de ciento cuarenta millones de mujeres han sufrido esta práctica en el mundo y cada año están expuestas tres millones en países del África subsahariana (Somalia, Camerún, Tanzania, Mauritania, Kenia, Malí, Sierra Leona, Sudán, Yibuti, Etiopía, Gambia...), pero también en otros como Egipto, Indonesia, Malasia, Yemen, Emiratos Árabes Unidos... (39).

La MGF tiene diversos grados: el más suave es la clitoridectomía que consiste en la extirpación del capuchón del clítoris, acompañada de su ablación total o parcial. En el punto medio se sitúa la escisión o extirpación del clítoris, tejidos adyacentes y labios menores. El más agresivo es la infibulación o circuncisión faraónica consistente en la ablación total del clítoris y labios menores, así como de parte de los mayores, para después coser la vulva y dejar una estrecha abertura vaginal.

El tipo de mutilación, la forma de practicarla y la edad a la que se practica varían según el país, la zona del mismo o el grupo étnico de que se trate, pero normalmente se lleva a cabo entre los cuatro y los ocho años y se realiza como parte de una ceremonia de iniciación por *la cortadora*, una anciana, partera o curandera, sin anestesia y con instrumental rudimentario (unas tijeras, un cristal roto, la tapa de una lata...). En el momento de practicarse, la mutilación produce dolor, conmoción y hemorragia, lesión en los órganos genitales y riesgo de muerte, dadas las condiciones en las que se realiza. A medio y largo plazo es causa de infecciones renales, urinarias, infertilidad, trastornos menstruales, dificultad o imposibilidad para las relaciones sexuales, complicaciones durante el embarazo y el parto... A lo que hay que añadir las secuelas psicológicas y psíquicas que comporta la situación.

Las razones que explican esta conducta son culturales más que religiosas y están relacionadas con las costumbres sobre sexualidad y reproducción: en algunos casos, la ablación es considerada como un símbolo de limpieza e higiene porque elimina la carne impura; en otros, es un medio para realzar la feminidad y evitar

---

(39) Los datos que se transcriben sobre el concepto, las causas y la extensión geográfica de la MGF se han extraído del Informe de Amnistía Internacional «La mutilación genital femenina y los derechos humanos» (<https://doc.es.amnesty.org>), así como de la resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 sobre «Mutilaciones genitales femeninas». Vid. también, «Mutilación Genital Femenina. La ablación de un derecho humano», Diario *El Mundo* de 19 de febrero de 2006, pp. 32 y 33.

que el clítoris pueda crecer como un pene, dañando al varón o al bebé en el momento del parto; en ocasiones es un rito de iniciación que posibilita la aceptación por la comunidad y la integración en el grupo; se cree también que la mutilación consigue la docilidad de la mujer, mitigando su deseo sexual y reduciendo la posibilidad de ser infiel al esposo (40). Pero no se trata de una tradición musulmana pues el Corán no contiene ningún versículo relacionado con la mutilación, aunque la defensa de la práctica ha sido utilizada por líderes del integrismo islámico como un instrumento de lucha contra las intromisiones de Occidente en el mantenimiento de costumbres pretendidamente islámicas (41).

¿Qué tratamiento sociológico- político y jurídico hay que dar a la MGF?

Para responder a esta cuestión hay que partir de un hecho incontrovertible: la ablación afecta a bienes jurídicos esenciales como la integridad física y moral de la mujer, su salud física y mental y el libre desarrollo de su sexualidad. Desde esta perspectiva supone una violación intolerable de los derechos de las mujeres, pero especialmente de las mujeres más indefensas que son las niñas, dada la edad a la que se practica. Por ello en el ámbito internacional la movilización para condenar y erradicar tal práctica ha sido unánime ya que ninguna costumbre, tradición o religión puede justificar una lesión de derechos tan básicos y esenciales. La Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que puedan perjudicar la salud de los niños (art. 24.3). La resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 propone su tipificación como delito y el castigo a quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo para realizar cualquier acto de mutilación sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña (ap. 11). Por su parte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) califica la práctica como trato inhumano y la considera una forma de persecución social que puede ser causa suficiente para la concesión de asilo político (42).

El Derecho Español tipifica la conducta como delito en el artículo 149.2 CP (43), que castiga con prisión de seis a doce años al que causase a otro una muti-

(40) *Cfr.* Punto 39 del Informe de 11 de julio de 2005 de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas (*Vid.* GARCÍA-PARDO, D., «Violencia e Islam en los Documentos del Consejo de Derechos Humanos: Los Procedimientos Especiales», en MOTILLA, A. [coord.], *Violencia e Islam*, Granada, 2010, pp. 94-97).

(41) Las investigaciones sobre el tema llevadas a cabo en el seno de la ONU y UNICEF, revelan que, aunque un sector del mundo musulmán haya asumido esta práctica como un precepto religioso, se trata de una costumbre anterior al islam y al cristianismo que ya se realizaba en el Egipto de los faraones y luego se extendió a sociedades tribales de países africanos (*cfr.* ROPERO CARRASCO, J., «El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina» [I], *Diario La Ley* de 26 de septiembre de 2001, núm. 5383, www.laley.net).

(42) Siguiendo estas directrices, publicadas en mayo de 2002, algunos países como Canadá, Estados Unidos o Suecia han concedido el estatuto de refugiadas a mujeres que corrían el riesgo de ser sometidas a la MGF si volvían a su país (*Vid.* al respecto ROSSELL GRANADOS, J., «La mutilación genital femenina», *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid, 2004, pp. 233-238).

(43) LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, por la que se modifica el artículo 149 CP. Antes de tal modificación, las conductas de MGF podían subsumirse en el tipo básico de las lesiones recogido en el artículo 147.1 o, según la mayor parte de la doctrina, en el tipo cualificado del artículo 149.1, que aumenta la pena si la lesión produce la pérdida o la inutilidad de un miembro u órgano principal (*cfr.* ROPERO CARRASCO, J., «La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos

lación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Si la víctima es menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés de la menor o incapaz (44). Además, la jurisprudencia española ha interpretado que la MGF puede ser causa suficiente para obtener la condición de refugiada porque «la reprochable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951» (45).

Como en todos los delitos de lesiones, conviene dilucidar qué papel tiene el consentimiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal. Tanto el de la menor como el de los titulares de la patria potestad es absolutamente irrelevante para eximir de responsabilidad penal: si lo emite la menor no es válido ni siquiera para atenuar la pena por expresa disposición del artículo 155 CP (46). Si lo emiten sus padres o guardadores, no están legitimados por el derecho a educar a sus hijos en sus propias convicciones religiosas ni por las funciones propias de la patria potestad porque perjudican bienes jurídicos ajenos, como la integridad física y la salud de la niña, y porque actúan en contra de su supremo interés, lo que determina no sólo la ineficacia de su consentimiento, sino su represión a través de la pena específica de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (47).

El desconocimiento sobre la ilegalidad de la conducta tampoco es alegable para evitar o atenuar la condena porque la vulneración de derechos tan esenciales de la mujer no puede hacerse depender de circunstancias tales como el origen

---

fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual», *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Bilbao, 2003, pp. 363-364).

(44) El fundamento de la norma se recoge en la Exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre: las creencias religiosas o culturales de diverso signo no pueden justificar la realización de conductas o actos contrarios a los derechos humanos.

(45) STS de 10 de octubre de 2006, Rec. 6597/2003. En el mismo sentido, la STS de 11 de mayo de 2009 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (Rec. 155/2006) otorga la condición de refugiada a una nigeriana que se vio obligada a huir de su país después de que la realizaran la ablación para casarla con un vecino musulmán mayor que ella. La resolución recuerda que una situación de desprotección y marginación social de las mujeres en su país de origen que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos es causa de asilo, y que la ablación de la mujer y el hostigamiento y las amenazas para obligarla a casarse son protegibles por resultar encuadrables entre las persecuciones sociales (FJ 3.º). Un comentario a esta última decisión judicial puede verse en PICÓ LORENZO, C., «La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición de refugiada», *Diario La Ley*, núm. 7219, Sección Columna, 16 de julio de 2009, LA LEY 13113/2009.

(46) Del precepto se desprende también que la petición de una mujer adulta y capaz o su autorización para que se le practique la mutilación no excluye la tipicidad del hecho y sólo se produce la atenuación de la pena en uno o dos grados, porque el consentimiento deja subsistente el delito cuando la lesión no tiene fin curativo y altera de manera grave y permanente la salud personal, en el sentido de ocasionar los resultados previstos en los artículos 149 y 150 CP: pérdida o inutilidad de órganos, miembros o sentidos, impotencia, esterilidad, deformidades o graves enfermedades somáticas o psíquicas (cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., «Lesiones» [I], *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Coord. Miguel Bajo, Madrid, 2003, p. 369).

(47) El consentimiento de los padres y demás actuaciones dirigidas a realizar la ablación por un tercero (contactar con la persona, pagarla, desplazar a la niña a otro país) podrían calificarse de actos constitutivos de provocación, conspiración o proposición para cometer delitos de lesiones sancionados por los artículos 17 y 151 CP.

cultural de quien los agrede. Como ha dicho de forma concluyente el TS, el error de prohibición puede predicarse de figuras delictivas propias de un concreto Ordenamiento jurídico que tutelan bienes tenidos por tales a efectos punitivos en una determinada sociedad, pero no predicables con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos; sin embargo, en modo alguno puede reconocerse como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias de principios tan básicos como el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la libertad en sus diferentes ámbitos (48).

Para hacer efectiva la eficacia de la actuación penal en la prevención y erradicación de esta práctica en los casos en que se realizaba fuera del territorio español, en una *escapada o unas vacaciones de los padres con su hija* al país de origen (49), el artículo 23.4 de la LOPJ aplica a la MGF el principio de universalidad o de justicia mundial, de tal forma que la jurisdicción española es competente para conocer del delito sea cual sea el lugar de su comisión y la nacionalidad de los responsables, siempre que éstos se encuentren en España, pues se ven afectados bienes que pertenecen a toda la comunidad y están por encima de intereses estatales (50). Por otra parte, como expresamente indica el artículo 76.4 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, «de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia», si existen fundadas sospechas de que la niña puede ser objeto de mutilación genital, se puede instar la adopción de medidas preventivas tales como impedir su salida del territorio español o someterla a reconocimiento ginecológico cada cierto tiempo (51). También podría utilizarse la situación de riesgo prevista en la LOPM, cuya declaración permitiría un control de la situación por los servicios de asistencia social y evitaría el efecto pernicioso de separar a la niña de su familia (52).

Dando un paso más, podemos plantearnos si la intervención del Derecho Penal es adecuada para luchar contra la mutilación genital femenina. Algunos califican de contraproducente e ineficaz el recurso a la sanción penal porque implica un

(48) STS de 8 de enero de 2010, Sala de lo Penal, FJ 4.º, RI §1041294.

(49) En el orden penal, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español (art. 23.1 LOPJ). Sobre las dificultades para perseguir el delito puede verse ROPERO CARRASCO, J., «El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina» (II), *Diario la Ley*, 2 de abril de 2001, núm. 5280, www.laley.net.

(50) *Vid.* la Exposición de motivos de la LO 3/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el artículo 23.4 de la LOPJ, siguiendo así la recomendación contenida en el apartado 11 de la resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, sobre Mutilaciones genitales femeninas.

(51) Los medios de comunicación se hacen eco periódicamente de la adopción judicial de medidas cautelares tendentes a la protección de menores residentes en España frente a una posible mutilación de sus genitales. A título de ejemplo, en el Diario *El Norte de Castilla* de 23 de enero de 2008, se publicaban los siguientes datos al respecto: un auto del Juzgado núm. 1 de Sant Feliu de Guixols (Gerona), retiró el pasaporte a tres niñas gambianas cuyas hermanas mayores habían sufrido la ablación, para evitar que con ellas ocurriera lo mismo; el titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cervera (Lérida), ante las sospechas de que una menor fuera desplazada a Gambia para someterse a una ablación, ordenó retener su permiso de residencia, prohibir su salida del territorio español y prohibir la expedición de su pasaporte. Un Juzgado de Mataró (Barcelona) acordó mantener la custodia por parte de la Generalitat de dos menores de edad por sospecha de traslado a su país para amputación de sus genitales.

(52) Como se desprende de la Exposición de motivos de la LOPJM, la situación de riesgo es una categoría residual respecto a la de desamparo que se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el desarrollo personal o social del menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. Las medidas a adoptar en tal supuesto son de control y asistencia por parte de los servicios sociales.

modelo de exclusión y una dificultad importante para un proyecto intercultural, además de provocar la aparición del síndrome de resistencia y la victimización del grupo frente a la mayoría (53). Se dice también que la incriminación a los padres como promotores de la mutilación puede generar una mayor desprotección en las menores y provocar graves obstáculos para su integración social. A partir de estos argumentos, se aboga por un diálogo intercultural abierto, que comprenda las razones profundas de este tipo de prácticas, y se sostiene la admisión de una escisión simbólica, de escaso riesgo para la salud, realizada en instalaciones sanitarias oficiales (54). Aun comprendiendo el loable propósito de esta posición que trata de evitar los daños que acarrea la práctica clandestina de la MGF, tiene el riesgo serio de provocar su legitimación cuando de lo que se trata es de erradicarla por completo, por ser contraria a la dignidad que la mujer merece en cuanto persona (55). En este sentido, la intervención penal en la lucha contra la ablación está plenamente justificada porque se trata de un ejercicio de violencia contra las mujeres que no puede resultar amparado en nombre de una tradición, costumbre o creencia, al constituir un grave atentado a bienes jurídicos universales como la integridad física, la salud, la sexualidad y el bienestar físico y psíquico, que se sitúan por encima de intereses culturales o estatales y que merecen ser protegidos a través del Derecho sancionador por excelencia que es el Derecho Penal. Siguiendo al TS, «el Estado de Derecho nunca debe abdicar de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo que ello por añadidura supondría para la adecuada protección de las víctimas, como titulares últimos de tales valores básicos» (56).

Pero también es verdad que el recurso a la sanción penal, por sí solo, resulta claramente insuficiente para prevenir y erradicar la MGF. Doctrinalmente, se ha propuesto abordar la ablación en un marco de protección integral de los niños, a través de una serie de medidas jurídicas que les defiendan frente a todos los comportamientos atentatorios de sus derechos básicos como la mendicidad, el trabajo infantil, la violencia doméstica, la pornografía, etc. (57). Por otra parte, desde instancias europeas, se insta a los Estados miembros a poner en marcha varios tipos de actuaciones (58):

(53) Cfr. DE LUCAS, J., «La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos», *Derecho y Sociedad*, Valencia, 1998, p. 45.

(54) Tal es la opinión de J. H. Carens en SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., *Muslimans a Catalunya. El repte de la integració i la llibertat religiosa*, Barcelona, 2004, pp. 41-42.

(55) Según el TC, la dignidad personal, entendida como el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, es un criterio de interpretación de cualquier norma jurídica y constituye un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no pueden conllevar un menosprecio para la estima que merece la persona en cuanto ser humano (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 5.º).

(56) STS de 8 de enero de 2010, Sala de lo Penal, FJ 4.º, RI §1041294.

(57) Cfr. ROPERO CARRASCO, J., «La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas»..., *cit.*, pp. 359-365.

(58) *Vid.* Apartado 11 de la resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, sobre Mutilaciones genitales femeninas.

En primer lugar, políticas preventivas de acción social, por medio de programas públicos y servicios sociales dirigidos a la formación, educación y concienciación de las comunidades de riesgo y a la asistencia a las víctimas de estas prácticas.

En segundo lugar, difusión de una información precisa y comprensible, a través de consulados y servicios de inmigración, de la prohibición de las MGF en los países de acogida y de que el objeto de la prohibición no es agredir la cultura propia, sino la protección a las niñas y las mujeres.

En tercer lugar, elaboración de guías y directrices para los profesionales de la salud, educadores y asistentes sociales con el fin de informar e instruir a las familias de los riesgos de las MGF y de su consideración delictiva.

Por último, organización de cursos de información sexual para colegios y grupos pertinentes en los que se informe de las consecuencias de esas prácticas (59).

## 2. LA CIRCUNCISIÓN

La postectomía, expresión clínica de la circuncisión, consiste en la retirada del prepucio, es decir en su extirpación total o parcial. Se trata de una intervención practicada desde tiempos remotos por algunos pueblos africanos, por los judíos y por los musulmanes, cuyo origen se atribuye a causas diversas: signo de iniciación que consagra el acceso de una nueva generación al rango de hombres; signo de virilidad y medio de acrecentar el placer sexual; ofrenda a la divinidad para favorecer la fertilidad; símbolo de realeza o nobleza (60). Médicamente, puede resultar indicada por razones profilácticas o terapéuticas, como tratamiento para la prevención de infecciones del tracto urinario o para la cura de algunas enfermedades (61), pero tiene también una significación religiosa. En el mundo hebreo es un signo de identidad y un rito que simboliza la alianza de Yahvé con Abraham y su descendencia (Génesis 17); por eso los judíos tienen el deber de circuncidar a todos los varones mediante un acto ceremonial (*brit-milá*), que tiene lugar entre el sexto y el octavo día del nacimiento y lo realiza el *mohel*, persona autorizada que ha recibido la instrucción adecuada, mientras el niño es sostenido por el padrino, que suele ser

---

(59) También el Congreso de los Diputados ha propuesto el desarrollo de programas sanitarios, sociales y educativos destinados a prevenir la MGF entre la población de riesgo y la dotación a distintos colectivos de profesionales de los protocolos de acción necesarios para prevenir y tratar estas prácticas (*vid.* Proposición no de Ley de 19 de junio de 2001 sobre medidas para la erradicación de la práctica de la mutilación genital femenina, BOCG núm. D-205, de 26 de junio de 2001).

(60) Los datos sobre la circuncisión se han extraído del profuso trabajo de la profesora FÉLIX BALLESTA, M.<sup>ª</sup> A., «El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)*, XVI, 2000, pp. 189-192.

(61) La postectomía se asocia a un riesgo inferior de contraer enfermedades de transmisión sexual, a una tasa más reducida de cáncer de pene y a un medio para evitar otras complicaciones de la salud genital masculina como la balanitis, la fimosis y la parafimosis. Tres ensayos realizados en Sudáfrica, Kenia y Uganda entre 2006 y 2007 corroboraron que eliminar la piel prepucial reduce hasta un 60 por 100 el riesgo de adquirir el Sida por vía heterosexual, de ahí que los organismos internacionales hayan reconocido oficialmente la eficacia de la intervención como medida preventiva frente al VIH (*cf.* «Argumentos de peso para prescindir de la piel prepucial», *El Mundo Salud* núm. 797, jueves, 26 de marzo de 2009).

el abuelo (62). Entre los musulmanes es una costumbre inmemorial, que proviene de ritos preislámicos aunque no está recogida en el Corán. Tiene también un sentido ritual y se lleva a cabo en todo el mundo islámico a una edad variable que oscila entre los tres y los siete años.

La circuncisión ritual puede ser considerada como una manifestación del derecho a practicar la religión o creencias y, por tanto, como un comportamiento protegido por el derecho de libertad religiosa (63), lo que plantea el problema de su compatibilidad con el orden público como límite al ejercicio del derecho. Es verdad que la circuncisión produce modificaciones corporales irreversibles o permanentes, pero no es una práctica que sobrepase los límites de la libertad religiosa, porque se considera una operación de bajo riesgo desde el punto de vista clínico, y porque los efectos que produce no son lesivos o dañosos para la salud, pues no altera la funcionalidad sexual o reproductiva del hombre e incluso, en el plano científico, se defiende su realización sistemática por motivos profilácticos (64) o por razones higiénicas en algunos ambientes (65).

Ahora bien, la operación se lleva a cabo sobre infantes, es decir menores que no tienen una mínima capacidad de discernimiento, cuyos progenitores toman la decisión de que se actúe sobre su cuerpo, lo que plantea el problema de la posible usurpación de derechos personalísimos como el de la integridad física, de los que sólo el propio menor podría disponer. Francisco Rivero Hernández entiende que los padres no están legitimados para tomar la decisión de circuncidar a sus hijos y, si lo hacen, realizan un acto ilícito o prohibido por el Derecho, porque no pueden representar al menor si se trata de sus derechos personalísimos y, por lo tanto, no pueden sustituirle en el ejercicio de sus opciones religiosas, debiendo adoptar una actitud inactiva o neutral, dejando en suspenso cualquier decisión en la materia hasta que el menor pueda hacerlo por sí mismo (66). Sin embargo, esta interpretación se contradice con el derecho de los padres a educar al hijo en la práctica de la

---

(62) La circuncisión diferenciaba físicamente a los judíos de los romanos que consideraban esta práctica como cruenta, arcaica, bárbara y de mal gusto (cfr. FÉLIX BALLESTA, M.<sup>a</sup> A., «El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades...», p. 191).

(63) En el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 30 de julio de 1993 sobre el artículo 18 del PIDCP, se indica que la observancia y la práctica de la religión o creencias abarca una amplia gama de actividades entre las que se pueden incluir, no sólo actos ceremoniales, sino costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir y tocados distintivos, así como la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida.

(64) El Comité Nacional de Bioética italiano ya señalaba en la pasada década que la utilidad profiláctica de la circuncisión masculina era un debate abierto, de manera que no había razones de peso para justificar su práctica generalizada, pero tampoco era una intervención desaconsejada médicamente, debiéndose estar a la buena práctica médica valorada en el caso concreto (Documento de 25 de septiembre de 1998 sobre «La circuncisión: aspectos bioéticos», *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1999/2, p. 527). En la actualidad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Programa de la ONU contra el Sida (ONUSIDA) recomiendan la circuncisión como una vía adicional para luchar contra el VIH en el caso de los varones heterosexuales (www.elpais.com de 28 de marzo de 2007).

(65) Durante la II Guerra Mundial fue una operación generalizada entre los soldados americanos del frente del Pacífico, donde las condiciones climáticas impedían garantizar una higiene adecuada. En la década de los setenta, la práctica se generaliza en los Estados Unidos, país en el que la eliminación del prepucio fue practicada durante años a todos los neonatos de forma casi sistemática. En la actualidad, el porcentaje de niños circuncidados en Estados Unidos se sitúa entre el 55 por 100 y el 65 por 100.

(66) Cfr. «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos...», pp. 268-269.

religión acorde con sus convicciones, siempre que no perjudique su salud física o mental ni su desarrollo integral (67). La neutralidad religiosa es un deber del Estado, pero no de los padres, que están legitimados para inculcar al hijo sus convicciones religiosas y para iniciarle y formarle en sus ritos, ceremonias y prácticas siempre en el marco previsto por el Ordenamiento. La decisión de los padres se ampara pues en un derecho propio, no de su hijo; es verdad que en el ejercicio de este derecho no pueden sobrepasar los límites establecidos por el Ordenamiento, pero si se entiende que la circuncisión no sólo no daña, sino que puede ser beneficiosa para la salud, la decisión familiar de realizarla no es atentatoria de los derechos del menor y no perjudica su supremo interés, por lo que no sobrepasa las limitaciones previstas para el ejercicio del derecho parental (68).

Admitida la licitud de esta práctica religiosa, se plantea a quién corresponde realizarla. En la medida en que es un acto que afecta a la salud y produce modificaciones en el organismo humano, debe ser practicada por los profesionales de la medicina, sea cual sea su motivación, profiláctica, terapéutica o ritual, y sea cual sea la edad a la que se realice. No compartimos la idea de que la intervención sobre neonatos, dada su sencillez, pueda ser realizada por un ministro religioso que no sea médico, aunque tenga reconocida competencia en una práctica de esa naturaleza y haya un seguimiento médico posterior a su realización (69).

Una última cuestión es la posible financiación de la circuncisión ritual por la sanidad pública. El principio bioético de justicia, que exige un reparto equitativo de los medios y fondos disponibles, permite afirmar que el sistema sanitario público no debe financiar tratamientos que están apoyados exclusivamente en pautas culturales o religiosas y carecen de una clara indicación médica. A la misma solución conduce la configuración de la libertad religiosa como un mero derecho de libertad y no como derecho prestacional, si bien es cierto que la función promocional que atribuye a los poderes públicos el artículo 9.2 CE, junto al mandato de cooperación recogido en su artículo 16.3, podrían fundamentar la asunción económica por el Estado de una prestación de tal naturaleza, a petición de las comunidades religiosas interesadas.

### 3. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Es el supuesto planteado por los testigos de Jehová, que rechazan las transfusiones sanguíneas aunque ello suponga un grave riesgo para su vida o salud (70).

---

(67) Vid. artículo 27.3 CE, artículo 2.1 LOLR y artículo 5 de la Declaración de NU de 25 de noviembre de 1981, sobre «Eliminación de cualquier forma de intolerancia y discriminación en materia religiosa».

(68) En esta línea, los tribunales españoles han desestimado una denuncia planteada por el padre de un niño de seis años circuncidado por la sola voluntad de su madre musulmana, que detentaba su custodia (cfr. BONET NAVARRO, J., y LANDETE CASAS, J., «Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, octubre de 2005, p. 9, [www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

(69) Véase el Documento del Comité de Bioética de Italia de 27 de septiembre de 1998 sobre «La circuncisión: aspectos bioéticos».

(70) Su negativa se basa en una interpretación estricta de varios pasajes bíblicos y no se trata de una mera restricción dietética, sino de un serio requisito moral que es aplicable tanto a la vía oral como

En el trasfondo de este caso, subyace el conflicto entre las convicciones personales del menor o su familia y los valores y estándares socialmente admitidos que están en el sustrato ético de las normas jurídicas (71). Y el gran reto es dilucidar el papel de los poderes públicos y la reacción de los modernos sistemas jurídicos ante «elecciones controvertidas» de los individuos (72).

Si la negativa a la transfusión no conlleva riesgo vital o existen tratamientos alternativos, debe respetarse la voluntad del menor con capacidad natural. La situación es distinta cuando el rechazo a la transfusión supone riesgo vital grave y es el único medio para salvar al niño, en cuyo caso se ha sostenido la absoluta irrelevancia de su consentimiento (73). Sin embargo, el TC ha precisado que cuando un menor rechaza una transfusión de sangre por motivos religiosos, está ejerciendo derechos fundamentales de los que es titular: además de la libertad religiosa, en la medida en que se opone a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, está ejerciendo un derecho de autodeterminación que está protegido por el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE, por lo que su voluntad no puede calificarse

---

a la intravenosa y se extiende al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un periodo de tiempo. El imperativo moral de los Testigos de Jehová ha supuesto un reto para la medicina, estimulando la investigación y el desarrollo de recursos médicos y quirúrgicos para hacer posible una terapéutica sin recurrir a la transfusión de hemoderivados y propiciando un mejor uso de la sangre, así como la mejora en la formación de los médicos en métodos de ahorro de sangre. Por otra parte, la demanda social de la cirugía sin sangre es cada vez mayor por múltiples motivos, no sólo religiosos, por lo que se sostiene que debería estar disponible para todos los pacientes con independencia de sus creencias y no sólo en unos pocos hospitales de referencia (cfr. AA.VV., «Fundamentos del rechazo a la transfusión sanguínea por los Testigos de Jehová. Aspectos ético-legales y consideraciones anestésicas en su tratamiento», *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, 2006, 53, p. 38).

(71) Tal conflicto no obedece sólo a posicionamientos o convicciones de tipo religioso y en este sentido conviene recordar el caso de *Hannah Jones*, la niña inglesa de trece años que, apelando a su propia dignidad, rechazó el trasplante de corazón que podría prolongar su vida. *Hannah* tuvo leucemia a los cinco años, enfermedad que le provocó una grave lesión de corazón. La única forma de prolongar su vida era el trasplante, cuyos resultados eran médicamente inciertos porque el tratamiento posterior para evitar el rechazo podría provocar una reaparición de la leucemia. La muchacha, apoyada por sus padres, decidió renunciar al trasplante lo que, finalmente, fue admitido por las autoridades británicas. El caso de *Hannah* generó un intenso debate en la opinión pública sobre la competencia de los menores para tomar decisiones irreparables sobre su vida y salud (Vid. [www.elpais.com](http://www.elpais.com) de 12 de noviembre de 2008; [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es) de 11 de noviembre de 2008 o [www.larazon.es](http://www.larazon.es) de 12 de noviembre de 2008). No obstante, conviene precisar que en este supuesto no se trataba tanto de una decisión sobre vivir o morir, como de una elección sobre qué riesgos se estaba dispuesto a asumir, pues el trasplante también podía dar lugar a consecuencias irreversibles y a un deterioro irreparable de la calidad de vida que le quedara por vivir, por lo que, trascendiendo el caso concreto, habría que trasladar el centro de la cuestión a la determinación del alcance que debe tener el esfuerzo terapéutico en situaciones extremas y de las condiciones en que es éticamente irreprochable renunciar a él.

(72) Se entiende por «elección controvertida» aquella percibida como irracional o contraria a los intereses de la persona desde criterios generalmente admitidos por la sociedad. Un ejemplo es la solicitud de amputación de alguna extremidad por pacientes que sufren *apodemnofilia*, desorden de la identidad corporal que lleva al sujeto a sentirse incompleto con sus cuatro miembros. Sobre la cuestión puede consultarse Savulescu, J., «Autonomía, vida buena y elecciones controvertidas», en MENDOZA BUERGO, B. (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid, 2010, pp. 35 y ss.

(73) STS de 27 de junio de 1997 (Sala de lo Penal), que condena a los padres de un menor de trece años, testigos de Jehová, como autores de un delito de homicidio en comisión por omisión, por no haber persuadido a su hijo de que aceptase la transfusión de sangre que podía salvar su vida (RJ 1997/4987).

de irrelevante (74). Otra cosa es la eficacia jurídica que deba otorgarse a tal voluntad, que nuestro más alto Tribunal parece ligar a la trascendencia del acto, es decir a las consecuencias negativas irreparables, irreversibles y definitivas que pueda tener para su vida (75).

Si nos atenemos a la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, hay que concluir que el menor mayor de 16 años decide por sí mismo aunque exista riesgo vital grave, y lo mismo cabe aplicar al menor con suficiente madurez intelectual y emocional para valorar y sopesar las consecuencias de una decisión de tal calibre, voluntad que, en buena lógica jurídica, debería ser respetada por todos, sus padres, los profesionales de la salud y también las demás autoridades públicas con facultades decisorias al respecto. Así parece entenderlo el TC que, con una posición ciertamente vacilante, no excluye de manera firme y rotunda la eficacia vinculante de la decisión vital del menor con autonomía de juicio pues, tras recordar que la vida, en cuanto bien jurídico afectado por la decisión del menor, es un valor superior del Ordenamiento jurídico constitucional y el supuesto ontológico sin el cual los demás derechos no tendrían existencia posible, concluye que en el caso concreto del menor de 13 años que falleció después de negarse a recibir una transfusión sanguínea, «no existen datos suficientes de los que se pueda extraer que tuviera la madurez suficiente para asumir una decisión vital irreparable» (76).

A nuestro juicio, cuando la intervención es de bajo riesgo y su rechazo pone en serio peligro la vida del menor, los efectos de la decisión son de tal envergadura que el principio bioético de beneficencia y el efecto tutelar del Ordenamiento hacia la minoridad deberían primar sobre el de autonomía, y por ello la ley debería reforzar la capacidad necesaria para adoptar la decisión, bien exigiendo el concurso de terceras personas, bien retrasando la plena competencia hasta la mayoría de edad (77). Hay que tener en cuenta que la decisión de no transfundirse tiene consecuencias extremas e irreversibles y, en cambio, las creencias que la sustentan no son definitivas y pueden ser objeto de futura modificación (78). Como indica Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona, de la misma manera que el menor no tiene derecho al

(74) STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9.º Esta resolución ampara a los padres del menor de trece años, entendiendo que hicieron todo lo posible por salvar a su hijo en el marco de sus creencias, se aquietaron a la orden judicial que ordenaba la transfusión y su conducta no suasoria estaba protegida por su derecho de libertad religiosa y justificada, en parte, por la propia actitud del menor que también se había negado con firmeza a la transfusión.

(75) «El hecho de que el Ordenamiento jurídico conceda relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor, admitiendo su capacidad para ejercerlos, no es suficiente para, por la vía de la equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene como notas esenciales la de ser definitivo e irreparable» (STC 154/2002, FJ 10.º).

(76) STC 154/2002, FJ 10.º

(77) Coincidimos así con quienes piensan que «por la relevancia de los bienes jurídicos que están en juego en esa clase de decisiones, sólo haber rebasado la mayor edad constituye garantía suficiente para estimar que el individuo posee la madurez de juicio que hace falta para emitir, con conocimiento de causa, un acto de voluntad en materia tan importante» (NAVARRO VALLS, R./MARTÍNEZ-TORRÓN, J./JUSDADO, M. A., «La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho Español», en AA.VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en homenaje al prof. Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, p. 968).

(78) Cfr. VALERO HEREDIA, A., *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, U. de Valencia, 2004, p. 84. En idéntico sentido, Miguel Ángel Asensio Sánchez indica que debe prevalecer el derecho a la vida del menor que ha sido objeto de adoctrinamiento en ideas lesivas para su salud, por entenderse que su decisión no es

voto, tampoco debe resultar extraño que no se le permita adoptar decisiones cuyo efecto inseparable es la muerte (79). La propia Ley 41/2002 extrae de la libre voluntad del mayor de dieciséis años la posibilidad de consentir la práctica de ensayos clínicos y el uso de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad (art. 9.4) (80). *Ad abundantiam*, si el menor maduro no puede consentir por sí mismo la realización de trasplantes de órganos, la esterilización ni la cirugía transexual (art. 156 CP), con mayor razón habrá que limitar su autonomía en el supuesto de intervención de bajo riesgo y alto beneficio cuyo rechazo genere consecuencias vitales irreversibles (81). No parece coherente un sistema que exige mayoría de edad para tales actuaciones; que no admite la relevancia del consentimiento del menor en las lesiones, con independencia de su edad y grado de madurez (art. 155 CP); que no permite otorgar un Documento de Instrucciones Previas antes de la mayoría de edad (art. 11.1 Ley 41/2002); y, sin embargo, no prevé ningún tipo de cautela en la toma de decisiones que comportan un riesgo vital irreparable e irreversible, lo que podría subsanarse estableciendo una previsión similar a la del Derecho Civil de Aragón, que otorga autonomía a los menores mayores de 14 años para ejercer sus derechos de la personalidad con algunas salvedades, entre las que se halla que «su decisión entrañe un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica», en cuyo caso necesitará la asistencia de uno cualquiera de sus padres que esté ejerciendo la autoridad familiar o en su defecto de la autoridad judicial (arts. 20 y 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, sobre Derecho de la Persona) (82). A falta de una medida legal como la enunciada, la única vía posible para proteger al menor maduro o mayor de dieciséis años de su propia decisión, sería reconducir el supuesto al artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002 e interpretar que no es competente en el caso concreto para hacerse cargo de su situación, por lo que debe buscarse el auxilio de terceros y prestarse el consentimiento por sustitución.

La actuación de los representantes legales, que normalmente serán sus progenitores, viene delimitada por los derechos y libertades del menor de forma que no sólo carecen de un poder decisorio absoluto sobre su esfera personal, sino que deben orientar sus decisiones en beneficio de su hijo, por encima de sus propios intereses. En los casos en que los derechos del menor estén en juego, serán prevalentes frente a cualquier otro interés legítimo y, precisamente por eso, la intervención de los representantes legales debe estar presidida por el superior interés del

---

libre y consciente al no ser fruto del ejercicio autónomo de un derecho por no haberse formado su conciencia en libertad (*La patria potestad y la libertad de conciencia del menor...*, cit., p. 129).

(79) Cfr: «Libertad de conciencia y actividad biomédica», en JORDÁN VILLACAMPA, M.<sup>a</sup> L. (dir.), *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia, 2003, p. 107. En el mismo sentido, se hace ver lo extraño que resulta que un Ordenamiento que no permite al menor maduro votar o adoptar otras decisiones de menor calado, le permita en cambio rechazar tratamientos vitales (cfr. DE LORA, P. y GASCÓN M., *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, 2008, p. 138).

(80) El RD 223/2004, de 6 de febrero por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, otorga al menor mayor de doce años la facultad de consentir su participación en los mismos, consentimiento que complementa el que deben otorgar sus representantes legales.

(81) Cfr: ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes» (II), *La Ley de 24 de enero de 2003*, núm. 5704, pp. 4-5, [www.laley.net](http://www.laley.net).

(82) Sobre las especialidades del Derecho Civil de Aragón en la materia, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica...*, cit., pp. 358-359.

menor cuya vida, integridad física y salud exigen una decisión favorable a la transfusión, única actuación compatible con el ejercicio correcto y no abusivo de la patria potestad, que no otorga derecho a decidir de manera irreparable sobre aquellos bienes (83). La denegación de su consentimiento para transfundir al hijo cuya vida corre grave peligro no es una conducta amparada por el ejercicio legítimo de un derecho, ni el de libertad religiosa que tiene como límites los derechos y libertades de los demás, en este caso los de su hijo, ni tampoco el de educar a los hijos en las propias convicciones, derecho que no puede dar cobertura a la lesión y daño de bienes ajenos como la vida y la salud del menor. Recuérdese, además, que los padres emiten el consentimiento por sustitución, cuya prestación debe ser adecuada a las circunstancias y *proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal*, tal y como prescribe el artículo 9.5 de la Ley 41/2002. La negativa de los padres abre paso a la acción tutelar de los poderes públicos, especialmente la de los órganos judiciales que, atendiendo al supremo interés del menor y en aras de preservar su vida, deben ordenar la transfusión (84).

Ahora bien, ¿Qué criterios utilizar para determinar el alcance de la responsabilidad parental en caso de negativa a la aplicación del tratamiento salvador para su hijo? (85).

Siguiendo la argumentación del TC en su sentencia 154/2002, a la hora de enjuiciar la conducta de los padres hay que tener en cuenta, en primer lugar, el comportamiento y las reacciones del propio menor, aunque no tenga todavía plena madurez para decidir por sí mismo (86). En relación con esta cuestión, se ha hecho notar que sólo la suficiente capacidad del menor para adoptar la decisión haría decaer la condición de garantes de sus padres y su consiguiente responsabilidad, porque ya no estarían legitimados para autorizar una transfusión rechazada por el hijo con capacidad natural para decidir por sí mismo, cuya voluntad debería ser

---

(83) Cfr. SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J. «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002», *La Ley de 12 de diciembre de 2002*, núm. 5675, p. 7, [www.laley.net](http://www.laley.net). También JORGE BARREIRO, A., «Derecho a la información y el consentimiento informado», en AA.VV., *Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios*, núm. monográfico de la Revista *Derecho y Salud* sobre el IV Congreso «Derecho y Salud», Vitoria, 1996, p. 150.

(84) Así lo confirma el TC cuando dice que la resolución judicial autorizando la transfusión en aras de preservar la vida del menor no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual la vida es un valor superior del Ordenamiento jurídico constitucional (STC 154/2002, FJ 12.<sup>o</sup>).

(85) Además de la posible responsabilidad penal, la dejación de los deberes inherentes a la patria potestad puede desembocar en sanciones civiles como la suspensión o privación de la patria potestad, además de afectar a derechos sucesorios (indignidad, desheredación). No obstante, la negativa de los padres a consentir la transfusión para su hijo es un acto aislado que no indica una situación de abandono por lo que no debe, por sí solo, determinar la situación de desamparo ni la suspensión o privación de la patria potestad, que exigen conductas continuadas que supongan un grave y manifiesto incumplimiento de los deberes parentales (cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C., «Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997, *La Notaría [desde 1995]*, noviembre de 1998, [vlex.com/vid/intervenciones-sanitarias-ideologica-233019](http://vlex.com/vid/intervenciones-sanitarias-ideologica-233019), pp. 7 y 9).

(86) STC 154/2002, FJ 10. En palabras del TC, la intensidad de las convicciones y la conciencia en la decisión contraria a la transfusión asumida por el niño de 13 años testigo de Jehová que finalmente perdió la vida, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.

respetada, entonces, por todos (87). A nuestro juicio, la edad y madurez del menor sí pueden servir como parámetros para modular la intensidad de la responsabilidad parental. De la misma forma que las facultades decisorias de los padres son inversamente proporcionales al grado de madurez del menor (a mayor capacidad natural, menor intervención parental), el alcance de su responsabilidad debe seguir la misma pauta y también debe ser inversamente proporcional a la competencia de aquél para adoptar decisiones, de tal manera que cuanto mayor sea la edad y madurez del menor, mayor flexibilidad a la hora de juzgar la conducta de sus padres. En otras palabras, el cumplimiento de las funciones parentales que obligan a velar por la vida y la salud del hijo debe ser riguroso y estricto en los casos de falta de discernimiento de éste, pero más atenuado y flexible en los supuestos de voluntad parental coincidente con la del menor en quien concurren dos circunstancias: ser mayor de doce años, que es la edad fijada legalmente para escuchar su opinión en el medio sanitario [art. 9.3.c) de la Ley 41/2002] y la que marca el comienzo de la adolescencia en algunas normas autonómicas (88); y manifestar un desarrollo adecuado de sus facultades intelectivas y volitivas aunque su competencia todavía no pueda calificarse de plena en relación con las graves consecuencias vitales que puede comportar su decisión.

En segundo lugar, el TC exige conectar las obligaciones inherentes a la patria potestad con los derechos fundamentales de los progenitores, porque las exigencias derivadas de las primeras no pueden suponer un sacrificio injustificado de los segundos. Frente a la posición del TS, que valora la motivación religiosa como causa de atenuación pero no de exoneración de la responsabilidad penal, el TC entiende que la posición de garantes obliga a los padres a instar la intervención médica y no impedir la actuación de los facultativos y de la autoridad judicial para aplicar el tratamiento salvador, pero una vez que se han plegado a la dirección y supervisión de la situación por parte de las autoridades públicas (sanitarias y judiciales), no están obligados a persuadir a su hijo para que se someta al tratamiento ni a autorizar el mismo, porque estas conductas son contrarias al contenido esencial del derecho de libertad religiosa e *innecesarias para garantizar la vida del menor*, cuya protección queda ya en manos del poder público (89). La postura del TC es duramente criticada por la contradicción que supone relevar de su responsabilidad a los directos garantes de la vida del menor sobre la base del legítimo

(87) Cfr. SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J. «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002»..., *cit.*, pp. 6-7.

(88) A título de ejemplo, los artículos 2 de la Ley madrileña 6/1995, de 28 de marzo, sobre Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, y de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de La Infancia y la Adolescencia distinguen la infancia, período que transcurre desde el nacimiento hasta los 12 años, de la adolescencia que va desde esa edad hasta la mayoría.

(89) STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 14.º y 15.º Conviene subrayar que del relato fáctico de la sentencia se desprende que los padres llevaron a su hijo a distintos hospitales, en el primero de los cuales se solicitó y obtuvo autorización judicial para hacer la transfusión, que no se llevó a cabo por considerarse contraproducente desde un punto de vista clínico a causa de la reacción contra ella del menor. En los sucesivos peregrinajes a otros hospitales, ni se tomó la determinación de proceder contra la voluntad del menor y de sus padres en defensa de la vida del primero, ni se volvió a solicitar autorización judicial para practicar la transfusión (*Vid.* MOLINA BLÁZQUEZ, C./PÉREZ-AGUA LÓPEZ, T. M.<sup>a</sup>/SIEIRA MUCIENTES, S., «Objeción de un menor al tratamiento médico. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, septiembre de 2004, pp. 2-4, [www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

ejercicio de su libertad religiosa, y trasladar dicha responsabilidad a los poderes públicos, obligándolos, a éstos sí, a velar por la vida del niño, pues entonces «la pasividad “constitucionalmente aceptada” de los garantes privados, deriva en un deber de actividad “constitucionalmente exigida” para los garantes públicos» (90). Sin embargo, el argumento empleado contra la fundamentación del Constitucional puede utilizarse también en sentido contrario, para afirmar que no resulta acorde con criterios de justicia material centrar toda la responsabilidad en los garantes privados y no plantearse si quiera la posible responsabilidad de los poderes públicos implicados. En el fondo, lo que deja entrever la STC 154/2002 es la corresponsabilidad, tanto de los garantes privados como de los públicos, en un trágico suceso y, con ello, el fallo clamoroso de todo el sistema, ya que la negativa al tratamiento realizada por sustitución no hace decaer la posición de garantes de los profesionales sanitarios respecto del menor ingresado en un centro hospitalario, por lo que, si la omisión del tratamiento médicamente indicado pone en grave peligro su vida, el médico podría incurrir en responsabilidad penal, en comisión por omisión, por el resultado lesivo que pudiera generar su no realización (91).

#### 4. OTROS SUPUESTOS

En algunas zonas de España se han dado casos puntuales que afectan de manera indirecta a la salud y a derechos como la intimidad o la integridad física de los menores. Nos referimos a la negativa de algunas inmigrantes a ser examinadas y tratadas por profesionales sanitarios varones y a la petición de certificados de virginidad de niñas musulmanas por parte de sus familias.

El primer hecho debe conectarse con el deber islámico impuesto a la mujer de vestir con decoro y de conducirse en público con discreción y recato en sus movimientos. Por mandato religioso, la mujer musulmana no puede mostrar su físico a los varones que no sean parientes porque la manifestación de su belleza debe quedar circunscrita al ámbito familiar (92).

(90) VALERO HEREDIA, A., *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad...*, cit., p. 109. En la misma línea, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano califica de preocupante la doctrina sentada por el TC, ya que conduce a colocar la vida de los menores a merced de las creencias religiosas de sus padres, aunque también pone el acento en la posible responsabilidad de los poderes públicos al indicar que resulta inconcebible que los médicos y la autoridad judicial no fueran capaces de evitar la muerte de un niño de 13 años por el hecho de que tanto él como sus padres rechazaran una transfusión de sangre (cfr. «Patria potestad y protección del menor: conflicto de sus derechos a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi civil*, II, 2002, pp. 1987-1988).

(91) Vid. ALONSO ÁLAMO, M., «El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales», en MENDOZA BUERGO, B. (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid, 2010, pp. 136 y 141. Por su parte, M.<sup>a</sup> José Santos Morón, sin discutir el fallo que ampara a los demandantes, se muestra crítica con la argumentación del TC que parece situar el derecho a la libertad religiosa de los padres por encima de los deberes propios de la patria potestad, cuando tal derecho no puede servir para apoyar la lesión de la integridad física o salud del menor, y debe ceder ante la obligación de salvar la vida de su hijo. Sólo la suficiente madurez del menor para decidir por sí mismo hubiera sido argumento bastante para justificar la conducta de los padres pues, en tal caso, habría que haber respetado su voluntad (cfr. «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002»..., cit., p. 7).

(92) Cfr., RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España», *Ius Canonicum*, XLIII, núm. 86, 2003, p. 526. La autora cita, al respecto, dos textos coránicos:

Sea cual sea su motivación, el rechazo a ser tratadas sanitariamente por profesionales varones no genera problemas jurídicos porque la legislación sanitaria, tanto general como autonómica, reconoce el derecho a la libre elección del médico de atención primaria y de atención especializada (93). Si la usuaria es menor, dicha elección corresponde a sus representantes legales, salvo que sus condiciones de madurez le permitan decidir por sí misma (art. 3 RD 1575/1993). La elección del médico se puede ejercer en cualquier momento y sin necesidad de causa, siendo posible, incluso, solicitar una entrevista previa con el facultativo (art. 5 RD 1575/1993).

Entendemos que, a medio y largo plazo, estos supuestos requieren de una adecuada política educativo-sanitaria, dirigida a los colectivos islámicos, así como de programas específicos de formación e información a nivel escolar y social; mientras tanto, consideramos que debe ser preferente la atención a la salud de los ciudadanos, mediante la garantía adecuada de su asistencia sanitaria, antes que una aplicación rígida de políticas administrativas.

Respecto a la petición de certificados de virginidad para sus hijas por parte de los padres, una respuesta adecuada al caso exige partir de las siguientes premisas:

1.<sup>a</sup> Entendida como la resultante de ausencia de relaciones sexuales, la virginidad no puede certificarse literalmente porque ni la exploración física ni ningún otro tipo de prueba complementaria proporcionan tal información (94).

2.<sup>a</sup> Una solicitud de tal calibre tiene que ver con el estado físico de la persona, pero es dudoso que pueda calificarse como parte integrante de su «estado de salud», que es el objeto del certificado médico (95); y es también dudoso que pueda calificarse como una intervención sanitaria propiamente dicha, si nos atenemos a la definición que de ella se hace en el artículo 3 de la Ley 41/2002: toda

---

«Di a los creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve... No muestren sus adornos más que a sus esposos, o a sus hijos o a los hijos de sus esposos, o a sus hermanos... que las mujeres no meneen sus pies de manera que enseñen lo que, entre sus adornos, ocultan» (Corán 24, 31).

«No hay falta para ellas si las ven sus padres, sus hijos, los hijos de sus hermanos, los hijos de sus hermanas, sus mujeres y los que poseen sus diestras» (Corán 33, 35).

(93) *Vid.* artículo. 10.13 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollado por el RD 1575/1993, de 10 de septiembre, sobre Libre Elección de Médico en los Servicios de Atención Primaria y por el RD 8/1996, de 15 de enero, sobre Libre Elección de Médico en los Servicios de Atención Especializada. La descentralización de la asistencia sanitaria y su atribución a las Comunidades Autónomas ha mantenido inalterados estos derechos, que son regulados ahora, de manera específica, por las disposiciones autonómicas. A título de ejemplo, el Decreto extremeño 15/2006, de 24 de enero, por el que se regula la Libre Elección de Médico, Servicio y Centro en Atención Primaria de Salud del Sistema Sanitario Público de Extremadura (DOE de 31 de enero de 2006), o el más reciente Decreto madrileño 51/2010, de 29 de julio, por el que se regula el ejercicio de la libertad de elección de médico de familia, pediatra y enfermero en Atención Primaria, y de hospital y médico en Atención especializada (BOCM núm. 189, de 9 de agosto de 2010).

(94) *Cfr.* «Orientaciones sobre la diversidad cultural y la salud», *Comité Consultivo de Bioética de Cataluña*, Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, 2007, p. 28, que se apoya en el Posicionamiento del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña sobre certificados de virginidad del año 2002.

(95) Se entiende por certificado médico toda declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento (art. 3 de la Ley 41/2002). Todo paciente tiene derecho a que se le faciliten los certificados acreditativos de su estado de salud. Éstos serán gratuitos cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria (art. 22 de la Ley 41/2002).

actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

3.<sup>a</sup> En cualquier caso, en la medida en que exige un examen físico de la niña, la petición afecta a su integridad física. Se ve afectado también su derecho a la intimidad, que comporta el respeto al carácter confidencial de los datos referentes a la salud, sin que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley (art. 7 de la Ley 41/2002). Además, si su presumible objeto es justificar la pureza de la menor a efectos de un posible matrimonio, se ve afectado su derecho a la integridad moral, que la protege frente a tratos vejatorios o humillantes, así como su dignidad personal, al ser tratada como objeto contractual más que como sujeto de relaciones jurídicas.

A partir de estos datos, el supuesto admite un triple enfoque:

– Si la petición proviene de los padres, no queda bajo la cobertura del oficio parental porque su intervención como guardadores en el medio sanitario debe hacerse siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (art. 9.5 Ley 41/2002) y ninguno de los parámetros se cumple en el presente caso, pues ya se ha indicado que puede haber lesión de la dignidad personal, y tampoco se ve qué beneficio puede reportarle a la menor la acreditación de su virginidad.

– Desde el punto de vista del profesional de la salud, su misión es prevenir la enfermedad y conseguir la mejora o curación del enfermo y ninguno de estos fines se persigue con una exploración del estado del himen, sólo justificada tras una presunta violación y previa petición judicial (96). Por otra parte, se trata de una petición no encuadrable *strictu sensu* en las intervenciones en el ámbito de la sanidad, mencionadas por el artículo 3 de la Ley 41/2002, que deben obedecer a un fin preventivo, diagnóstico, terapéutico, rehabilitador o de investigación, por lo que el médico no tiene obligación legal de atenderla. Además, la obligación médica de certificar el estado de salud y de emitir informes sólo es exigible en relación con el derecho de acceso a las prestaciones complementarias y económicas que la Administración reconoce a los ciudadanos, y el certificado que se solicita no obedece a ninguna de estas razones ni tiene propiamente carácter de acto asistencial (97).

– Si es la propia menor la que solicita un documento de tal naturaleza, el médico debe darle una adecuada información sobre el tipo de solicitud que está realizando (98), y también debe comprobar que es fruto de una decisión autónoma, es decir madura y libre, en cuyo caso no es posible la intromisión parental [art. 9.3.c) de la Ley 41/2002]. Si decide expedir el certificado, deberá entregárselo exclusivamente a la propia interesada y no a sus padres pues la información sobre el estado

---

(96) *Cfr.*: «Posición del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona de 2001 sobre certificados de virginidad» (Informe preparado por los miembros de la Comisión Deontológica, Doctores J. Monés y V. Cararach).

(97) *Cfr.*: Posicionamiento del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña sobre certificados de virginidad, octubre de 2002 (<http://www.gencat.net/sanitat/porta/cat/virginitat.htm>).

(98) El artículo 1.2 de la Ley 41/2002 requiere el consentimiento del paciente o usuario para cualquier actuación en el ámbito de la sanidad, *después de recibir una información adecuada*. El titular del derecho a la información asistencial es el paciente o usuario, aunque también pueden ser informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el mismo paciente lo permita, dejándose a criterio del médico que le asiste la determinación del grado de capacidad del paciente para entender la información por su estado físico o psíquico (artículo 5.1 y 5.3 de la Ley 41/2002).

físico o la salud personal sólo puede darse al titular del derecho, y sólo con su permiso, expreso o tácito, se puede informar a sus familiares (art. 5.1 de la Ley 41/2002) (99).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, 2003.
- ALVÁREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., «Notas sobre la libertad religiosa del menor», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, pp. 33 y ss.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999.
- ARECES PIÑOL, M.<sup>a</sup> T., «Tutela del menor y libertad religiosa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, pp. 39 y ss.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Madrid, 2006.
- AA.VV., *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado)* Bilbao, 2001.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Patria potestad y protección del menor: conflicto de sus derechos a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi civil*, II, 2002, pp. 1987-1988.
- DE LORA, P. y GASCÓN, M., *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, 2008.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho Sanitario y responsabilidad médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 2007.
- FÉLIX BALLESTA, M.<sup>a</sup> A., «El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVI, 2000, pp. 85 y ss.
- GALÁN CORTÉS, J. C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.
- GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.<sup>a</sup> C., «Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, Sala de lo

---

(99) La posibilidad de expedir certificados médicos está sometida a una serie de «normas deontológicas» recogidas en la *Declaración sobre la certificación médica* de 8 de octubre de 1992 de la Comisión Central de la OMC de España, entre las cuales está la obligación de certificar únicamente a petición del paciente y entregar el documento al peticionario o a quien éste haya designado con tal fin (Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Madrid, 2009, p. 238). En este sentido, el Documento interno del Colegio de Médicos de Barcelona de 2001 antes citado, explicaba a los facultativos la inexistencia de un deber de expedir dichos certificados, la discrecionalidad del médico para hacerlo si la mujer acudía sola a consulta, de manera libre y no coaccionada, y la obligación de entregar el certificado a la propia interesada (Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A., «Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el Ordenamiento Español», *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, 2002, pp. 47-48).

- Penal, de 27 de junio de 1997, *La Notaría* [desde 1995], noviembre de 1998, vlex.com/vid/intervenciones-sanitarias-ideologica-233019).
- GÓMEZ RUBÍ, J. A., *Ética en medicina crítica*, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Madrid, 2009.
- JORGE BARREIRO, A., «Derecho a la información y el consentimiento informado», en AA. VV., *Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios*, núm. monográfico de la Revista *Derecho y Salud* sobre el IV Congreso *Derecho y Salud*, Vitoria, 1996, pp. 145 y ss.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada, 2002.
- MENDOZA BUERGO, B. (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid, 2010.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C./PEREZ-AGUA LÓPEZ, T. M.<sup>a</sup>/SIEIRA MUCIENTES, S., «Objeción de un menor al tratamiento médico. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, septiembre de 2004, www.iustel.com.
- MOTILLA DE LA CALLE, A. (coord.), *Violencia e Islam*, Granada, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Lesiones» (I), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial* (coord. M. Bajo), Madrid, 2003, pp. 345 y ss.
- PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho*, Madrid, 2001.
- REDONDO DE ANDRÉS, M.<sup>a</sup> J., «La libertad religiosa del menor», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX, 2004, pp. 131 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000.
- «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 245-299.
- RODRIGO LARA, M.<sup>a</sup> B., *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, 2002.
- ROMEO CASABONA, C. M.<sup>a</sup>, «Libertad de conciencia y actividad biomédica», *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia, 2003, pp. 472 y ss.
- ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes» (II), *La Ley* de 24 de enero de 2003, núm. 5704, www.laley.net.
- ROMERO COLOMA, A. M.<sup>a</sup>, *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor: problemática jurídica*, Barcelona, 2006.
- ROPERO CARRASCO, J., «El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina» (I), *La Ley*, de 26 de septiembre de 2001, núm. 5383, www.laley.net.
- «El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina» (II), *La Ley*, de 2 de abril de 2001, núm. 5280, www.laley.net.
- ROSSELL GRANADOS, J., «La mutilación genital femenina», *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid, 2004, pp. 229 y ss.
- ROVIRA, A., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.
- RUANO ESPINA, L., «Derecho e Islam en España», *Ius Canonicum*, vol. 43, núm. 86, 2003, pp. 465 y ss.
- SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J., *Incapacitados y Derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000.

- «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002», *La Ley*, de 12 de diciembre de 2002, núm. 5675, [www.la.ley.net](http://www.la.ley.net).
- SEGLERS, A., *Musulmans a Catalunya. El repte de la integració i la llibertat religiosa*, Barcelona, 2004.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (coord.), *Los menores en protección*, Madrid, 2007.
- TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao, 2005.
- VALERO HEREDIA, A., *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional*, Valencia, 2004.