



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS:**

**“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO CRITERIO  
LIMITADOR DEL DERECHO A LA OBJECION DE CONCIENCIA  
SANITARIA EJERCIDA POR LOS PADRES”.**

**PARA OPTAR POR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**Autor:**

**Bach. Goicochea Uriarte Merci Lizeth**

**<https://orcid.org/0000-0002-3181-6462>**

**Asesor:**

**Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis**

**<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>**

**Línea de Investigación:**

**Ciencias jurídicas**

**Pimentel – Perú**

**Año 2022**

**“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO CRITERIO LIMITADOR  
DEL DERECHO A LA OBJECCION DE CONCIENCIA SANITARIA  
EJERCIDA POR LOS PADRES”**

**APROBACIÓN DE LOS JURADOS**

---

Dr. JORGE LUIS IDROGO PÉREZ

**Asesor Especialista**

---

MG. GUERRERO MILLONES ANA MARÍA

**Asesor Metodológico**

---

DRA.BARTUREN MONDRAGON ELIANA

**PRESIDENTE**

---

MG. YANNINA JANNET IÑONAN MUJICA

**SECRETARIO**

---

MG. ANA MARIA MILLONES GUERRERO

**VOCAL**

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo especialmente a mi madre por ser el sostén más importante en mi vida, a mi hermano por brindarme su apoyo muchas veces poniéndose en el papel de padre, A mi hermana por ser la persona que más admiro en la vida.

**Merci L. Goicochea Uriarte**

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar, Agradezco a mi Madre por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida. También quiero agradecer a mis hermanos por su apoyo, su amor y su comprensión a lo largo de mi vida. Finalmente agradezco a mis amigas Katherine y Lucy por ser parte significativa en mi vida, gracias por su apoyo, su amistad y sobre todo por haber hecho de mi etapa universitaria un trayecto de experiencias que nunca olvidare.

**Merci L. Goicochea Uriarte**

## **RESUMEN.**

Esta investigación tiene como objetivo Analizar los lineamientos jurídicos que le permiten al principio del interés superior del niño y adolescente limitar derechos y facultades parentales, analizando desde una perspectiva jurídica proporcional con el propósito de proporcionar un claro análisis de la presente investigación, teniendo como dirección fundamental, la protección de los derechos humanos, que en este caso vienen a ser el derecho a la vida y el derecho a la salud de los menores de edad frente a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, conducta que claramente que pone en evidente riesgo los derechos fundamentales de sus hijos, debido al ilimitado ejercicio de la patria potestad y la indebida invocación de la objeción de conciencia que ejercen. Se utilizó una metodología tipo descriptiva, con un diseño no experimental bajo un enfoque cuantitativo y cuya población estuvo conformada por un número total de 50 personas especialistas en el tema. de esta forma la investigación permite analizar los resultados, teniendo como conclusión que aún no hay razón o principio suficiente que considere a la objeción de conciencia por sobre la vida, la salud y el interés superior del niño y adolescente.

**Palabras clave:** Lineamientos Jurídicos, Objeción de conciencia, Responsabilidad Medica, Interés superior del niño.

## **ABSTRACT**

This research aims to analyze the legal guidelines that allow the principle of the best interests of the child and adolescent to limit parental rights and powers, analyzing from a proportional legal perspective in order to provide a clear analysis of this research, having as fundamental direction , the protection of human rights, which in this case are the right to life and the right to health of minors in the face of conscientious objection to medical treatment, a conduct that clearly puts at risk the fundamental rights of their children, due to the unlimited exercise of parental authority and the undue invocation of conscientious objection they exercise. A descriptive methodology was used, with a non-experimental design under a quantitative approach and whose population consisted of a total number of 50 specialists in the subject. In this way, the research allows us to analyze the results, having as a conclusion that there is still no reason or sufficient principle that considers conscientious objection over life, health and the best interests of children and adolescents.

**Keywords:** Legal Guidelines, Conscientious objection, Medical Responsibility, Best interests of the child.

## Índice

Aprobación del jurado.....	ii
Dedicatorias.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Resumen.....	v
Palabras Clave.....	v
Abstract.....	vi
Keywords.....	vi
I. INTRODUCCIÓN.....	9
1.1. Realidad problemática.....	9
1.2. <b>Antecedentes de estudio</b> .....	13
1.3. Teorías relacionadas al tema.....	17
1.4. Formulación del problema. ....	80
1.6. Hipótesis.....	81
1.7. Objetivos. ....	81
1.7.1. Objetivo general .....	81
1.7.2. Objetivos específicos.....	81
II. MARCO METODOLÓGICO .....	82
2.1. Tipo y diseño de investigación.....	82
2.2. Población y muestra.....	82
2.3. Variables, operacionalización.....	83
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad. ....	84
2.5. Procedimiento de análisis de datos.....	85
2.6. Criterios éticos.....	86
2.7. Criterios de rigor científico .....	87
III. RESULTADOS.....	89
3.1. Resultados en tablas y figuras .....	89
3.2. Discusión de resultados. ....	106
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	108
4.1. Conclusiones.....	116
4.2. Recomendaciones .....	117
REFERENCIAS .....	118
ANEXOS.....	121

## INDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1</b> - Lineamientos jurídicos del Interés Superior del Niño y Del Adolescente.....	89
<b>Tabla 2</b> - Límites del Derecho a la Objeción de conciencia.....	91
<b>Tabla 3</b> - El principio del Interés Superior del Niño Y del Adolescente como limitador del Derecho de la Objeción de Conciencia Sanitaria en menores de edad. ....	93
<b>Tabla 4</b> - Colisión entre el interés superior del niño y del adolescente y la objeción de conciencia .....	95
<b>Tabla 5</b> - trasgresión del Interés superior del Niño y del Adolescente por la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos. ....	97
<b>Tabla 6</b> - Renuncia de los padres a sus convicciones Religiosas .....	99
<b>Tabla 7</b> - Vacíos legales y del código del niño y del Adolescente. ....	101
<b>Tabla 8</b> - suspensión de la patria potestad .....	104

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El derecho a libertad de religión se encuentra regulado en diferentes instrumentos sobre derechos humanos a nivel internacional, así como en la constitución peruana, lo que permite que la sociedad sea tolerante a la diversidad de convicciones y creencias religiosas de las personas. Sin embargo, existen casos en el cual profesar una fe demanda en limitarse a efectuar otras actividades o de oponerse a que se le realicen procedimientos médicos pese a que puede significar un riesgo para la vida y la salud de estas personas.

La investigación abarca esta situación problemática jurídico de actualidad dado que es necesario garantizar el pleno acceso y respeto a los derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, y el derecho a la libertad de credo y religión de los niños y adolescentes, independientemente de la guarda y custodia que tengan los padres o tutores legales sobre los menores. Sin embargo, podrían existir circunstancias en que las conductas de los padres pongan en grave riesgo a los derechos fundamentales de sus hijos menores de edad, debido al ejercicio ilimitado de la patria potestad y la indebida invocación a su derecho de libertad credo y religión que ejercen. Por lo que no es coherente pensar que con fundamento a las creencias religiosas las personas crean que pueden disponer de la vida y la salud de sus familiares y negarse a que estos reciban algún tratamiento médico que les puede salvar la vida, y se vuelve más grave aun cuando los padres por tener la patria potestad de sus hijos se nieguen que sean atendidos o se les practique tratamientos médicos y que en consecuencia de no hacerlo el menor llegue a perder la vida, también es incoherente en cuanto a la religión prohíba a sus fieles mediante sus creencias religiosas a recibir tratamientos médicos, por lo mismo que es la encargada de proteger a costa de todo la vida la vida la salud y la integridad física de la persona. Aun no hay razón o principio suficiente que considere a la religión por sobre la vida, la salud y el interés superior del niño y adolescente.

En Chile, para Ravetllat, I. (2016) Señala que: “Respecto a la facultad que tienen los representantes legales de una persona menor de edad de tomar decisiones sanitarias acerca de su salud, vida/ o integridad física; se concluye que los, derechos no pueden estar condicionados a la voluntad de un tercero. Así, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo pertenece y debe ser ejercido única y exclusivamente por su titular. Por ende, si bien los progenitores, o en su defecto los tutores, ostentan la representación legal de los hijos para todos los actos de la vida civil hasta tanto éstos no adquieran la mayoría de edad, ello no les habilita para obstaculizar el efectivo ejercicio de los

mismos. Limitándolos a solo consentir o, en su caso, para oponerse a aquellos tratamientos o intervenciones que redunden en beneficio o no vayan en perjuicio de la persona menor de edad.”

Por la misma razón, se puede decir que la censura de conciencia al tratamiento médico se considera inapropiada, por su carácter bilateral, cuando lo normal es que la censura de conciencia debe realizarse una forma individual y muy personal. No obstante, la objeción de conciencia al tratamiento médico en menores adquiere una peculiaridad mayor, ya que es el padre, por ejercer la patria potestad sobre sus hijos, solicita, que el menor rechace tratamiento médico. Con lo cual se solicita al médico la omisión de su deber deontológico de preservar la vida humana, formando una estructura trilateral. Por tanto, en vista de la situación actual, y el evidente conflicto entre derecho del niño a la vida y la salud y su derecho a la libertad religiosa, debemos preguntarnos libertad religiosa del niño ejercida por el padre está protegida por la ley. o, por el contrario, los médicos deben proteger la salud y la vida de los niños, pero que este tipo inapropiado de objeción de conciencia busca limitar lo que debe ser protegido por la ley.

Es de considerar que en el Perú un 76% (17 millones 635 mil 339) de la población se identifica como católicos, 14,1%(3 millones 264 mil 819 ) personas profesan la religión Evangélica, Ninguna Religión 5,1%( 1 millón 180 mil 361 personas) revelo no profesar ninguna religión , Otra Religión 4,8%(1 millón 115 mil 872 personas) ente ellas encontramos el cristianismo, adventista, testigo de Jehová, mormón, israelita, budismo, judaísmo y musulmán, entre otras, manifestaron pertenecer a otra religión; en la cual existe al menos un 0.75% de la población que se identifica como testigo de Jehová, religión la cual prohíbe a sus seguidores donar o recibir transfusiones de sangre sin importar que de ello dependa su vida, ello lo justifican con un pasaje de la biblia cuya interpretación es de la siguiente manera “si un israelita o un extranjero residente entre vosotros y come cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirpare de su pueblo” los testigos de jehová anteriormente tampoco aceptaban la vacunación, donación de órganos pero ahora es decisión personal, también aceptan las intervenciones quirúrgicas, pero sin la trasfusión de sangre y en la mayoría de casos es casi imposible no utilizar este tratamiento en las cirugías, que en caso de menores de edad podría afectar el cumplimiento del interés superior del niño y del adolescente que pueda acceder de dicho procedimiento medico como única alternativa para preservar su vida, en base a esto, las creencias religiosas son independientes, por lo que prevalece el derecho a la vida y a la salud de menores.

PERU: POBLACION CENSADA DE 12 Y MAS AÑOS DE EDAD, POR TIPO DE RELIGION QUE PROFESA, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2017 (Porcentaje)

Departamento	Total	Religión				
		Católica	Evangélica	Otra <sup>1/</sup>	Ninguna	
<b>Total</b>	<b>23 196 391</b>	<b>100,0</b>	<b>76,0</b>	<b>14,1</b>	<b>4,8</b>	<b>5,1</b>
Amazonas	281 605	100,0	63,9	23,0	5,1	8,0
Áncash	850 507	100,0	76,7	15,6	3,0	4,7
Apurímac	315 006	100,0	78,0	17,7	2,4	2,0
Arequipa	1 118 223	100,0	83,4	6,3	6,1	4,2
Ayacucho	479 120	100,0	75,6	20,5	1,3	2,6
Cajamarca	1 026 734	100,0	75,4	17,8	3,5	3,3
Prov. Const. del Callao	799 608	100,0	76,0	11,8	6,8	5,4
Cusco	950 323	100,0	78,8	13,4	4,5	3,3
Huancavelica	266 825	100,0	72,8	25,2	0,6	1,4
Huánuco	551 601	100,0	68,0	26,4	1,9	3,7
Ica	662 444	100,0	81,5	10,3	4,5	3,8
Junín	969 059	100,0	74,1	18,7	2,5	4,7
La Libertad	1 379 613	100,0	68,3	19,7	4,8	7,2
Lambayeque	935 564	100,0	79,6	13,7	3,4	3,3
Lima	7 782 282	100,0	77,0	10,8	5,8	6,3
Loreto	623 029	100,0	67,3	24,2	4,3	4,2
Madre de Dios	105 503	100,0	70,6	15,8	6,2	7,5
Moquegua	142 211	100,0	80,6	7,3	6,9	5,1
Pasco	196 780	100,0	66,9	23,8	3,6	5,7
Piura	1 410 686	100,0	84,8	10,7	2,8	1,8
Puno	944 083	100,0	82,0	8,0	7,0	3,0
San Martín	608 404	100,0	60,3	22,1	6,4	11,3
Tacna	269 027	100,0	75,7	8,9	8,9	6,4
Tumbes	171 351	100,0	78,4	14,8	3,1	3,7
Ucayali	356 803	100,0	58,0	27,6	5,2	9,1
Provincia de Lima <sup>2/</sup>	7 060 760	100,0	76,7	10,7	6,1	6,5
Región Lima <sup>3/</sup>	7 215 522	100,0	80,5	11,8	3,5	4,1

<sup>1/</sup> Incluye Cristiana, Adventista, Testigos de Jehová, Mormón, Israelita, Budismo, Judaísmo, Musulmán, entre otros

<sup>2/</sup> Comprende los 43 distritos de la provincia de Lima.

<sup>3/</sup> Comprende las provincias de: Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochiri, Huaura, Oyón, Yauyos.

Fuente: INEI - Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas.

Figura 1. Libertad de Religión en el Perú.

Fuente: INEI “Institución Nacional de Estadística e Informática” Censo Nacional 2017.

En Venezuela Para Araujo, J. (2015) señala que: “ La negativa de los testigos de Jehová de someterse a tratamientos de transfusiones de sangre, ocasiona gran conflicto social , porque se pone en riesgo la vida y la autonomía del paciente, asimismo se crea un conflicto para los médicos al poner en tela de juicio su principio ético, y el compromiso de preservar la vida de sus pacientes , en los casos extremos donde exista un riesgo inminente de muerte en niños y adolescentes y no exista otra alternativa más que realizar una trasfusión sanguínea para preservar la vida el derecho a la salud que tienen carácter prevalente, resguardado en las normas a nivel mundial, cuando preexiste una colisión de derechos fundamentales: autonomía versus derecho a la vida siendo este no un bien trivial, sino un bien fundamental ”

Por otro lado, El interés superior del niño y del adolescente es otro parámetro jurídico que entra en discusión en esta investigación, puesto que al considerarse como instrumento procesal que protege e orienta la toma de decisiones en las situaciones como las antes mencionadas y siendo este último un principio o derecho que hace se respeten los derechos fundamentales de los menores de edad sobre cualquier otro derecho de un tercero.

Para Bravo. (2012) señala que “Que, derechos no pueden estar condicionados a la voluntad de un tercero. Así que, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo pertenece y debe ser ejercido única y exclusivamente por su titular. Por ende, si bien los progenitores, o en su defecto los tutores, ostentan la representación legal de los hijos para todos los actos de la vida civil hasta tanto éstos no adquieran la mayoría de edad, ello no les habilita para obstaculizar el efectivo ejercicio de los mismos. Limitándolos a solo consentir o, en su caso, para oponerse a aquellos tratamientos o intervenciones que redunden en beneficio o no vayan en perjuicio de la persona menor de edad.”

En la ley 30467, que incluye la línea jurisprudencial, el tribunal constitucional define el interés superior del niño como un principio, un derecho y una norma procesal que considera al niño como una prioridad sobre todas las medidas que le afecten directamente o indirectamente. Y establece cinco parámetros para la aplicación de este principio: el primero es el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; el segundo renacimiento de los niños como titulares de sus derechos, el tercero; el alcance internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño y su naturaleza; cuarto, la realización y protección de todos sus derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; quinto, los efectos a largo, medio y corto plazo vinculados al pleno desarrollo de niños y adolescentes.

Asimismo en esta doctrina existe dos reglas fundamentales al momento de interpretar el interés superior de niño: la primera supone que todos los derechos fundamentales del menor tienen mayor jerarquía no solo al lapso de la elaboración de normas sino también al instante de la interpretación de ellas, constituyéndose entonces como un principio inaudible para la población en general; el interés superior del niño y del adolescente comprende una situación tuitiva, por lo que corresponde a los legisladores y doctrinarios jurisdiccionales adecuar la flexibilización e interpretación de las normas de manera favorable para dar soluciones a las controversias que implican menores de edad, cuyos intereses tiene mayor prevalencia y cuidado por parte del estado.

## **1.2. TRABAJOS PREVIOS.**

### **a. Internacionales**

Rueda, A. (2015). "La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas y los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad mexicano" para obtener el grado de Maestro en Derechos Humano, universidad Iberoamericana de la ciudad de México.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es determinar en el plano jurídico si es posible plantear una objeción de conciencia a las transfusiones de sangre con el propósito de buscar subrogación de gastos médicos alegando la omisión de la secretaria de salud y los diversos institutos de salud y seguridad en promover los protocolos necesarios para la disposición de sangre y sus hemoderivados. Teniendo como conclusión que en el marco legal mexicano en la materia de salud se limitan los protocolos a políticas como el programa específico de transfusión sanguínea vigente, que acredita solo el uso de sangre alogénica, trayendo consigo una limitación de recursos y hasta ciertos perjuicios contra a lo que se refiere la NOM-253-SSA1-2012, para la disposición de sangre y sus derivados.

Carillo, M. (2016/2017). "Cuestiones médico-legales ante pacientes menores en situación de riesgo clínico", para obtener el título de grado en Medicina, universidad de Valladolid-España.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es identificar el marco intervención médica frente a menores de edad, en situación de grave riesgo clínico. Concluyendo que ante la negativa de los padres de prestar su venia respecto a los procedimientos médicos necesarios para resguardar la vida o la integridad del menor, las autoridades sanitarias, según su juicio, y en casos de urgencia pueden inmiscuirse amparando su la justificación bajo el cumplimiento de su deber ético y el estado de necesidad de su paciente; o todo caso si el riesgo no es inminente, estos deben informar inmediatamente a las autoridades judiciales para estos actúen en el mejor interés del menor.

Arteaga, G. (2019). “Testigos de Jehová y transfusiones de sangre en menores de edad: estudio jurídico sobre el derecho a la vida y el derecho a la objeción de conciencia”; para obtener el Título de Abogada, universidad central de Ecuador.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es Determinar si los derechos a la vida y el derecho a la objeción de conciencia contemplados en la legislación ecuatoriana llevan implícitas contradicciones o vacíos legales que dificultan la protección superior de los niños, hijos de Testigos de Jehová, que requieren transfusiones sanguíneas. Concluyendo que El Estado ecuatoriano, debe incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia, reglas, medias y normas legales con el objeto de proteger integralmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobre la incorporación de tratamiento o procedimientos médicos que los galenos necesiten asignar para salvaguardar la vida y la salud del menor aun cuando exista sobre la negativa de los progenitores o representantes legales, que, por religión o creencias, se niegan a un tratamiento o procedimiento médico ya que los niños no se pueden someter al criterio religioso de sus padres.

Álzate, J. (2017). “Estudio de caso: los testigos de jehová y su negativa a las transfusiones de sangre”, para obtener el Título de Abogado, universidad cooperativa de Colombia.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es determinar como el ordenamiento jurídico colombiano puede tutelar y salvaguardar de manera armónica el derecho a la vida, así como la autonomía fundamental de los pacientes testigos de jehová que por firmes convicciones religiosas rechazan las transfusiones sanguíneas. Llegando a concluir que el ordenamiento colombiano tutela los derechos primordiales del acceso a la salud, la vida y la integridad física, así como la libertad individual adoptando de manera conjunta estrategias disyuntivas a las administraciones de sangre, para lograr de esa manera una prestación completa del derecho a la salud, además de estar protegiendo de manera efectiva la igual de libertad de religión y a las personas testigos de Jehová.

## **b. Nacional**

Córdova, E. (2016). “el interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú”, para obtener el título de Abogado, de la universidad de Piura – Perú.

Señalo que el objetivo de su trabajo es analizar si el ejercicio de la libertad de conciencia religiosa de los menores, y la posterior objeción de conciencia al tratamiento medico recae en los padres, en el ámbito del ejercicio de la patria potestad; concluyo que la objeción de conciencia al tratamiento médico no se aplica al caso presentado, porque el requisito legal efectivo es la vida del niño. Porque dicha objeción de conciencia no puede ejercerse en el ámbito de la patria potestad, el estado peruano establece que el adulto puede, no dar su consentimiento para que le practiquen ningún tratamiento médico, justificando su actuar en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, sin embargo, es diferente que cuando en el ejercicio de la libertad religiosa, los padres niegan que sus hijos menores de edad reciban tratamiento médico. por lo que, esta libertad no puede ser contraria al derecho del niño, a la vida y, incluso si el niño se niega a aceptar tal tratamiento médico, su voluntad será ignorada, ya que su consentimiento frente a los derechos fundamentales sería irrelevante para el derecho.

Cerna, D. (2013). “Los supuestos de aplicación del derecho a la objeción de conciencia fundamentado en las creencias ético- religiosas y su utilización por los médicos especialistas, en el Perú”, para obtener el título de Abogada, de la universidad Nacional de Cajamarca-Perú.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es Determinar los supuestos frente a los cuales los médicos especializados, del Perú podrían utilizar el Derecho a la Objeción de Conciencia en salvaguarda de sus convicciones ético-religiosas. Llegando a concluir que el Derecho a la Objeción de Conciencia en el contexto de la salud puede presentar diversas manifestaciones al significar para el médico, algunas prácticas que realiza, contrarias a sus creencias ético religiosas. Dentro de los supuestos en los que se puede poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia podemos señalar al aborto, las técnicas de reproducción asistida, la esterilización, las transfusiones de sangre, la donación de órganos, todas éstas porque de una u otra manera crean controversia al momento de relacionarlas con la ética que implica una construcción personalísima de creencias, es decir lo que para

una persona puede resultar enmarcado dentro de la ética, para otras no se trataría más que de una idea descabellada; es por esto que cada supuesto necesita un análisis especial.

Albornoz, I. (2017). “Emancipación médica del menor de edad para salvaguardar su derecho a la vida frente a la creencia del testigo de jehová sobre la transfusión sanguínea”, para obtener el título de Abogada, de la universidad Cesar Vallejo, Piura- Perú.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es Determinar las bases legales para establecer que es el niño emancipado es quien debe hacer valer su derecho a la vida o la libertad religiosa frente a la creencia de los testigos de Jehová sobre la transfusión de sangre. Concluyendo que se ha establecido que, con emancipación médica, un menor de 18 años, pero mayor de 12 años, da su consentimiento para recibir auxilio médico que incluya una transfusión de sangre para resguardar su vida, su salud y sobre todo su derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que, si bien a los padres se les otorga la facultad de orientar y formar a sus menores hijos, ellos no podrán suplantarlos en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

### **c. Local**

Callacna, G. (2018). “la afectación de los derechos fundamentales de los hijos menores de edad por el ejercicio ilimitado de la patria potestad producto de la indebida invocación de la objeción de conciencia de los padres”. para obtener el título de Abogada, de la universidad Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque - Perú.

Manifiesta que el objetivo de su trabajo es demostrar la necesidad de incorporar en el Código Civil Peruano o en el Código del Niño y del Adolescente normas disuasivas de aquellas conductas de los padres que ponen en grave riesgo los derechos fundamentales de los hijos menores de edad, como el derecho a la vida y a la salud, por el ejercicio ilimitado de la patria potestad producto de la indebida invocación de la objeción de conciencia de los padres. Concluyendo que La modificatoria del Código del Niño y del Adolescente a través de la Ley N° 30323 Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves no da solución al caso planteado en la presente investigación por cuanto: a). No brinda una solución rápida y efectiva que dé solución a la situación urgente y de riesgo vital para salvaguardar el derecho a la vida o el derecho a la salud del menor de edad; y b). Da lugar a la suspensión y consecuente pérdida de la patria potestad, hecho que no guarda coherencia con el derecho del niño y adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia.

### 1.3. TEORÍAS RELACIONADAS AL TEMA.

#### 1.3.1. Los Derechos Fundamentales

##### 1.3.1.1. Definición

Los derechos fundamentales cumplen un rol fundamental dentro del paradigma neo constitucional, por lo que conlleva a una necesidad de limitar su contenido: encontramos los derechos humanos inherentes al ser humano, los derechos universales e inalienables, los derechos inherentes a la dignidad de la persona independiente de su reconocimiento estatal o no, las garantías constitucionales, si es que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico de un estado y si cuentan con los medios necesarios de protección para evitar sean vulnerados, están también los derechos subjetivos, entendido como los poderes que tienen los ciudadanos y que son opuesto al estado, derechos de tutela concreta, en la medida en que mantengan proximidad al titular del interés legal; derechos de protección colectiva, que obedecen a intereses legítimos, como el derecho de huelga; o si son derechos generalizados que protegen intereses simples mediante el bien o aspiraciones como el derecho al medio ambiente.

Ferrajoli, L. (2005) define los derechos fundamentales como *“(...) todos esos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de condición de personas, de ciudadanos o personas con capacidad para actuar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (beneficios) o negativa (a no sufrir lesiones) asignada a un sujeto por norma legal; y por estado la condición de un sujeto, siempre que su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y / o autor de los actos que sean ejercicio de estos”*( P,19)

Pérez, A. (2004) señala la diferencia de los derechos humanos y derechos fundamentales, como *“los derechos con aquellas facultades e instituciones que concretan exigencias de la dignidad, la igualdad y la libertad humana, las cuales deben ser conocidos de manera positiva en todos los ordenamientos jurídicos tanto nacional como internacionalmente. Por otro lado, los derechos fundamentales se aluden a aquellos derechos garantizados en por un ordenamiento jurídico positivo, en el mayor de los casos en una norma constitucional, y que suelen gozar de una tutela reformada”* (P.54)

### **1.3.2. Derechos fundamentales de los Niños.**

#### **1.3.2.1. Nivel Internacional**

- a. **La declaración de los derechos del niño:** Es la primera gran aprobación universal de los principios fundamentales de los derechos del niño, habiendo sido aprobada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esto implicó que, antes de su aprobación, procediera el reconocimiento de otros instrumentos jurídicos internacionales, como la Declaración de Ginebra (1924), que reconocía los derechos específicos de los niños, así como la responsabilidad y compromiso de respetar esos derechos por parte de los adultos; y, posteriormente, con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Esta declaración destaca la idea de que los niños necesitan protección y cuidados especiales, "incluida la protección jurídica adecuada, antes y después del nacimiento"; como población vulnerable que requiere de una protección efectiva y oportuna y esta es la principal consideración a tener en cuenta por cualquier institución pública o privada.
- b. **La convención sobre los derechos del niño:** la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor al día siguiente. Es un tratado internacional, de carácter vinculante, que garantiza el cumplimiento obligatorio por parte de los Estados que lo ratificaron, a respetar y hacer valer todos los derechos que se establece a favor de la niñez; Actualmente es el Tratado de Derechos Internacionales el que ha tenido mayor apoyo en el mundo. A diferencia de otros textos como los Pactos Internacionales, el Convenio de la OIT, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, es el texto más completo y relevante en la protección de los derechos humanos del niño, ya que contiene derechos civiles y políticos, económicos, sociales, culturales, del que disfrutan todos los niños, así como la promoción y defensa de los derechos de los niños con necesidades especiales, las minorías y los niños refugiados.

La Convención establece 4 principios que deben regir la implementación de todos los derechos que defiende:

- La no discriminación
- El mejor interés del niño
- El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo
- El respeto de la opinión del niño

### **1.3.2.2. Nivel Nacional**

En el ordenamiento jurídico peruano, las disposiciones relativas a los derechos de los niños están contenidas especialmente en la constitución política del 1993 y el código del niño y del adolescente, asimismo en diversas leyes especiales.

- La constitución política de 1993, Art. 4 (...) *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”*.
- Código del Niño y del Adolescente: Art II del título Preliminar señala: (...) *“El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”*. Art. IX del título preliminar refiere: (...) *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos”*. Y el art. X del referido Título Preliminar asevera: (...) *“El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a 27 resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”*

### **1.3.3. Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional peruano.**

#### **1.3.3.1. Derecho a la Vida.**

Derecho a la vida. El artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú establece que "toda persona tiene derecho a la vida". A nivel mundial, la protección de este derecho está establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3) y a nivel regional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José", artículo 4, primer párrafo), también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 2, primer párrafo).

La Declaración Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 1386 (XIV), 20 de noviembre de 1959 en su Principio 2, establece que:

*(...) "El niño debe gozar de protección especial y debe tener oportunidades y servicios, un Todo ello por ley y otros medios, para que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera sana, así como en condiciones de libertad y dignidad, todo esto en el mejor interés del niño".*

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

*(...) "Los Estados partes se comprometen a garantizar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar del niño, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, a tal efecto, adoptará todas las medidas legislativas y administrativas aplicables".*

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2, establece:

*(...) "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, ya su libre desarrollo y bienestar. Lo concebido está sujeto a la ley en todo lo que lo favorece".*

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo primero, establece:

*(...) "La niñez y la adolescencia tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción".*

Para Requejo (2008) "La vida es el derecho fundamental que tiene toda persona, es indiscutible e innegable, con autonomía de su estado, pre o post natal, de su capacidad o incapacidad para vivir o de mayor o menor calidad. Todo ser humano tiene derecho, desde la concepción hasta la muerte, tanto si ha adquirido la condición de persona como si todavía se encuentra en el útero". (P.7). El derecho a la vida es un derecho natural o primordial de todo ser humano, desde su existencia.

En este sentido se puede deducir que el derecho a la vida se convierte en el origen de donde derivan todos los derechos inherentes al ser humano, los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la vida no solo para prevenir que se atente contra la persona humana, sino también para comprender que el ser humano puede realizar su proyecto de vida, es decir, que existen determinadas condiciones de vida.

Para los juristas Díez Picazo y Gullón, la vida: “Es el bien fundamental y esencial de la persona, fundamento y asiento de todos los demás. Pero el hombre no tiene un poder total y absoluto sobre su propia vida, que en su consecuente formulación legitimaría el suicidio. La vida no tiene un valor puramente individual, sino familiar y social. Por eso, el ordenamiento jurídico debe negarle a la persona el poder de quitarse la vida”.

Considera que el derecho a la vida es fundamental en todas las Constituciones. ¿Pero quién tiene este derecho? Decimos que todos tenemos derecho a la vida. Pero algunas personas pueden querer saber quienes son e intentar incluir animales o excluirlos. Este debate no se da en el Perú porque en la constitución peruana el primer artículo reconoce el derecho a la vida digna y el Segundo artículo reconoce el derecho a la vida, de hecho, el titular es una persona. El único problema es que está por ver cuándo alguien es una persona. Por tanto, debemos recordar que la constitución peruana protege lo concebido para incorporarlo al concepto de hombre. Sin embargo, refiriéndose esta investigación, solo podemos reiterar que los menores son seres humanos y tienen todos los derechos y necesidades que pueden realizar con dignidad; por lo tanto, tienen pleno derecho a la vida. Tanto los niños, niñas y adolescentes están sujetos a derechos y, por lo que, gozan y disfrutan plenamente de los derechos a la salud e integridad física, ya que ambos forman parte del derecho a la vida.

En este punto de la investigación, dado el sistema jerárquico del derecho a la vida, es necesario realizar un breve análisis de ciertos delitos que se pueden cometer por omisiones de resultados, es decir, por acciones que debe tomarse en determinadas situaciones, las personas necesitan ayuda para salvar su vida, y sin contar con la ayuda de quienes puedan rendirla; los juristas penalistas enfatizan al respecto que no es necesario sancionar el delito de homicidio cometido por omisión utilizando el art. 13 del código penal, ya que el carácter propio del artículo 106 no excluye que el homicidio pueda ser cometido por omisión, ni establece que se trate de delito de comisión.

Esto se agrava en situaciones donde es omitido por quienes ejercen la función de garante. Por lo tanto, este es un derecho matricial y el contenido incluye otros derechos, incluido el derecho a la salud, que es un derecho que permite a las personas mantener su cuerpo y mente en buena forma, lo que permite lo necesario para protegerte. (Castillo. P, 38.); Este derecho forma parte del derecho a la vida, siempre que goce de buena salud y garantice el mantenimiento de una vida digna. Por tanto, se puede decir que proteger la vida es proteger la salud, y por tanto se protege la vida humana, ya que es un derecho fundamental para desarrollar otros derechos.

### 1.3.3.2. Derecho al Servicio de Salud.

Sobre este derecho se empieza a hablar a finales del siglo XIX, por la necesidad que se presentaba en los seres humanos, considerando al estado es el responsable en adoptar medidas para salvaguardar y atender la salud de los individuos. Es entonces donde aparecen las primeras leyes referentes a la salud en donde obligan al estado a prevenir enfermedades y hacer promoción y cuidado medica En 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el disfrute de la salud como derecho humano en el artículo 25. Subsiguientemente, en 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de (PIDESC), el cual, en su artículo 12, reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

La salud es un derecho fundamental que toda persona, independiente de su raza, religiosidad, credo político o condición económica o social. La atención médica es parte de los servicios públicos del estado, y todos los humanos tienen acceso a servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y es compromiso del estado organizar el abastecimiento de servicios de salud a los residentes, para orientar y regular el saneamiento de acuerdo con los principios de eficiencia de universalidad y solidaridad; asimismo crear el establecimiento de políticas para prestar los servicios de salud por parte de entidades particulares y el ejercicio de su supervisión y control. La salud es un derecho inclusivo que se vincula estrechamente con otros derechos humanos como la dignidad, a la vida, y la no discriminación, entre otros.

En el Perú, La salud es un derecho primordial de todo individuo sin distinción de raza, culto, religión política o estatus económico o social. Es un derecho social por excelencia, que desglosa una cadena de derechos y obligaciones para las personas y para el Estado. En el ordenamiento jurídico peruano, lo hallamos previsto por el Art. 7 de la Constitución Política de 1993 como parte de uno de los derechos sociales, económicos y culturales:

*Artículo 7. (...) Todo ser humano tiene derecho a la protección de su salud, el entorno familiar y la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapaz para cuidarse a sí misma por discapacidad física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y al régimen legal de protección, cuidado, rehabilitación y seguridad.*

Así también, el artículo 9° del mismo cuerpo de normas regula lo siguiente:

*Artículo 9.- (...) “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo regula y supervisa su aplicación. Es el responsable de diseñarlo y llevarlo a cabo de manera plural y descentralizada para facilitar el acceso igualitario a los servicios de salud para todos”. Es decir, la salud representa un derecho elemental que todas las personas tenemos debido a nuestra condición como tales, con diferentes dimensiones que son relevantes y deben ser consideradas para su debida protección; Es obligación del estado determinar la política de salud nacional y brindar igualdad de acceso a los servicios de salud.*

La Salud no es un privilegio, sino un derecho. El corte Constitucional peruano señala que:

*(...) “El derecho a la vida es uno de los derechos más básicos, porque sin el derecho a la vida no puede desprender otros derechos. Tiene implicaciones para el derecho a la salud, ya que apunta al desarrollo normal de las funciones biológicas y psicológicas humanas; convirtiéndose así en una condición imprescindible para el perfeccionamiento humano y un medio esencial para el bienestar propio y social. (249 EXP. N° 06057-2007-PHC / TC, de 19 de diciembre de 2006, F.J.6.).*

En este sentido, el derecho a la salud tiene como objetivo garantizar que cuerpo y la mente de las personas estén en buenas condiciones de estado y que el personal médico cuente con lo necesario para lograr este objetivo, este derecho forma parte del derecho a la vida, por lo tanto, si la vida es protegida, también se protege la salud y cuando se protege la salud, se protege la vida humana, por lo que se puede decir que el derecho a la salud no lo es todo, pero sin él todo lo demás no es nada, es un derecho vital, que permite que las personas tengan acceso a los servicios de salud y obliga al estado a garantizar el acceso de las personas a los servicios médicos. En el caso de los menores de edad es de gran categoría, ya que son los niños quienes continuamente están más expuestos a dolencias o accidentes. La protección de la salud de los niños ayuda a su crecimiento, por que los niños merecen la mejor salud.

Sin embargo, también es necesario aclarar los siguientes puntos: si bien es cierto que todo ser humano tiene derecho a obtener servicios médicos, esto no significa que la salud esté garantizada, porque el estado no tiene la obligación de utilizar a los médicos como un medio, por lo que la salud siempre depende de factores biológicos. En muchos casos también depende de la economía, y que

es la voluntad de los países o las personas. En conclusión, significa que la salud depende tanto del estado biológico de cada persona, como del estado que se encarga de asegurar el acceso de las personas a ser tratadas clínicamente.

### **1.3.3.3. Derecho a la Libertad de Conciencia y Creencia Religiosa**

Este es un derecho básico mediante el cual el estado garantiza y tutela la libertad religiosa. Se encuentra establecido en el artículo 2, inc. 3 de la constitución, quien reconoce a este principio como valioso por el simple hecho de ejercer la libertad del individuo.

Para Ferrer (2011) el principio a la libertad de religión como principio fundamental del estado trae consigo las siguientes consecuencias:

- Sujeta una idea principal del estado, como servicio de la dignidad humana en su ámbito de conciencia y racionalidad, ya que la persona es libre de elegir su religión.
- Se cree que el estado desempeña una función absolutamente ineficaz como sujeto de respuesta alguna frente al acto de fe y creencia religiosa.
- El gobierno y los poderes de este no puede exigir a ninguno miembro del estado a profesar su religión o creencia.
- estado; no puede poner un límite a la libertad a su pueblo, si no debe garantizarla a su máxima extensión.
- Ninguna fe de creencia religiosa puede ser asumida como propia por el estado, es decir, el estado en el que vivimos desempeña una función de estado laico.
- La regulación jurídica religiosa hace que los principios restantes dependan de ella en cosas esenciales
- En cuanto a la regulación del factor religioso, los principios restantes dependen de esta en aspectos básicos de su contenido y operatividad, excepto la dignidad de la persona (p.39).

Prieto (2004) señala que , en cuanto se refiere a la independencia de la libertad religiosa la actuación del estado será de acuerdo a la intensidad o grado del alcance que tenga esta; esto se le conoce como tolerancia “vertical” por estar referida a la tolerancia del estado para con su pueblo quiere decir que se despenaliza las diferentes creencias religiosas y cultos practicada de manera privada , muy distinto es cuando nos referimos a la tolerancia “horizontal” ya que se da solamente entre ciudadanos del mismo ámbito de convivencia y cuya religión es inculcada por la familia, (p.123).

Por lo que se entiende que el derecho a la libertad de religión es libre e innato a la vida de toda persona, siempre que no se atente contra la persona y su dignidad, los derechos fundamentales o las normas de orden público. Los límites de la libertad de religión los encontraremos en los tres parámetros antes mencionados. El orden público, porque no se puede atentar contra los demás derechos de las personas; la creencia de religión, así mismo no tiene que vulnerar la dignidad humana de la persona, que es toda cualidad y valor perteneciente de manera innata al ser humano.

Precht, P y Bazán, I. (2010) en su libro derecho a la libertad de creencia, señala que: “adecuararse a una creencia religiosa, tiene una gran influencia en la vida de las personas, en tanto sus efectos alcanzan a la esfera política y jurídica, saliendo claramente de la esfera interna de cada persona.” (p, 78). Es decir, la persona pierde parte de expresar su libre intención, porque está sometido a las creencias del grupo al que pertenece. Estas expresiones se vuelven relevantes frente al alcance social, dando lugar a la educación religiosa en instituciones públicas y privada, asistencia religiosa a personas enfermas o personas que están privadas de su libertad, y el derecho a la objeción de conciencia a una prestación exigida por el estado.

Además, la libertad de expresar la religión o las creencias propias estará sujeta solamente ante las limitaciones señaladas por ley que sean esenciales para proteger la salud, la moral, el orden, los derechos y libertades fundamentales de terceros. En casos de salud propia, el sujeto puede optar de acuerdo a su religión o creencia por cualquier medio que procure su propia salud, pero no para un tercero; es así que para que la libre opinión tenga tutela jurídica debe tratarse de la salud de uno mismo y no de la salud ajena, en este caso no se puede optar por lo que se creó que sería la mejor para un menor, de modo que estaría entrando a tallar la figura de la patria potestad en caso que esto suceda, es el estado quien debe suplantar tal decisión y optar por la salud del niño dejando de lado el derecho a la libre creencia.

Para Hernández (2013) la conciencia viene a ser “un juicio práctico en el que la razón, de acuerdo con la orden moral, imponen en cada caso lo que debe hacerse u omitirse moralmente” (p.341) y en este sentido agrega que “la libertad de conciencia en su fase interna, es una especie de libertad de pensamiento”.

Piora (2002) lo conceptualiza a la conciencia como “un reducto íntimo de la persona mediante el cual llega a encontrarse consigo mismo o, con su dios, o como fuere que lo esté lo conciba. Por lo que esta fuera del alcance de las autoridades públicas y, por tanto, no puede ser objeto de derecho”, asimismo añade, que nunca se debe permitir que las autoridades legislen sobre ella (p.53). Para Hurtado (2006) la libertad de conciencia "Comprende las distintas convicciones o creencias que el

ser humano siente en su propio afuera interno; sin imposiciones u obstáculos externos; sin condiciones ni restricciones por parte de terceros; son los preceptos de la conciencia lo que influyen en la voluntad las personas, a los que ni la Constitución ni la ley pueden sobreponerse "(p.99).

Con respecto a la libertad de culto, García (2010) la conceptúa de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos como "las manifestaciones externas de las creencias religiosas, en el que todos tienen derecho a profesar libremente su religión, es decir, la libertad sujeta a no afectar los derechos de los demás "(p.45) y agrega que, se les permite a las personas creer en un Dios o no, sin que estos sean discriminados. Por ello en consecuencia, son estos tres derechos de libertad los que incluyen el concepto de libertad religiosa, cuyos elementos generan la dimensión externa e interna que son imbricadas por este derecho fundamental.

#### **1.3.4. VARIABLE I: El Interés Superior del Niño y del Adolescente.**

##### **1.3.4.1. Doctrina de Situación Irregular y protección Integral.**

Los procedimientos legislativos, sociales y de política legislativa, que recibieron menores de edad a lo largo de la historia se pueden resumir en dos doctrinas generales: situación irregular y protección plena.

Aunque ambos participan en un punto en común: amparar los niños, y adolescentes de para que logren encajar adecuadamente en la sociedad (Chunga, 2002, pág. 43); sus discrepancias son cuantiosas y sorprendentes, ya que cada fue uno estructurado bajo el predominio de algunos eventos históricos y doctrinas que infundieron la publicación de cuerpos normativamente diferenciadas

##### **A. Doctrina en la situación Irregular.**

Esta doctrina se origina a finales del siglo XIX y principios del XX; enmarcándose adentro de la llamada Escuela Etiológica. Así, se caracterizó por brindar protección exclusivamente a menores que se hallaban en ambientes de pobreza o marginación, o que participaban en actos delictivos; Entonces, el Estado intervino directamente en sus vidas a través de medidas jurisdiccional, administrativa, política y legislativa (Beloff, 2004, p.21; González, 2015, p. 9).

Asimismo, clasificar a los menores de edad como personas que en el futuro sería peligrosas, se argumentaba la querencia de políticas penales para protegerlos; en este sentido, fueron "considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un enfoque especial" (Beloff, 2004, p. 24)

De esta manera, los rasgos más destacados de la doctrina de la situación irregular son las siguientes: a). Categorías determinadas como menores en situación irregular; obtienen un significado extenso y *numerus apertus*, por lo que resguarda contextos, como la conducta insociable, peligrosidad, abandono material o moral y físico o mental. b). Los menores son objeto de resguardo público, ya que, al ser personas en perfeccionamiento, aún no entienden las consecuencias de sus acciones; por lo mismo que, es normal que vivan en constante peligro, existiendo necesaria la intromisión gubernativa para estimular, mediante procedimientos, tu psique. c). El juez de menores tiene amplios poderes discrecionales, por lo que se clasifica como un buen padre de familia y, por tanto, protector innato que no puede cometer un error; Del mismo modo, su rol interactivo es muy amplio, logrando interferir en cuestiones de prevención, investigación y toma de decisiones dentro de un gran margen de libertad. d). Los menores no tienen responsabilidad penal, ya que son inimputables; esto a raíz de ser considerados como seres que aún no han alcanzó la madurez suficiente para soportar la carga de sus propias acciones. e). cada menor recibe un trato educativo basado en su personalidad; Por ello, el Estado busca convertirlos en ciudadanos socialmente útiles, utilizando medidas observación en ambientes abiertos o cerrados, así como medidas de duración indeterminada y. f). No existen garantías procesales; de ahí la función la jurisdicción se presenta con características inquisitivas, donde el juez a toda costa para proteger al menor, incluso si puede limitar o dañar derechos fundamentales, como el derecho a la defensa, la motivación redacción de decisiones judiciales, doble instancia y más poderes subjetivos vinculados al debido proceso. (Plácido, 2015, P. 39-45; Sotomarino, 2017, P. 43-45).

## **B. Doctrina de la Protección Integral.**

La doctrina de la protección integral surgió a finales del año 1960, período en el que se inició el traslado del modelo etiológico al de reacción social. Sin embargo, su desarrollo exponencial se ha produjo desde la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por ello tiene como característica esencial el trato que le da a la niñez, ya que los niños dimiten de ser tratados como objetos de protección, para convertirse en sujetos de plenos derechos (Garay,

2009, p. 121); es decir, titulares de todos aquellos intereses de ventaja subjetiva que tienen los adultos y de los adicionales por su especial condición de seres con progresiva capacidad de ejercicio (Plácido, 2015, p. 47).

Por este motivo se afirma que sus dos ejes esenciales son el reconocimiento de los menores como sujetos de derecho y la titularidad de los niños y adolescentes del derecho a un medio ambiente con condiciones de vida que contribuyan a su progreso integral porque en continuo desarrollo y vulnerabilidad (Méndez, 2005, p. 75; Mella, 2017, pág.34). Asimismo, dado que sus elementos fundamentales son el principio de unidad familiar y el principio de corresponsabilidad familiar, social y estatal para la protección de la niñez (O'Donnell, 2006, pp. 120-121).

De esta forma, los postulados más notables de la doctrina de la protección integral son: a). El cambio de paradigma en la infancia, en el que los menores ya no están sujetos a protección para ser reconocidos como sujetos con plenos derechos b). Considerar al interés superior del niño, constituyéndolo como una guía interpretativa, un derecho subjetivo y una declaración normativa procesal d). La circunscripción de los derechos del niño en los distintos programas internacionales relacionados con los derechos humanos; e). reconocimiento, protección y garantía del ejercicio de los derechos de los menores que infringen las disposiciones del derecho penal f). el trato diferenciado que el Estado brinda a los menores en situación de abandono frente a quienes han violado la ley penal; la incorporación de medidas punitivas distintas a las que implican privativas de libertad; h). la preeminencia de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación. (Plácido. 2015, p. 48-49).

Por otro lado, sus características más importantes son: 1). a consolidación de la situación jurídica de los menores como titulares de derechos fundamentales, que son inherentes a su naturaleza humana y, por tanto, son sus atributos; en tanto su protección frente a cualquier acto que busque perjudicarlos será responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado; 2). la protección total de los derechos fundamentales de los niños por su interés superior, que viene a ser una herramienta útil para diluir los conflictos de intereses o derechos; Asimismo, sirve como criterio de demanda y preferencia para cuando se administran y brindan los servicios públicos, se ejecutan y planifican las políticas públicas y se define la asignación de los recursos públicos; 3). Reconocimiento de la autonomía privada en el desarrollo y participación de los menores en el ejercicio de sus derechos fundamentales, entre ellos la libertad, el acceso a la información, a ser escuchado, a expresar su opinión, ser designado a un representante, a estar protegido contra la arbitrariedad, entre otros. 4). el nuevo rol del juez en los casos de familia, quien deja de ser calificado el buen padre, con

facultades discrecionales, para convertirse en un funcionario con facultades jurisdiccionales limitadas que tienen como objetivo velar por el interés superior del niño. (Beloff, 2004, p. 38; Plácido, 2015, pp. 47-53)

Finalmente, es necesario enfatizar que la doctrina de la protección integral (también la Convención sobre los Derechos del Niño) “planteó el interés superior del niño en el carácter de una norma fundamental ”(Plácido. 2015, pág. 135).

#### **1.3.4.2. El desarrollo histórico del interés superior del niño.**

El interés superior del niño es una disertación relativamente moderna, cuyo desarrollo doctrinal se inició en el siglo XIX bajo el concepto de "el bien del niño"; Sin embargo, fue a partir del siglo XX que se produjo su rápido proceso de maduración, ya que en ese momento se inició la promulgación de los primeros instrumentos regulatorios internacionales en materia de protección de la niñez. (Plácido, 2015, pp. 136-137).

Así, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, de la Sociedad de Naciones, se enfatizó que la humanidad tiene el deber de garantizar al niño todo lo que se considere mejor y más beneficioso para él. Posteriormente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se estableció que los niños tienen derecho a ser cuidados y a recibir asistencia. (Plácido, 2015, p. 137; López, 2015, p. 54).

Once años después, con el Principio II de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, se resaltó, por primera vez, que el niño gozaría de una protección especial, por lo que se le otorgaron oportunidades y servicios para que pudiera desenvolverse plenamente, en condiciones de dignidad y libertad; En este sentido, las leyes que persiguen esto se establecieron teniendo como consideración fundamental el interés superior del niño (Plácido, 2015, pp. 137-138).

Sin embargo, este gran margen operativo se encontraba limitado por el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el que se establece que el interés superior del niño solo se utilizará para determinar si se publicarán los juicios sobre asuntos penales o contenciosos (Gamarra, 2003, p. 49)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos sigue esta misma directriz, la cual, en su artículo 17.4, regula que en los matrimonios disueltos deben adoptarse disposiciones que garanticen obligatoriamente la protección de los hijos; por lo que su uso se limita a la conexión de

la relación parental con la relación conyugal (Gamarra, 2003, p. 49).

De esta manera, en el Acuerdo de 1979, sobre la protección de la forma de discriminación contra la mujer se utiliza para orientar la forma en que el padre o la madre del niño educa y cría adecuadamente; es decir, en el ejercicio de las competencias que le corresponden a la patria potestad (Plácido, 2015, p. 138).

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 produjo un cambio sustancial; precisamente, en su artículo 3, el interés superior del niño pasa a ser tratado, en primer lugar, como principio general y criterio rector, cuyo contenido no se limita solo a determinados casos concretos, sino que también se utiliza en todos esos procesos, procedimientos o afines donde estén en juego los derechos de la niñez y la adolescencia (Gamarra, 2003, p. 43). En segundo lugar, ha llegado a ser una guía para la formulación de políticas públicas y decisiones de carácter legislativo, administrativo, judicial y de otra índole a expensas del Estado, la sociedad y en particular la familia.

#### **1.3.4.3. Aspectos Generales del Interés Superior del Niño.**

En la doctrina se ha enfatizado que el interés superior del niño tiene una relación fundamental con el derecho de familia (especialmente en tiempos de crisis familiar), ya que las instituciones legales de esta especialidad jurídica buscan garantizar la continuidad de las relaciones parentales y reducir el escapismo de los niños y posibles consecuencias y daños a los menores por problemas intrafamiliares (Castillo, 2010, p. 25). Asimismo, se ha explicado que este interés se fundamenta en el estado de desamparo natural de los menores, quienes por su estado biológico y psicológico no pueden defenderse, pues aún se encuentran en un desarrollo progresivo. (Stilerman, 2004, p. 25).

Por tanto, el interés superior del niño adquiere un papel preponderante en todo lo concerniente a la niñez, ya que reafirma la primacía de sus derechos fundamentales sobre otros intereses o derechos que estén en conflicto o limiten su ejercicio, reconocimiento o goce; de manera que no tiene un "enfoque centrado en el padre o en el estado, sino un enfoque centrado en el niño" (Aguilar Cavallo, 2008, p. 244).

Sin embargo, pese a su trascendencia evidente, un apartado de la doctrina lamenta su inclusión en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, por tratarse de un concepto jurídicamente

indefinido, pues en reiteradas se tomaran decisiones que parecen ser las que más benefician a la niñez, a pesar de basarse en criterios subjetivos, arbitrarios, acientíficos, alejados del desarrollo doctrinal, basados en estereotipos sociales y completamente ajenos a la salvaguarda de sus derechos (López, 2015, p. 52-53; Ortega, 2002, p. 89- 91; Cárdenas, 2017, p. 30).

Sin embargo, esta valoración es errónea cuando se considera que la indeterminación conceptual es algo negativo, ya que es obvio que su contenido polisémico y abstracto reside en su significado real (Ravetllat y Pinochet, 2015, p. 904). Precisamente en términos de aplicación no se puede argumentar válidamente que el interés superior del menor sea vago e impreciso, sino que su contenido sea dinámico, flexible y cambiante; es decir, adaptable según cada caso concreto (Ravetllat, 2012, p. 92). En consecuencia, tiene “un valor jurídico eminentemente instrumental para decidir sobre un derecho aislado o en conflicto con otros derechos” (Rivero Hernández citado por Gutiérrez y Cuipa, 2014, p. 151).

Por ello, el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Análisis General N°. 14, estableció que el interés superior del niño se configura como un principio, un derecho subjetivo y una norma procesal que debe utilizarse siempre que estén en juego derechos fundamentales. de la niñez y la adolescencia, por lo que se convierte en criterio rector de todas las decisiones nacionales e internacionales en materia de infancia (Amado, 2017, p. 70; Chávez, 2017, p. 107).

### **1.3.4.3. Dimensiones del interés Superior del Niño**

#### **a. Como derecho subjetivo.**

Partiendo que el derecho subjetivo es “toda expectativa de prestaciones o de no lesiones” (Ferrajoli, 2013, p. 605); el interés superior del niño se configura como un derecho con una doble dimensión.

Así, en primer lugar, asume que todo niño, niña y adolescente tiene el poder de exigir que su interés superior sea una consideración primordial que debe ser valorada cuando exista una situación, interés u otra circunstancia individual, colectiva o pública que afecte sus derechos fundamentales. En segundo lugar, implica que nadie puede ignorar tal interés, ya que esto quebrantaría la condición especial de los menores como sujetos de derecho en constante desarrollo. (Amado, 2017, p. 70; Lescano, 2017, p. 89).

Por tanto, asume que en cualquiera de sus dos dimensiones existe la garantía de que sea empelado al momento de adoptar una decisión que vulnere a la niñez o a la adolescencia o a un grupo de ellos, de forma concreta o abstracta. (Plácido, 2015, p. 799).

Finalmente, menores de edad son titulares de este derecho subjetivo o sustancial, el deber de garantizar su ejercicio y disfrute, así como de no vulnerarlo, recae en la familia, en la sociedad y en el Estado a través de sus diversos órganos.

#### **b. Como principio.**

El interés superior del niño también es un principio, mediante el cual se brinda atención prioritaria y primordial a los menores con el fin de lograr su máximo bienestar, en todas las medidas tomadas por las instituciones públicas o privadas, la sociedad, su familia o sus padres en donde sus derechos están en juego; de tal manera que el cumplimiento involucra a todos los agentes que tienen una incidencia o vinculación, a través de sus decisiones, en ellos (Mella, 2016, p. 159; Sokolich, 2013, p. 82; Lescano, 2017, p. 88).

Se fundamenta en los derechos fundamentales de la niñez y materializa el carácter indivisible y sistémico de la doctrina de la protección integral, lo que permite configurarla no solo como un simple principio abstracto, sino también como uno de carácter general con efectividad práctica que aportará fuerzas normativas superior a las leyes cuya elaboración, modificación, interpretación, integración o aplicación involucran al niño y al desarrollo progresivo de sus derechos.

Por tanto, su función primordial será la de reafirmar sus derechos, de modo que tengan especial preferencia sobre cualquier consideración de interés o actividad social que pueda afectarles; hasta el punto de que tiene un primado dentro de lo que las personas ya tienen por el simple hecho de ser humanos (Gutiérrez y Cuipa, 2014, p. 150; Mella, 2017, p. 35; Gamarra, 2003, p. 47).

En este sentido, acaba convirtiéndose en un principio esencial en la teoría jurídica de la infancia, ya que su naturaleza lo instituye en un criterio terminante para prevalecer las políticas públicas nacionales e internacionales que implica el reconocimiento de la esencia y predilección de los intereses de los niños sobre los demás (Ortiz, 2016, p. 75; Torrecuadrada, 2016, p. 139).

Finalmente, para su verdadera efectividad, requiere una actitud intuitiva por operadores legales designados Aplicar, interpretar, flexibilizar e integrar declaraciones normativas en quienes

defienden los derechos fundamentales de los menores, para obtener la decisión que más favorezca su dignidad de seres dignos de protección y atención. Por esta razón, se convierte en consustancial al estado constitucional de derecho y con el trabajo realizado por jueces de familia, quienes deben garantizar para su uso efectivo (Sokolich, 2013, p. 83).

### **c. Como norma procedimental**

Finalmente, como dimensión única, el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General N°. 14, estableció que el interés superior del niño es también una norma de procedimiento o procedimental.

La peculiaridad de esta dimensión está presente en el hecho de que es la única que se refiere a su carácter adjetivo; es decir, en sus efectos pragmáticos, intrínsecamente ligados a los procesos o procedimientos en los que están en juego los derechos fundamentales del niño (Balarezo, 2007, párr. 6)

Indispensablemente, como norma procesal, exige que el juez prevea siempre las posibles repercusiones, positivas o negativas, de su decisión en relación con el bienestar general de los menores (ya sean un solo individuo o un determinado grupo); tener que respetar las garantías procesales y emitir una sentencia debidamente fundamentada (Plácido, 2015, p. 799; Amado, 2017, p. 70; Lescano, 2017, p. 89)

Por tanto, la decisión que tomará el juez debe basarse no solo en lo sucedido durante el juicio, sino también, con especial relevancia, en los efectos que tendrá su decisión sobre el bienestar general de los niños y sus derechos fundamentales.

#### **1.3.4.4. El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño.**

En primer lugar, es ineludible concebir que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 recoge y desarrolla la doctrina de la protección integral; Asimismo, reitera la preeminencia del interés superior del niño, hasta el punto de considerarlo como criterio regente y norma esencial para su efectiva aplicación. (Cillero, 2007, p. 126).

Por tanto, expresa su apoyo a las nociones internacionales de dignidad, libertad, justicia, paz y equidad a través del dogma del interés superior del niño, además del mismo modo se considera el reconocimiento del derecho a la dignidad, la no discriminación, la eficacia y primacía absoluta, la colaboración solidaria e igualdad. (Castro, 2010, p. 32; Mella, 2017, p. 34); de tal forma para cumplir dos funciones esenciales de la Convención como principio universal y como directriz

interpretativa (Gamarra, 2003, p. 66).

La primera función está contenida en el primer párrafo del artículo 3 del citado instrumento normativo internacional, el cual establece que en todas las medidas referentes a la niñez o adolescencia que adopten los organismos de bienestar públicos o privados, funcionarios públicos o servidores públicos de la administración de justicia o con los órganos judiciales o legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

De este modo, su carácter principal se manifiesta en el hecho de que los operadores jurídicos están obligados a salvaguardar la vigencia de los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia, así como en el deber de privilegiar estos derechos sobre todos los actos, conductas, obligaciones o bienes, servicios, procedimientos, procesos y otras iniciativas políticas, legislativas o privadas que les afecten directa o indirectamente. En consecuencia, se configuraría como un límite a la discrecionalidad de las autoridades públicas y particulares cuyas decisiones involucran a niños (Núñez, 2017, p. 58)

Finalmente, como principio tiene un carácter flexible, que se adapta a cualquier interés particular de la infancia y, por tanto, a sus necesidades primarias de desarrollo y vida en sociedad; En consecuencia, asume tres funciones: 1) constituye un elemento que debe de ser observado para la implementación de otros derechos, 2) actúa como elemento mediador en la resolución de los conflictos de interés de la Convención, políticas, leyes y prácticas relacionadas con niños y adolescentes que no están sujetos a obligaciones expresas (González, 2008, p. 405-406).

#### **1.3.4.5. El interés superior del niño en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño**

A través de la Observación General N°14, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto criterios que ayudarán a juzgar cuál es el interés superior del niño en general o en particular. (Plácido, 2015, p. 164).

Por lo tanto, se establecido que la conceptualización del interés tiene como finalidad garantizar el goce pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo integral del niño; de tal forma que subraya su triple dimensión, no por ser un concepto etiquetado en un determinado momento histórico, sino por tener un carácter dinámico que le permita evolucionar en el tiempo y en el progreso social.

En tanto, la triple dimensión del interés superior del niño permite entenderlo como un principio,

un derecho subjetivo y una norma procesal.

En principio, se convierte en una instrucción hermenéutica, que le permite decidir la mejor interpretación de una proposición normativa, si tiene varias interpretaciones contradictorias. Por otro lado, como derecho subjetivo, es un derecho fundamental del niño que se tenga en cuenta su interés superior en caso de conflicto de derechos o de una decisión que pueda afectar la garantía de un derecho de preferencia. Aplicado eficazmente Finalmente, como regla general, requiere que siempre que se deba tomar una decisión sobre un niño, o sobre un grupo particular o abstracto de ellos, se deba realizar un proceso capaz de predecir Tener una comprensión razonable de las posibles consecuencias para niños y adolescentes. (Plácido, 2015, pp. 164-165).

Por otro lado, para respetar plenamente el interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 6 de la citada observación, indicó que se deben tener en cuenta los siguientes parámetros: a) el carácter universal, no divisible; interdependientes e interconectados de los derechos fundamentales del niño, b) el reconocimiento de los niños como titulares de derechos, c) el impacto universal y la naturaleza de la Convención sobre los Derechos del Niño, d) la obligación de garantizar el respeto, la protección y la aplicación de derechos contenidos en la Convención; y e) las consecuencias, en diferentes momentos, de las medidas relativas al desarrollo integral y progresivo de la niñez y la adolescencia.

Asimismo, la Observación General N° 14 describió los elementos para valorar y determinar el interés superior en primer lugar, que son los siguientes: la opinión de los menores, el derecho a la identidad de cada niño o adolescente, la preservación del entorno familiar de las relaciones personales, especialmente las afectivas, el cuidado, protección y seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad constante en la que se encuentran los niños y el derecho a una educación de calidad y buena salud. (Plácido, 2015, pp. 167-170).

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño precisó en los párrafos 89, 92, 93, 94, 96, 97 y 98 de la citada observación general, que las medidas procesales deben establecerse y aplicarse de acuerdo a las circunstancias de cada niño, a fin de determinar sus mejores intereses; destaca: el derecho del niño o joven a expresarse, a ser informado sobre los posibles servicios y soluciones a los que puede llegar para conocer los hechos con la ayuda de especialistas capacitados; la percepción del tiempo, para priorizar procesos o procedimientos directa o indirectamente vinculados a los derechos de este grupo particular de personas jurídicas; Expertos calificados para analizar las necesidades particulares de los menores; representación legal, que debe garantizar un

juicio justo y una protección judicial efectiva para los niños y jóvenes que participan en el conflicto; el razonamiento legal, como razonamiento razonado, explicado y fáctico, y legalmente justificado, se requiere en cualquier decisión que involucre los derechos del niño; los mecanismos de revisión de decisiones, que implican la creación de órganos especializados para la posterior valoración del impacto en los derechos del niño, que permitan predecir las consecuencias de todo tipo de proyectos (Plácido, 2015, p. 171 ) -174).

#### **1.3.4.6. El interés superior del niño en el ordenamiento jurídico peruano.**

En el ordenamiento jurídico peruano, el interés superior del niño, de acuerdo con la doctrina de plena protección y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra en la Constitución Política del Perú de 1993, el Código de la Niñez y la Adolescencia del 2000 y, más precisamente, en la Ley N°. 30466.

La constitución del Perú incluye implícitamente, en su art.4, el interés superior del niño. Al respecto, la Corte Constitucional del Perú ha señalado que este es un principio que defiende y garantiza todos los derechos fundamentales del niño, por lo que debe ser respetado por el Estado, la sociedad y la familia.

Con respecto al Código del Niño y la Adolescente, en el artículo IX de su título preliminar, el interés superior del niño también se concibe como un principio que debe observarse en la toma de decisiones sobre la niñez y la adolescencia. Por tanto, parece que este principio ha sido enfatizado por los legisladores en las situaciones jurídicas específicas que enfrentan los menores entre sí, la tenencia, el régimen de visitas, el ejercicio de la patria, la tutela, el consejo de familia y en materia de delitos punitivos.

Por otro lado, es interesante estimar que la legislación peruana sobre el principio del interés superior del niño encuentra su respaldo en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que se configura como un principio público que no puede estar sujeto a cualquier disposición; como resultado, se vuelve imprescriptible, indisponible y universalmente aplicable. Ley N° 3046672 buscó estandarizar y definir límites para aplicaciones arbitrarias, basadas en consideraciones subjetivas y discrecionales, en el mejor interés del niño. (Chávez, 2017, p. 118).

Por lo tanto, en el artículo 1 se señaló que su propósito es instaurar parámetros procesales y garantías para la consideración del interés superior de los niños en cualquier proceso o

procedimiento en el que los derechos fundamentales del niño estén directa o indirectamente involucrados. Asimismo, estableció, en su artículo 2, una definición legal de este interés, reflejando la triple dimensión prevista por la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño; por tanto, se consideró una regla, un principio y una norma de procedimiento o procedimental.

Finalmente, como garantía procesal, señalo: el derecho de los menores a expresar sus opiniones; intromisión de profesionales competentes para definir qué es lo que avala el mejor interés del niño; la celeridad de los procesos, ya que el tiempo incide en la evolución integral de los niños; contribución de especialistas calificados en conflictos sobre derechos fundamentales de la niñez y la juventud; representación legal del menor con la respectiva autorización parental, en su caso; suficiente motivación para tomar decisiones de cualquier tipo teniendo en cuenta el interés; el establecimiento de mecanismos para examinar o revisar las medidas relativas a los niños y proyecciones futuras para evaluar el impacto de la decisión. En consecuencia, hace una transcripción prácticamente literal de los párrafos 89, 92, 93, 94, 96, 97 y 98 de la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño.

### **1.3.5. VARIABLE II: La Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos.**

#### **1.3.5.1. Concepto de la Objeción de Conciencia**

Se entiende por objeción de conciencia a la oposición claramente manifestada por un individuo a obedecer una norma legal o una orden de la autoridad, basándola en su fuero interno, de una contradicción entre el deber moral y el deber jurídico. La objeción de conciencia puede basarse en particulares convicciones, religiosas, morales, filosóficas, humanitarias o políticas y venir referidas a la violencia, la guerra, el servicio militar, el pago a determinados impuestos, la práctica abortiva, la asistencia médica o incluso a determinadas leyes.

Para la persona objetora, cualquier controversia que exista entre la norma jurídica y su moral le trae consigo consecuencias negativas, por el simple hecho de que cumplen con su obligación moral y dejan de lado su obligación jurídica, lo que conlleva a definir a la objeción de conciencia como una medida opuesta u contraria a una deber establecido por la ley, en la cual la persona objetora reconoce solo a una situación basada según su conciencia o moral y estas mismas les prohíbe actuar jurídicamente. (sales,2016).

De todo lo anteriormente descrito se podría deducir que la objeción de conciencia está basada en

el juicio del objetor, sobre lo bueno y lo malo según su conciencia, y sus convicciones éticas o religiosas, en este caso, la conducta que la ley requiere implica un mal personal para el objetor, por lo que en consecuencia se produce el incumplimiento de la norma, en tanto la persona considere necesario seguir su conciencia antes que cumplir la norma, incluso cuando haya consecuencias negativas.

Herrera (2008) afirma que:

“Dentro del ejercicio de la objeción de conciencia, se puede encontrar dos elementos contiguos. El primero: es la existencia de una norma u deber legal que resulta ser perjudicial para la persona objetora por ir contra sus preceptos morales, éticos y religiosos. El segundo es la conciencia en sí misma y sus preceptos inmersos en ella; los cuales son los responsables del incumplimiento de la obligación legal la cual se considera contraria a su propia convicción”.

#### **1.3.5.2. Naturaleza de la Objeción de Conciencia.**

Para plantear la objeción de conciencia, es necesario que exista un conflicto de pretensiones legales. el Art. 8.1 de la ley N° 29635 “Ley de Libertar y Creencia Religiosa” estipula que:

“La objeción de conciencia a que se refiere el artículo N°4 de la ley se fundamenta en la doctrina religiosa que se profesa, debidamente reconocida por la autoridad de la entidad religiosa a la que se pertenece, siempre que no atente contra los derechos fundamentales, la moral y las buenas costumbres.”

En el año (2002) el tribunal constitucional, indicaba que:

“Todo ser humano tiene derecho a formar su propia conciencia, en tanto, no es absurdo que uno de los nuevos contenidos del derecho de libertad y creencia religiosa sea la objeción de conciencia, puesto sería contradictorio que las personas tengan opiniones propias, y no puedan llevarlas a cabo de acuerdo con sus convicciones y objetivos de su conciencia, esto implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de vocación de trascendencia, y pasaría a la perversa paradoja de permitir el desarrollo de convicciones para luego reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis de las personas, y , por lo tanto, en la dignidad de las personas, el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.”(Exp. 0895-2001-AA / TC, 19 de agosto de 2002,

FJ5-6).

Sin embargo, el Perú regula la objeción de conciencia solo en base a las creencias religiosas, mas no a las diversas convicciones no religiosas que pueden guiar la conducta de la persona. Llegados a este punto, también hay que explicar que cuando la objeción de conciencia se basa en una elección legal, nos enfrentamos a una elección de conciencia cuando controlamos la elección de una violación y de normas e inclinarnos a otro comportamiento, por que esperanza. Las opciones se recogen ante las ideas tradicionales, votos religiosos. En este sentido, dado que la legislación peruana ha desarrollado las clausulas anteriores de manera abstracta, y no ha establecido medios alternativos para cumplir con las obligaciones, y no ha determinado obligaciones, y o ha determinado obligaciones específicas, se puede decir que estamos ante la objeción de *Secundum Legem*.

No obstante, en el Perú la objeción de conciencia también se podría efectuar a la luz de la constitución, por tanto, cabe destacar que los legisladores deben controlar la difusión de esta figura legal, pues su aumento y su multiplicidad conllevan al uso intencionado de esta figura en todas aquellas situaciones que se consideren subjetivamente, e incluso evitar el cumplimiento obligaciones no obligatorias. Existe una conexión con la religión, que se puede ver a partir de ciertos supuestos, que están diseñados para evitar el pago de impuestos por objeción de conciencia al servicio militar o en ciertos entornos laborales.

La Dra. Roca señala que: “Pese a que la objeción de conciencia se trata de un derecho, no lo vemos como un derecho sino más bien la vinculamos a doctrinas sostenidas por una manifestación religiosa” (p.105-127). Por lo que nos conlleva a suponer que para una efectuar una objeción, esta debe estar respaldada por una convicción religiosa, siendo algo positivo, dado que de este modo no se podría invocar “cualquier cosa”, sino que la pretensión debe estar respaldada por un criterio objetivo, es decir que la persona objetora solo puede oponerse en virtud a lo que determina una confesión religiosa mas no a sus presunciones personales que desnaturalicen la doctrina religiosa.

En relación con lo anterior, la corte se pronuncia declaro que la objeción de conciencia sería un derecho emanado del derecho a la libertad de religión y que solo por ser un fundamento de la dignidad humana y la derivación de un derecho preexistente se debe de reconocer. En ese sentido se comprende que la objeción de conciencia se considere como un mecanismo que hace posible oponer la libertad de religión en situaciones en que se pueda ver amenazada por una injusticia. Al Respecto es comprensible que la objeción de conciencia no es un derecho si no un mecanismo que

puede asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa frente a tercero en circunstancias en que este derecho sea afectado por un supuesto conflicto.

Arrieta J. (1998) define a la objeción de conciencia como: “un reclamo personal de un imperativo ético personalmente advertido en un conflicto jurídico con contenido en la ley o un contrato protegido por ella. Esta definición de objeción de conciencia incluye la mayoría de los tipos y nos permite comprender la estructura típica de esta figura legal”:

- En primer lugar, la objeción de conciencia se considera un llamamiento. En este sentido, se excluye el comportamiento privado por el cual el individuo desobedece la ley. De hecho, la objeción requiere que la negativa a cumplir esa obligación se externalice públicamente y que la supuesta situación de conflicto sea legalmente relevante. Sin embargo, esta no es una pretensión de cualquier cosa, si no de prevalencia jurídica de un imperativo ético religioso, es decir que siempre hay un motivo ético debido a que la conciencia de la persona se siente capaz de juzgar, es decir, valorar la misma norma legal y, en cualquier caso, se va sentir facultado para rechazarlo. (D' agostino,1989).
- En segundo lugar, encontramos que la objeción de conciencia es de carácter individual, porque no todas las personas que participan en las mismas convicciones la llegan a plantear, ya sea porque el conflicto no perjudica en la misma manera, o porque estas personas no quieren ir en contra de la ley.

Sin embargo, para que el Perú reconozca la objeción de conciencia se requiere, que el grupo religioso a la pertenece el sujeto objetor reconozca la doctrina que forma la base del objetor, pero esto no quiere decir que sea naturaleza colectiva, ya que siempre la petición que causa el conflicto entre la norma y el imperativo religioso es individual.

- En tercer lugar, quedando en claro que la objeción de conciencia es de carácter estrictamente personal y el acto de conciencia de cada persona, se impone a la persona misma no a un tercero, la objeción de conciencia es personal porque el acto religioso es personal, por lo tanto, para ser titular del derecho a la libertad de creencia religiosa se requiere madurez psicológica e intelectual, si no esta no se podrá ejercer.
- Por ello, no es compatible que el propósito de la objeción conciencia sea invocado por terceros; sin embargo, cuando se trata de un menor de edad su formación religiosa y las

decisiones que se relacionan con este derecho, son tomadas por aquellos que tienen la facultad de hacerlo, en otras palabras, cuando los padres ejerzan patria potestad. Esta situación culmina cuando el menor alcanza la madurez necesaria para ser titular de su derecho a la libertad de creencia religiosa y por consiguiente del derecho a la objeción de conciencia. En el caso de los inconscientes o menores, la participación de terceros suele aplicar la negativa a recibir determinados servicios médicos. Por lo general, cuando el paciente puede tener resultados irreversibles, esta naturaleza insustituible del individuo conduce a objeciones y contradicciones.

- En cuarto lugar, la objeción de conciencia es una obligación contenida en la norma legal, o un contrato de ley, etc. Esta no es una autorización legal específicamente para la objeción de conciencia. Debido a requisitos morales religiosos, o no religiosos, pueden entrar en conflicto con comportamientos obligatorios, como el cumplimiento de la ley, las disposiciones del empleador, la atención médica, etc.

### **1.3.5.3. La Objeción de Conciencia en la Legislación Peruana.**

La objeción de conciencia como derecho no se encuentra prevista en forma expresa en la Constitución Política del Perú de 1993. Sin embargo, partiendo de la premisa que aquella es una expresión a la libertad de conciencia, su protección constitucional se halla comprendida a través de la regulación de la libertad de conciencia. La libertad de conciencia se encuentra expresamente prevista en el artículo 2° inciso 3 de la Constitución Política de 1993, cuyo texto señala:

*“Toda persona tiene derecho: a la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”.*

Rubio (1999) al respecto señala: La libertad de conciencia y de religión se refieren en primer lugar en el dominio interno de la persona dentro del cual ella puede tener la profesión de ideas y convicciones que prefiera. En esto no hay límite alguno. Si estas ideas internas fuerzan a la persona a actuar exteriormente entonces deberá sujetarse a las reglas que permiten su interacción con los demás y esto incluye desde la expresión de las ideas hasta el pasar a vías de hecho para ser consecuente con ellas”. (p. 192)

Rubio y Bernaldes (2011) al respecto señalan: “qué para nosotros, la ideología y su libertad son un género que se encuentra dentro de la libertad de conciencia y no una concepción distinta. Quizás su descripción sea el proceso en sí mismo, mientras la libertad de conciencia es valorarse en el entorno de uno mismo mediante el entendimiento o ideología, sujetando y estableciendo un flujo de ideas con las que se forma la conciencia, la auto apreciación del entorno. Quizás nuestra Constitución debió enumerar la libertad de pensamiento en el Artículo 2, párrafo 3, pero también el no haberlo hecho no imposibilita considerar claramente la libertad de pensamiento en el contexto de la libertad de conciencia”. (p.19).

#### **1.3.5.3.1. Jurisprudencia**

En la jurisprudencia nacional se hará mención a una sentencia referida a la objeción de conciencia consiste en el fallo de sentencia del tribunal N° 02430-2012-PA/TC (2012).

El 12 de septiembre de 2011, la demandante interpuso recurso de apelación contra la Universidad Nacional de San Agustín, solicitando la designación de un día distinto al sábado para los exámenes de admisión en los programas de CEPRUNSA (Centro Pre-Universitario) o del Examen de admisión de la Universidad emplazada. Asimismo, requiere la devolución de la suma de S / . 520,00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) con los intereses de la ley o su retribución con otros estudios. Afirma que su derecho a la libertad religiosa está amenazado y su derecho a la educación se ve afectado.

Con fecha 29 de noviembre del 2011, el sexto juzgado especializado en civil de Arequipa, declara infundada la demanda, al considerar que, si la demandante se ha sometido con anticipación a la programación del examen, establecida por la universidad, no puede después de un mes vencido el plazo del primer mes y antes del examen pretender que se cambien la fecha del examen, pues ello perjudicaría al resto de estudiantes, que ya han programado su examen de admisión para esa fecha, así como también perjudicaría a la misma universidad, además indica que su pretensión principal carece de fundamentos, puesto que el examen programado ya ha sido realizado. Finalmente señala que la pretensión accesoria sobre la devolución del dinero es plenamente patrimonial. La sala revisora señala revoco la apelada y declaro improcedente la demanda, pues a su criterio no se ha vulnerado el derecho a la libertad religiosa, ya que el recurrente no acreditado si la universidad había variado las fechas de examen después de que la demandante se haya inscrito; por lo que tomo en consideración el Artículo, Inciso 1 del código procesal civil.

La Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa en su Art 4 define la objeción de conciencia como:

*“La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas.*

*“Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece”.*

El tribunal constitucional anteriormente se ha pronunciado respecto a la objeción de conciencia en la STC 0875 – 2001-AA/TC señalando que:

*El derecho constitucional a la objeción de conciencia (...) permite a las personas objetar el cumplimiento de determinados deberes jurídicos, por considerar que estos vulneran sus convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa” (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 4). En base a ello se puede decir que la objeción de conciencia es la negativa a cumplir deberes jurídicos que el objetor considere lesivos a su conciencia y su religión que profesa”.*

*Asimismo, ha precisado que la objeción de conciencia es de carácter estrictamente excepcional, dado que, en un estado social y democrático de derecho, que se constituye sobre un consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos” (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7).*

Dicho esto, hay que tener en cuenta que la objeción de conciencia no puede basarse en meras opiniones o ideas del objetor, sino que, en el caso de proteger la libertad de conciencia y religión, la objeción debe basarse en creencias religiosas. que, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han alcanzado al individuo " cierto nivel de obligación, seriedad, coherencia e importancia" (Sentencia Campbell and Cosans v. The United Kingdom, del 25 de febrero de 1982, n° 36).

En efecto, resolver los conflictos de objeción de conciencia implica, como ya se mencionó, la necesidad de "un razonable equilibrio de intereses en juego" (STC 0895-2001-AA / TC,

fundamento 4) con determinación cuando se impone la objeción de conciencia y cuando se impone el deber legal objetado, de manera que el ejercicio de la objeción de conciencia no se limita a las modalidades específicas previstas por la ley, sino que en última instancia es el juez quien, en cada caso concreto, considera los derechos constitucionales en conflicto, teniendo en cuenta los límites de la conciencia, que obviamente corresponden a la libertad religiosa: moral y orden público, que a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y de la Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 12), deben entenderse como las limitaciones previstas por ley que sean necesarios para proteger la seguridad pública, el orden, la salud o la moral o los derechos básicos y libertad de terceros (C F. Disposiciones provisionales finales y cuarta de la Constitución; artículo V del título preliminar del código procesal constitucional; STC 6111-2009-PA / TC, fundamento 18).

Revisada la doctrina precedente sobre la objeción de conciencia, esta Corte concluye que los conflictos ocasionados por el examen programado en el día que, según la religión de una persona, sean descanso semanal sin trabajo o asimilares a él, no serían estrictamente casos de objeción de conciencia, por falta del requisito de un deber legal de objetar (, STC 0895-2001-AA / TC, Fundamento 7), ya que la persona no estaría legalmente obligada a realizar el examen en cuestión.

Pero aun cuando no existan casos de objeción de conciencia, esto no significa que no puedan surgir situaciones que requieran la protección del derecho a la libertad religiosa. Por tanto, es necesario distinguir dos hipótesis. El primero se refiere a los exámenes correspondientes a una disciplina que dio lugar a su aprobación. En este caso, el alumno tiene derecho a solicitar la modificación de la fecha del examen y de la institución educativa esforzarse por acomodar o adecuar de manera razonable para que permita la armonización (art. 3, punto "f", Ley de libertad religiosa) o para conciliar la fecha del examen con el respeto a la libertad religiosa del estudiante, es necesario proporcionar una fecha alternativa para realizar el examen.

Un segundo caso se refiere a las pruebas de acceso en las escuelas públicas (por ejemplo, universidades), ya que en el presente caso requería un día de descanso religioso para un postulante. En estos casos, el cumplimiento del principio de igualdad de derechos requiere que el examen se realice simultáneamente para todos los postulantes, ya que, de esta forma, se garantiza que exista una comparación igualitaria de las habilidades y méritos de todos ellos, siendo iguales en todas las condiciones y oportunidades, una puntuación que les permita alcanzar la vacante y el orden de asignación. En estas circunstancias, un examen realizado a un postulante en una fecha diferente a los demás implicaría el riesgo de vulneración injustificada de esta igualdad en la valoración de las

habilidades y méritos de todos los postulantes, independientemente de que el contenido del examen sea el mismo o diferente en ambas fechas. Por estos motivos, no se requiere que la escuela, en este caso, indique una fecha alternativa para el examen del concursante que, por razones de conciencia, requiere que el examen se realice en una fecha diferente a la convocada. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento de Libertad Religiosa antes mencionado, las instituciones educativas estatales deben intentar convocar pruebas de admisión en fechas que no entren en colisión con el día de descanso religioso de los concursantes.

### **1.3.6. La Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos.**

Para, Palomino (1994) “la negativa a de acatar ordenes se puede encontrar en varias situaciones. Entre sus principales manifestaciones se encuentra la objeción de al servicio militar obligatorio; la objeción de conciencia al tratamiento médico, que se presenta ante las prácticas sanitarias impuestas para preservar la salud o la vida; la objeción de conciencia al aborto, que consiste en la negativa generalizada del personal de salud a participar directa o indirectamente en las prácticas de aborto; la objeción de conciencia fiscal, que es la negativa a pagar aquella parte de los impuestos cuyo destino final establecido por la autoridad; la objeción de conciencia al trabajo, que se da en situaciones en las que el trabajador se niega, por motivos de conciencia, a cumplir una obligación derivada de su relación laboral ”.

Ciertamente, la objeción al tratamiento médico es uno de los temas más controvertidos que requirió una constante reflexión doctrinal y jurisprudencial, ya que generalmente compromete derechos fundamentales como la vida y la salud. Además, hay dos denominaciones religiosas principales que dieron lugar a estos conflictos: los Testigos de Jehová, quienes consideraban prohibida la toma de sangre por la prohibición divina, mediante una interpretación de algunos pasajes de la Biblia "Si eres israelita o extranjero residente entre vosotros coma cualquier tipo de sangre, me volveré contra él y lo eliminaré de su pueblo" (Levítico XVII, 10), también, Hechos XV, 28-29; y la Ciencia Cristiana, muchos seguidores creen que cualquier condición médica se puede curar únicamente con la oración y rechazando el uso de tratamiento médico en general (Navarro y Martínez, p.120).

Por el mismo motivo, la legislación española prevé la objeción de conciencia al tratamiento médico, en los términos del art. 10.6 de la ley no. 14/1986, de 25 de abril, Ley general de salud; que generalmente requiere el consentimiento informado del paciente antes de la práctica médica. Este consentimiento puede ser denegado por objeción de conciencia, lo que significaría que no se

puede realizar ninguna intervención médica. En tales casos, sería necesario acudir al juez para intentar superar la objeción del paciente. Sin embargo, la Ley General de Salud también especifica que las situaciones de emergencia eximen de la obligación de obtener el consentimiento informado (artículo 10 ° .6.c), por lo que, en tales circunstancias, sin la objeción de conciencia del paciente, el tratamiento podría llevarse a cabo sin autorización judicial previa. Asimismo, en la legislación peruana la Ley General de Salud No. 26842, en su artículo 4 establece:

*“Artículo 4°.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso”.*

Antes de proceder a responder a la objeción planteada por un menor, mencionaremos lo que sucede cuando el objetor es un adulto, porque en este caso necesitamos aprender sobre ideas generales de este tipo de objeción de conciencia.

Un criterio de la jurisprudencia, que se puede encontrar principalmente en Estados Unidos, país donde se encontró mayor protección ante la negativa de atención médica por motivos de conciencia, es distinguir entre el objetor con hijos y el objetor sin hijos o dependientes de él.

Durany Pich (1998). En el caso de los adultos sin hijos, se dice que se debe respetar su decisión de no permitir el tratamiento médico, incluso si esta elección resulta en la muerte (p. 23). Sin embargo, esta regla tiene una excepción importante en los casos en que es posible despertar el interés público que justifica la imposición del tratamiento por orden judicial. Como lo expresó Reguero García (1993): “cuando las creencias religiosas del paciente impiden un tratamiento donde la salud pública se vea afectado se debe llevar a cabo una intervención médica”.

Pero lo mismo puede decirse cuando nos enfrentamos a un objetor adulto con niños o personas que dependen de ellos. La jurisprudencia estadounidense sostiene que existe una excepción a la regla del respeto a la decisión del objetor adulto, que es la existencia de una familia que depende de él para su supervivencia, economía, educación y afecto. (Navarro y Martínez, p.124)

Romeo (1998) “afirma que la situación varía cuando el paciente adulto no puede tomar una decisión. También es la jurisprudencia estadounidense la que se ha enfrentado a la supuesta

objeción de conciencia del adulto discapacitado -non compos sui-, que no puede tomar una decisión con valor legal. Fuera de las situaciones que ponen en peligro la vida, donde la imposición de tratamiento médico está generalmente permitida, los tribunales de EE. UU. Han desarrollado una doctrina llamada "sentencia sustitutiva", que, en resumen, no pretende reemplazar la decisión de una persona incapacitada con su propia concepción de la vida, según que hay valores que la trascienden y no es imaginable suponer que la hubiera cambiado de ser consciente nuevamente; Por tanto, en caso de pérdida del conocimiento, en caso de oposición a la transfusión de sangre, se deben aplicar todas las medidas disponibles, excepto la transfusión” (p. 355).

Hervada (1984) "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapia" Algunos pacientes suelen plantear objeciones de conciencia al tratamiento médico como un caso de conflicto entre la vida y la libertad religiosa, similar a una hipótesis de suicidio. Sin embargo, un área de la doctrina sostiene que tal conflicto no existiría realmente, ya que la objeción de conciencia de un adulto no constituye un intento de suicidio, un atentado contra la vida o la salud que debe evitarse. Así, Hervada enfatiza que la característica del tipo que llamamos suicidio es la intención sese occidendi, la intención de perder la vida. Donde no hay intento de muerte, no hay suicidio. Por lo tanto, no es suficiente que el sujeto pueda realmente deshacerse de la muerte; No nos enfrentamos a simples posibilidades técnicas o, si lo prefiere, factuales. Si, de hecho, es posible librarse de la muerte, pero a expensas de un deber moral, no hay suicidio, si el sujeto, en el cumplimiento de este deber, no evita el peligro inminente de muerte y, en consecuencia, pierde la vida. Así, el prisionero de guerra que se pone en la alternativa de ser fusilado o de cometer un acto de traición no se suicida de ninguna manera negándose a traicionar a su país, conociendo el destino que le aguarda. En este caso, no hay intención de suicidio, sino una mera aceptación de la muerte, que el sujeto considera "imposible": escape moral, aunque no fáctico. En el comportamiento moral, la imposibilidad física es tan imposible como la imposibilidad moral. Por tanto, cuando alguien desea recuperar la salud o escapar del peligro de muerte por todos los medios habituales y moralmente legales, no existe una intentio sese occidendi, todo lo contrario. El rechazo al tratamiento médico considerado inmoral no incluye ninguna intención occidental, sino simplemente la aceptación de los límites de la capacidad humana para recuperar la salud, ya que los medios inmorales son medios de uso imposibles por imposibilidad moral. (p.16-18).

En similar sentido la objeción de conciencia de un adulto capaz de recibir tratamiento médico contrario a su conciencia es una situación diferente de la hipótesis del comportamiento suicida. En el horizonte intencional del suicidio, existe el contrapunto de suicidarse. Tal comportamiento no

tiene un valor que merezca la estima y la tutela de la sociedad, a pesar de que el suicidio en sí mismo no es punible por ley. Pero a diferencia del tratamiento médico por razones religiosas, existen valores que merecen respeto por parte de la sociedad, aunque no los adoptan principalmente. Su negativa a recibir tratamiento médico no significa que busque morir de manera consciente. Solo considera que no vale la pena preservar la vida a expensas de perder a su juicio la salvación eterna, o considerar los medios sobrenaturales como los medios más apropiados, y los únicos lícitos- para sanar. Por lo tanto, no se enfoca en desarrollar estas hipótesis desde el punto de vista de resolver un intento de suicidio (Navarro y Martínez, p.140).

La opinión opuesta es, para quien el rechazo del tratamiento médico por razones de conciencia está cerca del suicidio. Refiriéndose a los testigos de Jehová, afirma que "quieren vivir, pero sin transgredir su religión, lo cual es muy respetable, ya sea que estas creencias minoritarias se compartan o no. Sin embargo, cuando no hay otra alternativa terapéutica (una hipótesis que debe ser aceptada como punto de partida para hipótesis, aunque probablemente aislado en la práctica), la transfusión de sangre parece ser el único medio posible, desde un punto de vista objetivo, para eliminar el peligro inminente para la vida del paciente que pertenece a esta denominación religiosa , si se mantiene fiel y persiste en rechazar la transfusión, debe admitirse que con esa actitud tiene la oportunidad de morir, al menos existe el deseo de morir indirectamente, si el paciente es consciente de que no hay otra manera de salvar su vida. Este contar con la producción del evento probable o seguro de la muerte se aproxima desde el punto de vista legal a una actitud suicida, en la medida en que es una consecuencia necesaria asumida por el rechazo de la transfusión vital, que, por lo demás parece estar en otro lugar igual de respetable. desde un punto de vista ético, si responde a evaluaciones personales libremente enraizadas en la conciencia del individuo (Romero, p.348).

El Tribunal Constitucional español ha adoptado un criterio contrario a la tesis descrita anteriormente, según en el caso de los adultos capaces la regla general es el respeto a su voluntad objetora, porque consideraron legítima la imposición de una transfusión a la objeción del adulto. el caso de una mujer testigo de Jehová que a la que luego de una intervención quirúrgica, se requirió una transfusión de sangre. ante el rechazo de ella y su esposo al tratamiento anterior, se requirió una orden judicial, que se había otorgado y se había impuesto la transfusión al paciente. Posteriormente, se presentó una queja promover los daños requeridos para reclamar la responsabilidad del juez, por estimar que había cometido un crimen contra la libertad de religión tipificado en el Artículo 205 del código penal vigente en el momento. La corte Suprema ha absuelto

al juez de toda responsabilidad. El caso ha llegado a la corte constitucional, Orden del 20 de junio de 1984 el cual dice:

*“Existe una autorización legítima derivada de los artículos. 3 y 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (...) para la acción judicial, ya que el derecho a la libertad religiosa garantizado por el artículo 16.1 de la Constitución se limita a la salud de las personas, según el art. 3, y el Magistrado-Juez actuó a su favor, otorgando la autorización para transfusiones de sangre” (...).*

La doctrina del Tribunal Constitucional parece colocar la objeción de conciencia de un adulto capaz en un caso de conflicto entre la libertad religiosa a la vida o la protección de la salud. No obstante, se puede encontrar un cambio en los criterios, aunque parece que finalmente veremos más tesis como Hervada, Navarro. R y Martínez. J. Esto se puede ver en dos decisiones de la Corte Constitucional de 1990 sobre casos de huelga de hambre de miembros del grupo terrorista GRAPO arrestado. En estas circunstancias, sugirió que la imposición obligatoria de asistencia médica puede ser considerada una violación de los derechos constitucionales del paciente cuando el riesgo derivado se asume de manera voluntaria, asumiendo que el paciente es el único afectado por su decisión. Este criterio podría aplicarse a las objeciones al tratamiento médico por motivos de conciencia y allanaría el camino para el reconocimiento de esta excepción en el campo de la jurisprudencia. El tribunal constitucional dijo:

*“Una cosa es la decisión de aquellos que corren el riesgo de morir por un acto de voluntad que solo a ellos les afecta, en cuyo caso se podría considerar ilegal la atención médica obligatoria o de cualquier otro obstáculo al cumplimiento de este deseo, distinto es la decisión de aquellos que estando en prisión, pongan en peligro sus vidas con el fin de obstaculizar la administración o el ejercicio de los poderes conferidos por el sistema legal”.*

En un juicio posterior y aclarando la aplicación de este criterio sobre la base de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos por razones religiosas, el Tribunal Constitucional encontró:

*La libertad religiosa, docta como un derecho subjetivo de carácter fundamental, se especifica en el reconocimiento de un espacio de libertad y de una esfera de agere licere del individuo, es decir, reconociendo el derecho de los ciudadanos a actuar en esta área con total inmunidad de coacción del estado o de la sociedad (...) una*

*atención médica obligatoria constituiría una violación del derecho fundamental, a menos que tenga una justificación constitucional.*

La Corte Superior de Justicia de Madrid, en su auto del 23 de diciembre de 1992, parece agregar la doctrina del tribunal Constitucional que se encuentra en las sentencias del caso GRAPO. También está presente la idea de la intención suicida en el adulto objetor. El auto que resuelve una apelación contra una orden judicial que autoriza la administración de hemoterapia a un paciente con cáncer incurable que pertenece a los testigos de Jehová, con el siguiente argumento:

*La sala tampoco comparte la tesis, rechazada por el ministerio fiscal, según el cual el juez necesariamente debe autorizar la transfusión para evitar el delito de omisión del deber de socorro, penada y prevista en virtud del artículo 489 del Código penal. Si el paciente es mayor de edad y decide libremente, si no se trata de un menor ni un discapacitado, el juez no tiene obligación inevitable de otorgar permiso para realizar transfusiones, lo que implica un riesgo claro y reconoce métodos y procedimientos alternativos. Desde luego no concurre en un estado de necesidad, ni se trata ni ayuda al suicidio, porque los testigos de Jehová no quieren la muerte, sino que vivir, aunque no a toda costa y a cualquier precio, ni la transgresión de sus creencias. Por lo que su actitud no pueda describirse como suicida, ni desde un punto psicológico ni desde un punto legal.*

Pero estas consideraciones solo se usaron como un instrumento puramente discursivo, ya que es útil para prevenir o condenar la transfusión de sangre a un objetor de conciencia.

El criterio para respetar la decisión del testigo de Jehová objetor de la transfusión de sangre aún no se ha impuesto en España. Lo más probable ante estas situaciones de peligro vital originado por la negativa a la transfusión de sangre, ya que aparentemente no se permite alternativas terapéuticas efectivas, los médicos acuden al juez para indicar su comportamiento de acuerdo con la ley. Y que aquel ordene las transfusiones necesarias desde el punto de vista médico, incluso con el apoyo de la fuerza pública, si fuera preciso. En algunos casos (probablemente mucho menos que aquellos que han dado lugar una transfusión vital coercitiva), el paciente o sus familiares presentaron una queja contra el juez que autorizó u ordenó la transfusión, un tratamiento que fue rechazado constantemente por el tribunal” (Romero, p. 351).

### **1.3.6.1. El Rechazo al Tratamiento Médico en Personas Adultas.**

Para que las personas adultas capaces puedan rechazar un tratamiento médico, se tiene que partir de la regla general del consentimiento informado, ya que el paciente ha de consentir de manera libre y voluntaria, cualquier intervención médica que se quiera llevar a cabo con su cuerpo, así lo estipula el art. 15.4 de la Ley 29414 “Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud”. Así el médico que ha cumplido con su obligación de informar las consecuencias de las alternativas existentes del tratamiento médico a su paciente, debe de respetar la voluntad de este de no querer someterse al tratamiento.

No obstante que, en algunas situaciones, el paciente puede rechazar el tratamiento que ofrece el médico, al igual que sus alternativas, pero a cambio este ofrece su propia alternativa que estime apropiado y beneficioso para él, en este caso el médico debe estimar la solicitud, y lo podrá aceptar siempre y cuando no sea contradictorio a la Lex Artis, en cuyo caso el médico no tendrá la voluntad de aceptarlo (Larios Risco, P.224).

En este punto, en el ámbito que ha existido más rechazo son a las transfusiones de sangre, por parte de los testigos de Jehová. Ya que este grupo religioso rechaza este tratamiento, basándose en sus creencias religiosas, creando así conflictos en las intervenciones quirúrgicas en las que son necesarias dicho procedimiento, para que la vida del paciente no esté en riesgo, y aun a pesar de ser informados que no existe otra alternativa a la transfusión y el riesgo que corren.

Por lo que el problema se encuentra en establecer que se debe de hacer, si respetar la voluntad del paciente adulto capaz o proteger la vida y salud del paciente, conflicto de no fácil solución, de modo que también no se debe olvidar que está en riesgo el derecho fundamental a la libertad de religión, en la cual el tribunal constitucional ha estipulado que el ciudadano no solo puede formar creencias propias, si no también tiene la facultad de manifestarlas, actuando de acuerdo a las mismas, pero con un límite de que estas deben mantenerse de acuerdo al orden público protegido por ley.

Para la jurisprudencia es importante que se respete la decisión del paciente de no someterse a un tratamiento médico, siempre y cuando sea de manera libre y voluntaria, ejerciendo así su derecho a la libertad religiosa y su derecho a la autonomía de la voluntad. En caso que se llegará a imponer un tratamiento médico en contra de la voluntad exteriorizada del paciente, será considerado un atentado contra su derecho de libertad religiosa e ideológica, lo que conllevaría a una responsabilidad penal médica.

En todos los supuestos anteriores se llega a la conclusión, que es el paciente quien decide sobre su cuerpo amparándose en su ideología, por lo que nos encontramos ante la manifestación de la libertad de todo paciente de someterse o no a un tratamiento ya sea por motivo religioso o no (Valiente Lanuza, p. 346- 350). En la sentencia del 27 de julio del año 1997, el tribunal supremo, manifiesta una serie de límites para el rechazo a tratamientos médicos, partiendo de la base de que el adulto capaz tiene el derecho a rechazar el tratamiento médico por su ideología religiosa, por ser este un derecho único, por lo que señala que “La libertad de conciencia y de Religión, no se garantiza de manera absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto, esta puede estar limitada por otros derechos fundamentales que están protegidos constitucionalmente, en especial cuando estos derechos afectados sean terceros. El adulto capaz, puede manifestar su objeción a un tratamiento médico y debe de respetar su decisión, salvo que esta decisión ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública o bienes que exijan protección especial por parte del estado”, por lo que el derecho actuara salvaguardando los intereses afectados de los terceros, por ejemplo, los intereses de los hijos del paciente objetor. (Barrero. 2005, p. 221- 222).

#### **a. supuestos para rechazar tratamientos médicos en personas adultas:**

- El primero se da cuando un adulto maduro informado, tiene las facultades para decidir sobre su propio cuerpo y por ende su salud, el médico tiene que actuar de acuerdo a su limitación, suministrando medicamentos previamente recomendados y aceptados por sus pacientes, considerando que los pacientes adultos notificados han tomado las acciones
- En el segundo caso cuando el adulto pierde el conocimiento, se configuran por un estado de emergencia, en este estado, el médico no necesitaba obtener el consentimiento informado. Por lo mismo, en este caso, es común salvarle la vida, salvo que el paciente consiente expresamente, el médico debe de obedecer la negativa según sus creencias más profundas de su paciente, es decir el rechazo a cualquier intervención médica, pues ese testimonio tendría rasgo de testamento vital. Y de la misma manera esta negativa examina de toda responsabilidad al médico y al centro de salud si eso da lugar a la muerte del paciente.
- El tercero se presenta cuando un enfermo tiene carga familiar. En este caso, hay dos opciones: o acepta el tratamiento o se le puede aliviar en contra de su voluntad, por su acción de garante de una comunidad familiar de la cual él es miembro responsable y si la

cual sus familiares se verán gravemente afectados e imposibilitados en el desarrollo familiar. En ese sentido también se debe tener en cuenta el interés superior del niño y el juez debe de recovar la negativa a los tratamientos médicos debido a su responsabilidad de salvaguardar su sociedad familiar, y con ellos y garantice el desarrollo de sus hijos y su familia porque todos dependen de padre objetor.

- Cuarto si nos basáramos en teorías conflictivas no tendríamos que clasificar y / o ponderar en caso de que encontremos el derecho con la jerarquía más alta en todos los casos, sería el derecho a la vida. Aunque la ley argentina estipula que el más alto jerarquía es el derecho a la dignidad (RIVERA, p. 284-285), creemos que el fundamento de los derechos humanos es la persona mientras exista y la dignidad se basa completamente en los seres humanos. Seres humanos que tienen vida, por tanto, para quienes profesan otras religiones no hay vida digna como piensan si no hay muerte como tal.

#### 1.3.6.2. **Negativas de Tratamientos Médicos por parte de menores**

En el caso de los menores, esto no puede constituir en sí mismo una limitación de derechos. El niño tiene derechos que no deben ser vulnerados por la mera circunstancia de su minoría de edad y este es un problema que el médico y demás profesionales de la salud deben tener en cuenta. Así, desde un punto de vista práctico, hay dos problemas principales que pueden surgir en este conflicto, el primero que tenemos, la capacidad del menor y el segundo la responsabilidad parental que nos obliga a tomar en cuenta la decisión u opinión del padres o tutores.

En la Constitución Española de 1978, Capítulo III, Título I, el artículo 39 establece "El deber de los poderes públicos de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia y los menores". Así como en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en lo que respecta a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, como la Ley Orgánica 1/1996 para la protección legal de menores, agregar nuevas directrices, para dar un nuevo estatus legal y social para el menor, así como reconocer la titularidad de los derechos, brindándole la oportunidad de hacerlos efectivos.

Por otra parte, en los artículos 154 y 162 del código civil español señala que “los hijos que no están emancipados se encuentran aún bajo la potestad de sus padres o tutores, y que estos ejercerán la patria potestad siempre en beneficio de sus menores hijos no emancipados”

La Ley 41/2002 “Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica” En sus los artículos 5.2 y 9.3, se reconoce claramente la autonomía de los menores, a partir de los 12 años, el representante del menor dará el consentimiento después de escuchar su opinión de este. Pero tal capacidad de representación queda subordinado a las decisiones que se consideran en interés para el menor, además, se establece una nueva mayoría edad sanitaria, para recibir información y, en consecuencia, dar consentimiento, a los 16 años, para que a partir de esta edad los padres no puedan tomar decisiones sobre la salud de sus hijos salvo que sean menores con discapacidad o personas con discapacidad, en cuyo caso debe intervenir la autoridad judicial.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, es considerada el primer instrumento internacional para el reconocimiento de los derechos del niño; los niños como agentes sociales y titulares activos de sus derechos. Así queda establecido:

- *artículo 12. 1. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.*
- *artículo 12.2. “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

En referencia a los aspectos éticos y deontológicos, en el Código de Deontología podemos leer en el artículo 14 que:

- *Art. 14.1 “El mayor de 16 años se considera capacitado para tomar decisiones sobre actuaciones asistenciales ordinarias”*
- *Art. 14.2 “La opinión del menor de 16 años será más o menos determinante según su edad y grado de madurez; esta valoración supone para el médico una responsabilidad ética”.*
- *Art. 14.3 “En los casos de actuaciones con grave riesgo para la salud del menor de 16 años, el médico tiene obligación de informar siempre a los padres y obtener su consentimiento. Entre 16 y 18 años los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta; cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del*

*médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial”*

Como se puede apreciar en todas las referencias antes mencionadas, el consentimiento se considera una cuestión fundamental en la relación médico-paciente. Hemos visto varias veces que, en el mundo del derecho, el consentimiento debe definirse como "un acuerdo de dos o más voluntades sobre el mismo objeto legal" y, por lo tanto, requiere dos fases, por un lado, el enfoque del médico con respeto a un caso particular actuar y luego la aceptación de este planteamiento por parte paciente.

En el “Convenio de Oviedo”, en su artículo 6 sobre “Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento” en su punto 2 establece que “cuando, según la ley, un menor 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 su grado de madurez”.

Una vez revisadas las normas legales y éticas sobre la capacidad y el consentimiento de los menores, se establece que el derecho a rechazar el tratamiento a los menores está ampliamente justificado, todo ello en base a lo que podríamos llamar autonomía progresiva. Las teorías evolutivas de Piaget y Kohlberg creen que la madurez y la conciencia moral se adquieren durante el proceso de maduración y no aparecen en un momento específico determinado por la ley. Esto dio lugar a la teoría del "menor maduro". Que reconoce la existencia de ciertos derechos de la niñez y la posibilidad de que los menores de edad puedan tomar decisiones y evaluar las consecuencias, y tomar decisiones sobre salud, directamente relacionadas con el nivel de madurez observado.

Al igual que se exteriorizo en los “adultos-mayores” los criterios de madurez de los menores deben estar en relación con la capacidad para:

- comprender adecuadamente (es decir que entienda la información dada o la situación en que se encuentra). Ya que antes de los 12 años el niño pequeño no capta ni entiende la gravedad de su enfermedad.
- Dar juicios razonables para respaldar su decisión de rechazar el tratamiento. Es a partir de los 12 años que se desarrolla el pensamiento abstracto, la posibilidad de hacer hipótesis, prever consecuencias futuras.

En casos en que los médicos determinen la falta de madurez y, por lo tanto, la incapacidad para disponer de la aprobación de un rechazo a un tratamiento médico, se utilizarán las denominadas “decisiones de reemplazo, representación o sustitución”.

De esa manera se designa a la persona que será la encargada de tomar la decisión y la que debe de autorizar la intervención médica (aceptación o rechazo del tratamiento) del menor, y apoyando su decisión en lo que considere es lo mejor para su representado. En este caso se considera que los más idóneas para la representación son los padres o los tutores legales que ejercen la patria potestad.

Se pueden establecer las siguientes excepciones a lo anterior:

- a. estos no son competentes,
- b. Hay diferencias irreconciliables entre ellos,
- c. han renunciado a esta responsabilidad y hay otro tutor.

En cuanto a la decisión del menor maduro, según a lo señalado en los informes legales y éticos, y posteriormente de que el médico oiga su opinión, este deberá informar a sus representantes legales de la actitud del niño (favorable o contrario a la decisión médica).

Usualmente, es aceptado tanto en ámbitos sanitarios como ámbitos judiciales que el médico sea el que debe de aceptar la decisión dada por el menor maduro, siempre y cuando la aceptación y el rechazo sean favorables a este, aunque desde el punto ético sería bueno implicar a los padres en la toma de la decisión.

En el caso de discrepancias entre los padres y menor maduro, el médico debe tener en cuenta dos cuestiones la primera es asegurarse de la capacidad válida del menor, después debe buscar la causa que genera el conflicto para ver si se puede solucionar, y de esta manera llegar a un acuerdo aceptable entre ambas partes.

De manera resumida y en referencia al tema en cuestión, la legislación indica que, los menores de edad su consentimiento lo otorgará de manera escrita mediante su representante legal (padres o tutores) tras haber recibido y comprendido la información médica. En el caso que el menor tenga de doce años a más y las condiciones de este lo permitan, el menor deberá prestar su consentimiento después que se le haya informado de acuerdo a su entendimiento. Y para finalizar el consentimiento tanto del representante legal y del menor, será puesto en conocimiento al

ministerio fiscal, y previamente a la realización del tratamiento médico.

Como podemos darnos cuenta, los padres o tutores son los que autorizan el consentimiento en la participación de tratamientos médicos, en el caso de tratarse de un menor de edad maduro, también se requiere su consentimiento. Si el menor de edad rechaza el tratamiento médico, no será válido el asentimiento de los padres, más un sí está en contra del interés del menor. En el caso del tratamiento médico la clínica deberá informar de manera comprensible, detallada y completa.

Con relación a lo anterior, el Código de Ética también esclarece todo lo referente a la protección de los derechos del niño, indicando que:

- *Art. 59.2 “el médico investigador debe adoptar todas las precauciones posibles para preservar la integridad física y psíquica de los sujetos de investigación”.*
- *Art. 59.3 “se deberá obtener siempre su consentimiento explícito. La información deberá contener, al menos: la naturaleza y finalidad de la investigación, los objetivos, los métodos, los beneficios previstos, así como los potenciales riesgos e incomodidades que le puede ocasionar su participación. También debe ser informado de su derecho a no participar o a retirarse libremente en cualquier momento de la investigación, sin resultar perjudicado por ello”.*

Como se puede apreciar en todas las referencias antes mencionadas, el consentimiento se considera una cuestión fundamental en la relación médico-paciente. Hemos visto varias veces que, en el mundo del derecho, el consentimiento debe definirse como "un acuerdo de dos o más voluntades sobre el mismo objeto legal" y, por lo tanto, requiere dos fases, por un lado, el enfoque del médico con respecto a un caso particular actuar y luego la aceptación de este planteamiento por parte paciente.

En el "Convenio de Oviedo", en su artículo 6 sobre "Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento", en el punto 2, se establece que "cuando, por ley, un menor no pueda manifestar su consentimiento La intervención sólo podrá realizarse con la autorización de su representante, autoridad o persona o institución que designe la Ley. Se tomará en consideración la opinión del menor como factor más determinante en función de su edad y grado de madurez ".

### **1.3.6.3. Jurisprudencia**

En la sentencia N° 1431, Exp. 07-1121(2008), de la sala Constitucional del tribunal supremo de justicia del área Metropolitana de Caracas.

esta sentencia, se extrae la petición de la recurrente el Recurso de Revisión de alegado por su representante, una adolescente de 12 (doce) años, el cual constituye la violación del derecho a opinar previsto en los artículos 80, 85 y 86 de la Ley de protección de niños y adolescentes, cuando el Consejo de protección ordenó que los hemoderivados fueran transfundidos independientemente de la religión que ambas profesen.

Los hechos que la demandante considera lesivos a sus derechos han sido impugnados mediante amparo constitucional ante el Juzgado N°. 15 del Circuito Judicial de Protección a la Niñez y Adolescencia del Distrito Área Metropolitana de Caracas, y posteriormente se impugnó la Sala de Apelaciones. N°. 1 del Tribunal Superior del Circuito Judicial para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del mismo Distrito. En ninguno de los dos casos la petición de la recurrente fue declarada irrelevante por los tribunales mencionados.

El caso es que la adolescente padece leucemia linfoblástica aguda; y normalmente fue tratada sin el uso de hemoderivados hasta que, a raíz de su enfermedad, tuvo una recaída que ameritó su ingreso en una clínica donde el médico tratante, dadas las delicadas condiciones clínicas y la negativa del representante. y del paciente para transfusión de hemoderivados, solicitó autorización al Consejo de Protección del Municipio del Libertador para proceder a la transfusión, autorización que le fue otorgada.

Como consta en el acta, el Consejo de Protección del Municipio Libertador acudió a la Clínica donde el paciente para escuchar la opinión de la adolescente, antes de autorizar la transfusión; Sin embargo, y esto esgrimido por la sentencia solicitada cuya revisión solicita que la opinión del adolescente no tiene efecto vinculante.

En cuanto haciendo una alusión al derecho comparado argentino, cabe señalar que fue señalado por la Sala II de la Sala de Apelaciones Civiles y Comerciales de San Martín en sentencia de 11 de noviembre de 1985, en la que manifestó que:

*"La libre profesión de culto y el posterior ejercicio, garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional, tiene como obstáculo el no poner en riesgo la vida o la salud de*

*los demás, aunque sean los mismos menores de edad. Ese arte. 19 del citado órgano jurídico es clara y concreta al respecto, limitando la libertad a la acción privada de los hombres, que no cause perjuicio a terceros. Esto incluye no solo las actitudes derivadas de las mismas convicciones morales o ideológicas, sino también aquellas que son consecuencia de la creencia religiosa profesada. Es que la obligación de no causar daño -que es un derecho natural- se coloca en la cima de nuestro ordenamiento jurídico e implica la obligación de no exponer a otra persona a un daño real”.*

Este mismo criterio es asumido por la conocida jurisprudencia extranjera del foro venezolano, en particular, por la sentencia N° 154/2002 del Tribunal Constitucional español, en la que se señaló lo siguiente:

*Es cierto que el ordenamiento jurídico atribuye relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del niño. En particular, teniendo en cuenta las normas que puedan regular las relaciones entre los interesados en la materia de que nos ocupa, tanto en la Recopilación de Derecho Civil de Aragón (aplicable siempre que tengan un distrito civil en ese territorio provincial) y, en su caso, en el código civil. Así, los actos relacionados con los derechos de la personalidad (incluido el de la integridad física), que excluyen la facultad de representación legal que tienen los padres como titulares de la patria potestad, como se proclama expresamente en el art. 162.1 del Código Civil (precepto sin correlación expresado en la Recopilación); Esta exclusión, en cambio, se queda corta con el deber de cuidar y velar al menor y sus intereses. También existen diversos actos que conducen a la creación de efectos jurídicos o la formalización de determinados actos jurídicos, como, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, testificar, testar, ser oído para otorgar la custodia o la custodia de un progenitor. Y, de la misma forma, en el ámbito penal, para la calificación de algunos delitos.*

*Sin embargo, el reconocimiento excepcional de la capacidad del niño en relación con determinados actos jurídicos, como los que se acaban de mencionar, no basta por sí mismo para reconocer, a modo de equiparación, la eficacia jurídica de un acto -como aquí se contempla- que, al ser afecta negativamente la vida, tiene como notas esenciales la de ser definitiva y, en consecuencia, irreparable.*

*De las consideraciones anteriores se desprende que, para el análisis del presente caso, deben tenerse en cuenta varios puntos. En primer lugar, el hecho de que el menor haya*

*ejercido algunos derechos fundamentales que tenía: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, prevalecen los intereses del niño, protegido por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, influido así por la decisión del niño: como ya dijimos, la vida, "en su dimensión objetiva, es" un valor superior del orden jurídico constitucional y del supuesto ontológico sin el cual los derechos del otro. no tendría. posible existencia (STC 53/1985) (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8). En cuarto lugar, los efectos predecibles de la decisión del niño: tal decisión es definitiva e irreparable, ya que muy probablemente conduce a la muerte.*

*En cualquier caso, y también en base a las consideraciones anteriores, no existen datos suficientes para concluir con certeza y es así como las sentencias impugnadas significan que el menor fallecido, hijo de los demandantes bajo tutela, tiene trece años, tenía la madurez de juicio necesaria para tomar una decisión vital, como la que nos ocupa. Por tanto, la decisión del niño no vinculaba a los padres en cuanto a la decisión que debían adoptar, para los fines ahora considerados.*

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en fallo distinguido con el alfanumérico T-474/96 en el que indicó, lo siguiente:

*Con base en lo anterior en cuanto a la capacidad relativa con la que el Estado reconoce paulatinamente al menor, se puede concluir que, en el caso específico de la Sala, al menor maduro para el que se solicita protección, sólo faltan seis meses para alcanza la mayoría de edad, tiene aptitudes suficientes, para eso bastan el juicio y el discernimiento, y eso es lo que establece la ley en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada con la Ley 12 de 1991, para decidir cómo hecho, religión aceptada o no determinada y sus preceptos; Sin embargo, si en cumplimiento de estos preceptos se propone adoptar decisiones que pongan en peligro su vida, como la denegación del tratamiento médico, que, a juicio de los especialistas, es fundamental dada la gravedad de su estado, el Estado tiene el deber de proteger. este derecho. fundamental para la vida sin el cual no sería posible realizar los demás derechos consagrados en la Carta Política, sobre todo si tenemos en cuenta que es un adolescente en proceso de formación, sujeto a las presiones naturales provocadas por la próxima posibilidad de muerte, agobiado por la incertidumbre y ansioso por encontrar respuestas y alternativas que al menos alivien la angustia espiritual que probablemente lo abrume.*

La situación en la que el niño cuya protección se busca no nos permite concluir que sea capaz de asumir objetivamente su enfermedad, mucho menos que tenga la capacidad y disposición para tomar decisiones a partir de un ejercicio de reflexión libre y autónoma impulsado por su propio entendimiento; Su condición lo hace endeble, tanto que más que nunca necesita la orientación de sus padres y su participación en las decisiones que comprometen el más fundamental de sus derechos: el derecho a la vida.

Esto se incluyó en el artículo 5 (5) de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 36/55), según la cual:

*La práctica de la religión o las creencias en las que creció el niño no debe dañar su salud; y el artículo 42 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que establece que los padres deben cumplir con las instrucciones y exámenes médicos prescritos para asegurar la salud de los niños, niñas y adolescentes.*

#### **1.3.6.4. Determinación de la Madurez del Menor y su objeción de conciencia.**

La ley comenzó a reconocer la madurez del menor incluso antes de alcanzar la mayoría de edad legalmente reconocida, por lo que es posible reconocer la posibilidad de que un menor maduro pueda ejercer sus derechos de manera más plena, pero no absoluta, ya que existe un criterio limitante a la paternidad. autoridad de los padres. Pero, ¿cómo establecemos que estamos tratando con un menor maduro?

Para determinar la madurez del niño, utilizaremos brevemente el Código Civil peruano, el Art. 173 del Código Penal y el Código de la Niñez y Adolescencia para establecer la edad en la que estamos en la edad "legal" antes de que un menor sea calificado como adulto, especialmente ejercerá su derecho a la libertad religiosa y todos sus derechos generales, poseyendo estos derechos más plenamente

Sin embargo, comprensión de la madurez requiere de la verificación judicial en determinadas circunstancias, especialmente cuando la decisión del niño no le permite desarrollarse plenamente; si el ejercicio de la patria potestad no es el medio ideal para asegurar el pleno desarrollo del niño, el progenitor está obligado a ejercer intervención por potestad o poder judicial, por tanto, la decisión que se debe asegurar logrando el proceso de maduración necesario para su pleno

desarrollo, y en este sentido, puede determinar como ejercer sus derechos para asegurar su progreso real, es decir, aquellos que puedan en el derecho estar satisfechos. Sus intereses y necesidades. En otras palabras, debe ser una decisión que respete el interés superior del niño.

Las reglas de la niñez y la adolescencia; opinan que hay una clara diferencia entre los niños mayores de 12 años, y los niños menores de 12 años; y enfatizan que, en caso de delito, los menores estarán protegidos con las medidas de protección; y la del adolescente a medidas socioeducativas; y que, tanto para la ejecución de actos civiles como en el sistema de seguridad social, debe ser brindada principalmente por los padres. Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que los menores pueden trabajar a partir de los catorce (14) años y, excepcionalmente, se puede otorgar a los menores de doce (12) años, considerándose mayores para algunas actividades por el riesgo que estas implican en su ejecución. En cuanto al matrimonio de menores, el artículo 113 del código de la niñez y la adolescencia se refiere a lo dispuesto en el código civil, que establece que el menor puede contraer matrimonio con la autorización de los padres que ejercen la patria potestad, o en caso de la denegación, cuando el menor sea mayor de dieciséis (16) años, podrá requerirse autorización judicial.

Por tanto, es comprensible que los padres puedan permitir que los hijos menores de dieciséis (16) años se casen, sin embargo, no pueden autorizar a los menores de catorce (14) a casarse bajo ninguna circunstancia, ya que esto sería parte del delito previsto en 173 código penal, que fue modificado por el artículo 1 de la ley núm. 28704, publicado el 5 de abril de 2006; Sin embargo, la Corte declaró inconstitucional esta ley mediante Exp. N° 00008-2012-PI / TC (2012). Por lo tanto, de acuerdo a lo establecido en este artículo, solo pueden dar su consentimiento los mayores de catorce años, y en este sentido nadie menor de catorce (14) años puede contraer matrimonio, ya que el matrimonio trae consigo la capacidad humana de donar en su forma total al otro, no solo espiritualmente, sino también físicamente, es decir, quienes se casan deben poder dar su consentimiento sexual. Además, el código civil sostiene que los menores son incapaces. A menos que la ley disponga lo contrario, los menores de dieciséis (16) años son relativamente inválidos.

El mismo código incluye situaciones en las que el menor puede ver que la discapacidad indicada es cesada. Por lo tanto, los menores emancipados del matrimonio nunca perderán sus capacidades adquiridas, pero los emancipados por profesión pueden perderla por circunstancias especiales, ya que el hijo emancipado puede, en determinadas circunstancias, volver al dominio de la patria potestad, o el padre o la madre puede reactivar la protección del niño emancipado del ejercicio de la patria potestad, por ello el niño habría tenido que tomar decisiones que hubieran comprometido

su desarrollo.

Sin embargo, si las dos partes no están de acuerdo, esta situación puede ser sometida a los tribunales, y el juez decide si el niño vuelve a estar bajo la patria potestad o no, porque se debe respetar el principio del interés superior del niño, niña y adolescente; Si bien el menor está emancipado, aún no ha alcanzado la edad adulta, lo que significa que debe seguir protegido porque aún no ha completado su desarrollo, formación y madurez de su personalidad. Por lo tanto, el menor si se emancipa por el matrimonio, aunque lo haga por motivos económicos puede tener derecho a la plena libertad religiosa, pero en este último caso, si la vida del menor emancipado está en riesgo, por discapacidad o por motivos económicos. repentinamente. Se puede restablecer el ejercicio de la patria potestad respetando el interés superior del niño o la decisión judicial que garantice este principio para el pleno desarrollo del niño.

En el caso de menores no emancipados, deben ejercer de su libertad religiosa, bajo la guía de sus padres respetando siempre el interés superior del menor; Y, en el caso de los menores considerados maduros, obtienen ejercer plenamente su derecho a la libertad religiosa a partir de los 16 años, en los que pueden establecerse metas permanentes en la vida, siempre que firmen actos muy personales. y tan importante en una asociación como el matrimonio. Los adolescentes de 14 años pueden dar su aprobación sexual y contraer matrimonio con el permiso de los padres y, a través del matrimonio, adquirir la plena capacidad de ejercer la libertad religiosa.

Sin autorización de los padres no pueden casarse y solo los mayores catorce dejan de ser incapaces y los menores de dieciséis si han concebido un hijo a partir de una unión sexual, pero las capacidades que han adquirido solo se relacionan con cuestiones relativas al ser que nació, mas no es una plena capacidad. El matrimonio sin permisión parental, solo es posible mediante un recurso judicial a partir de los 16 años, se puede alcanzar la plena capacidad legal en caso de emancipación de la patria potestad, por lo que es ineludible instaurar con presumption iuris tantum que la edad en la que el menor puede considerarse maduro es en los 16 años, fecha en la que puede contraer matrimonio y, por tanto, gozar de plena libertad religiosa. Teniendo en cuenta que, a esta edad, el consentimiento sexual temporal no se da en el matrimonio.

#### **1.3.6.5. la Patria Potestad y a la Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos.**

Varsi (2011) en su libro señala que “La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar, por el cual la ley reconoce a los padres una serie de derechos y deberes para la defensa y protección

de a sus hijos y su patrimonio de los mismos; esto solo es hasta que el menor adquiera su capacidad” (p. 294).

Para Aguilar (2013) señala “la patria potestad es una institución de derecho de familia, un cumulo de derechos y obligaciones reciprocas entre padres e hijos, planteadas para alcanzar los objetivos desarrollo integral y la realización de aquellos” asimismo el autor aclara al decir: “este concepto no quiere abarcar solo los derechos y deberes de padres e hijos, sino igualmente el fin perseguido por la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de encontrar satisfacción a través de la desarrollo de sus niños, y también de sus hijos para recibir apoyo, alimentación, educación, un ejemplo de vida y su inserción en la sociedad en óptimas condiciones. (p 306).

Peralta (2008) la patria potestad “Es una institución de derecho de familia que consiste en una serie de derechos y deberes que corresponden a los padres para cuidar a sus hijos y los bienes de sus hijos menores. En resumen, este instituto beneficia y cautela prioritariamente los derechos del niño, desde su concepción, la niñez y la adolescencia, guiados por el principio de niños y adolescentes, para que puedan desarrollarse adecuadamente a nivel personal, social, económico y cultural.”

#### **1.3.6.6. Padres objetores de Conciencia.**

Se ha visto que, en algunas situaciones, se puede respetar la voluntad de un adulto que se opone al tratamiento médico aun corriendo riesgo su vida. Pero para la elección libre que perjudica su salud obtenga protección legal, debe referirse a su propia salud y no a la de los demás. Esto significa que la protección de la libertad religiosa no puede extenderse cuando el estado de salud comprometido es el de una persona no apta o un niño sujeto a la patria potestad (por ejemplo, el padre de testigo de Jehová que no permite transfusión de sangre a su hijo). En tales casos, las autoridades públicas reemplazan la autoridad parental en virtud del orden público y el resguardo de los derechos de los demás y toman las medidas necesarias para proteger la vida o la salud en peligro (R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón P.129). Por lo tanto, en los Estados Unidos, en las decisiones de la Corte Suprema referidas al tratamiento de menores contra la voluntad de sus padres, según R. Palomino; el argumento se repite una y otra vez, «los padres pueden ser libres de hacerse mártires a sí mismos. Pero de esto no se sigue que sean libres, en idénticas circunstancias, para hacer mártires a sus hijos hasta que estos alcancen la edad de la discreción, en la cual ellos pueden realizar esa elección por sí mismos» (p.311).

Por lo tanto, como hemos visto, en una situación urgente, se exonera el consentimiento informado del paciente. En casos terminantes los médicos siempre tienen derecho a intervenir al menor a pesar de la negativa del padre. En situaciones que no sean de emergencia, el consentimiento negado por el padre objetor, será dado por un juez, quien reemplazarán a la autoridad paternal para proteger los intereses del niño (su vida y salud) y tomarán las medidas necesarias. Proteger la vida o la salud del niño. El argumento es generalmente el mismo: la autoridad parental no es un poder absoluto y debe ceder en caso de riesgo de derechos fundamentales, como la vida de las personas.

Por supuesto, la intervención judicial debe considerarse como una solución extrema que solo puede usarse si no es posible llegar a un acuerdo entre el padre y el médico. En cualquier caso, las razones por las cuales los padres se niegan a aceptar un tratamiento médico a sus hijos, siempre deben ser cuidadosamente exploradas por un médico o por un juez. Si la situación se analiza superficialmente, solo con el deseo de un "mal padre", el destino del niño puede volverse infeliz.

Para Álvarez (2000) opina que: cree que: inicialmente no es posible descartar a los pacientes cuyos padres están en contra de las transfusiones de sangre se beneficien de tratamientos y procedimientos alternativos siempre que sean efectivos y que el paciente no esté seriamente amenazado (p 618). Si esto no es posible y se acepta la negativa a tratar al menor por creencias religiosas, constituirá un ejercicio erróneo o arbitrario de la patria potestad y el médico deberá defender la vida de su paciente, interviniendo directamente si el paciente se encuentra en una situación de emergencia que pone en riesgo su vida, o puede acudir al juez si tiene tiempo suficiente para solicitar el permiso. La autoridad judicial, como parte de su intervención necesaria para salvaguardar los intereses del menor, aprobaría (antes y después de la transfusión, si no se permite) la intervención del médico según la ley (Armenteros, 1997, P.78)

García (1989), en su libro "Fundamentos de bioética" describe dos casos: el testigo de Jehová adulto que decide su vida y el padre de un hijo menor que decide su vida. Si no permitiéramos que el adulto arriesgara su vida para defender sus creencias, no lo trataríamos como una persona y parecería que estamos violando el derecho de todo ser humano a la misma consideración y respeto. Para el niño, lo contrario es lo que haríamos, en contra de todas las reglas y del derecho a la misma consideración y respeto si no lo protegíamos de la intención de su padre de arriesgar la vida de su hijo por sus creencias religiosas. (pág.584).

Lo anterior está en relación con la Declaración de las Naciones Unidas sobre la supresión de todas las formas de fanatismo y discriminación basadas en la religión o las creencias, 1981, donde se

proclama el derecho de los padres a "organizarse adecuadamente dentro de la familia de acuerdo con su religión o creencia y con la educación moral en la que creen que el niño debe ser criado", sin perjuicio de "no perjudicar su salud física o mental o su desarrollo integral (...)" (Artículo 5, párrafos 1 y 5) Aquí se tiene claramente en cuenta el límite de respeto a los derechos de los demás en el ejercicio de la libertad religiosa.

El Tribunal Constitucional italiano ha encontrado este problema con respecto a la objeción de conciencia de los padres a la vacunación de sus hijos. Esta es la ley del 4 de febrero de 1966, N° 51, sobre la vacunación obligatoria contra la poliomielitis para niños menores de 1 año, una vacuna que, además, también condiciona el acceso del niño a la escuela. Para el Tribunal, si los padres se rehúsan a aplicar las vacunas, existiendo de por medio la tutela de la salud del niño y su derecho a la educación, el juez puede adoptar el procedimiento apropiado para someter al niño a vacunación, de acuerdo con las reglas del código civil. (Artículos 333 y 336), que lo autoriza a tomar las medidas necesarias ante cualquier comportamiento parental que perjudique al niño. Según el Tribunal, la autoridad de los padres sobre el niño está reconocida en el artículo 30, párrafo 1 y 2 de la Constitución italiana, no como una libertad personal sino como un deber que sirve al interés superior del niño. La Constitución revirtió la condición de someter a los niños al poder absoluto e incontrolado, afirmando el derecho del niño al pleno desarrollo de su personalidad y vinculando funcionalmente a ese interés los deberes inherentes incluso antes de los derechos al ejercicio de la patria potestad. Esta es precisamente la base constitucional de los artículos antes mencionados del Código Civil, que permiten al juez intervenir cuando los padres no respetan sus obligaciones, violando así los derechos fundamentales del niño, como la salud (la vida) o la educación.

Criterios similares son aplicados por el Tribunal Supremo español en la sentencia del 26 de septiembre de 1978. El caso surgía de la negativa de un matrimonio, los dos testigos de Jehová, a recibir una transfusión de sangre para su hija menor, cuya vida peligraba si no se procedía a la aplicación urgente de un tratamiento. El juez solicitado por el personal médico ordenó que la transfusión se realizara contra la voluntad de los padres. Siendo así que los padres iniciaron un juicio contra este, pero la Corte Suprema retiró sus apelaciones penales contra el juez, diciendo que "los derechos de los padres no pueden extenderse al niño amenazado de muerte".

Cuando un padre no aprueba los procedimientos médicos necesarios para preservar la salud de los menores, el juez puede suplir esta autorización, por lo que debe actuar en beneficio del menor, aplicando 154.II Artículo (cc) cuando señala que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, bien del Art. 158.3 (cc), autoriza dictar disposiciones que se consideraron protectoras

a fin de evitar peligros y daños contra el menor. El defensor del pueblo también se ha pronunciado al respecto, Sosteniendo que se debe de someter la inexistencia en el ordenamiento de derecho alguno, que no permita que los padres se aprovechen de su patria potestad, para disponer de la vida de su menor hijo. La función de los padres de algún modo permite llegar a este extremo y lo que se requiere es que los padres se obliguen preservar la vida de sus hijos. cuando los padres, tutores, padres o familiares se oponen al tratamiento médico no urgente de un menor, debe elevar el conflicto al ministerio fiscal para que este solicite al juez que designe medidas ineludibles para la protección el interés superior del niño que inspira [...]al ordenamiento jurídico interno del país, así como los convenios sobre los acuerdos firmados por nuestro país ".

¿Y si hubiera discrepancias entre los titulares de la patria potestad sobre la intervención médica, en el sentido de que uno es favorable y el otro la rechaza? Aquí también será necesario distinguir entre situaciones urgentes y no urgentes.

Como se viene diciendo, una situación de emergencia le permite al médico intervenir directamente, sin autorización de los padres o judicial. Del mismo modo, según Herranz, el artículo 113 del Código de Ética y deontología Médica permite al médico tratar sin consentimiento en caso de divergencia entre los padres, porque hubo un desacuerdo irreducible entre quienes deben decidir que él sería imposible obtenga su consentimiento.

Fuera de los supuestos de urgencia, este problema debe resolverse de acuerdo con las normas de la CE en caso de desacuerdo entre los padres. Según el art. 156.II del Código Civil, ambos padres pueden acudir ante el juez quien después de escuchar a los padres y al niño, si este tiene el juicio suficiente, y en todo caso si este tiene más de doce años, tiene el poder de decidir el padre o la madre, pero si los padres no concurren ante el juez, los médicos pueden solicitar la intervención del fiscal, quien puede pedirle al juez que tome las medidas necesarias para apartar al niño del peligro o evitarle daños. (Artículo 158.3 CC)

#### **1.3.6.7. Jurisprudencia**

##### **Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de Julio - 2002.**

Marcos un niño de 13 años de edad que sufrió una caída cuando se encontraba jugando con su bicicleta, aparentemente fue una caída leve, pero con los días la lesión fue agravando, por lo que los padres lo llevaron al menor al centro médico. Pero este les aconsejo su traslado a otro hospital, en el cual después de varios exámenes clínicos se dio a conocer que el menor necesitaba una

transfusión de sangre. Los padres al enterarse manifestaron que su religión no les permitía aceptar dicho tratamiento debido que son testigos de Jehová, y solicitaron un tratamiento alternativo. Pero ante la imposibilidad de un tratamiento alternativo los padres solicitaron la alta voluntaria, a lo que el hospital se negó.

El personal médico del hospital solicitó una autorización judicial al juzgado de guardia para se les permita aplicar la transfusión de sangre y por ser un caso de urgencia el juzgado concedió dicha petición. Ante este mandato los padres cesaron de su oposición, sin embargo, al momento de hacer la transfusión sanguínea el menor de manera repentina y violenta se opuso, el cual los llevó a los médicos a desistir por considerar que esto le podría causar una hemorragia cerebral.

A los días siguientes se intentó persuadir a Marcos para que desista de su oposición, pero no hubo éxito, ante esta situación los médicos le concedieron la alta voluntaria para que sea trasladado a otro hospital, pero teniendo conocimiento la inexistencia de algún tratamiento alternativo. El menor fue llevado a varios hospitales, pero ante la imposibilidad de otro tratamiento alternativo regresó a su domicilio. Ya cuando el menor entró en un estado de coma fue trasladado a un hospital en donde se procedió a realizar la transfusión de sangre autorizado por el juez.

Finalmente, el menor fue trasladado a otro nosocomio en donde, el 15 de septiembre de 1999 falleció, la fiscalía de Huesca consideró que sus padres sean acusados de parricidio y falta de asistencia. La Audiencia Provincial de Huesca, mediante sentencia de 20 de noviembre de 1996, absolvió a los padres por considerar que no es necesario, tras llevar a su hijo al centro correspondiente, renunciar a sus ideologías religiosas para poder proceder con la solicitud de transfusión que era moralmente inapropiado para ellos, ni están obligados a tratar de convencer a su hijo para someterse a la transfusión.

La Audiencia Provincial de Huesca abordó el tema de la objeción de conciencia, argumentando que los menores tienen derecho a la libertad religiosa, aunque sin resolver si pueden ser objetores de conciencia al tratamiento médico. Este caso llegó al Tribunal Supremo, el cual condenó, mediante Sentencia 950/1997, de 27 de junio, a los padres del menor a 2 años y 6 meses de prisión por el delito de homicidio, cometido por omisión, en el entendido de que los padres deben ser los que velen y salvaguarden la salud del menor, puesto que son los titulares de la patria potestad. Además, la Corte considera que los padres no pueden oponerse al tratamiento de sus hijos. Tenían el deber legal y moral de hacer todo lo necesario para evitar cualquier situación que pudiera poner en riesgo la salud o la vida de Marcos, "teniendo la obligación de brindar al niño la asistencia

médica que pudiera necesitar".

La Corte Suprema no plantea la cuestión de la posible madurez de un niño de trece años, ni el supuesto de que sucedería si fuera la ley quien requiriera el consentimiento del niño. Como es un menor de edad, el Tribunal deja toda la responsabilidad a los padres. La sentencia del Tribunal Supremo fue recurrida mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español, que fue resuelto en la sentencia 154/2002, de 18 de julio. El recurso se basó en la violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y la integridad física y moral, protegido por los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española. La Corte Constitucional introduce 38 tratamientos médicos para la discusión de la objeción de conciencia, si fue el menor, fue quien ejerció el derecho a la autodeterminación a través de un derecho fundamental a la integridad física, pero según la Corte no fue lo suficientemente maduro.

Finalmente, el Tribunal Constitucional llega a una conclusión similar a la de la Audiencia Provincial de Huesca, según la cual el Tribunal otorga la protección solicitada y reconoce la violación del derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres, anulando así la sentencia del Tribunal Supremo. En esta decisión, el Tribunal Constitucional parece negar al menor, independientemente de su madurez, que tiene derecho a objetar de conciencia un tratamiento médico vital.

### **1.3.7. Los Deberes y Derechos Médicos Frente a la Objeción de Conciencia.**

#### **1.3.7.1. El Deber Deontológico Médico**

La obligación del médico está ligado al juramento hipocrático de quienes son capaces de ejercer la medicina de forma totalmente lícita. Para muchos es solo una ceremonia, no obstante, sus fundamentos históricos y éticos la convierten en el punto de partida para definir las funciones médicas y, por tanto, definir la relación galeano-paciente, eso es lo que el médico debe tener en cuenta a la hora de atender al paciente, seres humanos que necesitan estar informados sobre su enfermedad y los medios para curarla. Tradicionalmente, el Juramento Hipocrático es el juramento que el nuevo médico se compromete a realizar para garantizar el mejor tratamiento posible a los enfermos, teniendo en cuenta sus capacidades y guardando una reserva de lo que su función como médico podría haber aprendido. Mantener el secreto profesional mientras no sea necesario revelarlo. (Córdova, 2016, p. 57)

fue en la Convención de Ginebra (1948), en donde se renovó el texto del juramento, dejando el siguiente texto: "Estoy solemnemente comprometido a dedicar mi vida al servicio de la humanidad. Mi arte con conciencia y dignidad. La salud y la vida del paciente será la primera preocupación. Respetaré el secreto de aquellos que han confiado en mí. No permitiré ninguna consideración de religión, nacionalidad o raza entre mi deber y mi paciente. Tendré un respeto absoluto por la vida humana. y no me permitiré usar mi conocimiento médico contra las leyes de la humanidad ". (Córdova, 2016, p.160)

En este sentido, el deber primordial de todo médico es mantener la vida y asegurar que la salud de las personas se desarrolle con dignidad, esto también incluye respetar la dignidad de las personas, su situación actual, la gravedad de su enfermedad, los posibles medios de tratamiento o cuidados paliativos disponibles en el centro médico.

Por tanto, se mantendrá informado al paciente constantemente su estado de salud y será consultado para tomar las decisiones necesarias para resguardar su vida. El médico siempre hará todo lo posible para garantizar la vida de las personas, en ese momento, es su paciente y con quien tiene que mantener a la confidencialidad que le obliga a guardar el secreto profesional. El personal médico tiene la responsabilidad de nunca dejar que la vida humana esté en peligro, ni siquiera por motivos religiosos u otros, una situación delicada ante objeciones de conciencia al tratamiento médico, en situaciones en las que la vida del paciente está en peligro, sobre esta base, se puede decir que la relación médico-paciente ya no es asimétrica, sino simétrica; y permitir que el médico solicite el seguro de la salud del paciente sin negar las condiciones personales, de modo que el consentimiento informado de la persona que recibe el tratamiento médico se otorgue en el momento de la solicitud de tratamiento. (Congreso de la Republica, 1997, p. 2)

### **1.3.7.2. El Deber de Informar y el Consentimiento Informado.**

En el trato médico y paciente se centra principalmente en la atención brindada por los médicos. Es una relación sumamente compleja, concebida como una prestación de servicio legal, en la que el trabajador de salud atiende a quienes lo solicitan, directa o indirectamente, estipulando el contrato de salud. Como cualquier contrato legal, se deben cumplir ciertos criterios para la validez del acto legal; En cuanto a las partes del contrato sanitario, contamos con un profesional sanitario, por un lado, y el paciente que acude al profesional sanitario y solicita sus servicios y quedarse a su cargo es responsable, por otro lado. (Varsi, 2006, p. 149).

En cuanto a la capacidad, el trabajador sanitario debe estar adecuadamente autorizado (competencia profesional) y, en cuanto al caso del paciente, puede ser mayor de edad o menor de 18 años, capaz o incapaz, con el consentimiento previo o el responsable en caso de que el paciente no pueda manejarlo porque no está ejerciendo plenamente sus capacidades, excepto en los casos en que se requiere una intervención de emergencia para preservar la vida del paciente. En cuanto al contrato de asistencia médica directamente con el ser humano, aunque a primera vista parezca ilegal, se debe tener en cuenta que este se justifica por las disposiciones constitucionales que garantizan la protección de la persona, ya que el objeto es también el ser humano, que busca restaurar la salud, garantizar la vida, a fin de garantizar su continuo camino de mejora, por el hecho de que tiene un carácter distintivo y digno que lo convierte en un fin y en ningún caso un medio. La finalidad de este contrato de salud viene determinada por algunas consideraciones, en términos generales para el médico que paga sus honorarios y para que el paciente preste servicios de salud para el cuidado y defensa de su salud. (Congreso de la Republica, 1997, p. 5).

En cuanto a la forma del contrato, es permitido indicar que no existe una forma establecida. El contrato comienza, después de terminado el acuerdo verbal entre médico y paciente, sin perjuicio de las particularidades de las formas que la ley pueda imponer en casos concretos, como por ejemplo la donación de órganos. Cabe agregar que casi siempre es un contrato informal, ejecutado casi sin palabras, con señas, es consensual, siempre que se perfeccione con el consentimiento de las partes, es decir, muy personal (excepto en el caso de la seguridad social), seguro privado o de emergencia). Entre los principales deberes que establece el médico para el paciente están: el deber de cuidar, el deber de lealtad y cortesía, el mantenimiento de la fórmula doble médico-paciente, el deber de abstenerse de garantizar el resultado, el deber de seguridad, los antecedentes deberes generales (debida diligencia, competencia, cuidado continuo, emisión de certificados) y obligación de informar.

Esta sección trata sobre este último deber, el deber de información y la consecuente necesidad de consentimiento informado para emplear los tratamientos necesarios para salvaguardar la salud. El consentimiento informado es un derecho humano, por lo que el médico no puede someter a su paciente a un riesgo indebido y debe solicitar el consentimiento por escrito para tratamientos especiales, pruebas o intervenciones de riesgo que puedan afectarlo físicamente. Como afirma Fernández (2011). “El consentimiento libre, voluntario y consciente que otorga un paciente, en pleno uso de sus facultades, luego de haber recibido la información adecuada, para que pueda realizar una acción médica en el tratamiento de su salud”. (p.48)

La finalidad del consentimiento informado reside en la búsqueda personal de la perfección. Por tanto, el médico debe respetar la libertad del paciente en el instante de la autodeterminación de obtener los beneficios legales de vida y salud, de manera que el paciente pueda decidir libremente una vez informado de los cuidados que en su situación personal necesita consultar a su médico, o Si evaluando sus bienes decidiste rechazar el tratamiento médico, porque en consecuencia esa decisión debe adaptarse a su salud y a su vida, y que el sujeto cuente con la capacidad absoluta reconocida por la Civil. código. En el caso de las personas con discapacidad, este derecho lo ejerce su representante legal. Incluso en el caso de los menores de edad, se debe respetar lo dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, actuando siempre de acuerdo con el principio del interés superior del niño. (Varsi, 2006, p. 152)

El consentimiento se otorga sobre tratamiento que fue informado con anticipación sobre sus pros y contras; se informó de manera oportuna. Como tal, debe estar escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, en la mayoría de los casos también puede ser verbal, así como consentimiento tácito, consistente en actos o signos especiales. Este consentimiento es transitorio y revocable sin estar sujeto a ninguna formalidad. El consentimiento informado por escrito debe contener la determinación del paciente y del informante. También debe contener los riesgos reales y potenciales del tratamiento. Asimismo, el paciente debe registrar su edad, profesión u ocupación, sus creencias religiosas. Y que el malestar anterior o que pudiera resultar de la intervención, la existencia de otras alternativas y, finalmente, el acuerdo suscrito libre y voluntariamente por el paciente para la aplicación de este tratamiento, indicando que fue informado de manera oportuna y completa. Sin embargo, a pesar de la visión contractual del consentimiento informado, debe entenderse que éste es, ante todo, “una obligación legal asumida por un médico cuya violación, en consecuencia, viola varios derechos humanos fundamentales.” (Cogido Civil, 2018).

Sánchez (2002). Establece que: la importancia del consentimiento informado es que tiene como objetivo proteger un bien superior que viene a ser la persona; Al respetar y proteger la libertad en la relación médico-paciente, la vieja asimetría de esta relación se deja de lado para convertirse en una situación de simetría en donde ambas partes buscan libremente preservar la salud del paciente. Esta simetría se debe principalmente al derecho del paciente a ser informado antes de dar su consentimiento a determinados tratamientos médicos; Por tanto, existe un claro respeto a la persona en relación a su libertad y, más concretamente, a su dignidad. Ahora existen algunas dificultades para aplicar el tratamiento debido a la falta de obtención del consentimiento

informado, este complejo grupo de casos puede ser tan diverso. Sin embargo, nos centraremos en las objeciones al consentimiento informado para ser más específicos. Objeción de conciencia al tratamiento médico, lo que significa retener o negarse a dar un consentimiento informado. (p. 303).

Dicho esto, se puede decir que, en este tipo de objeción de conciencia, el objetor no pide que no se aplique una determinada regla, en caso de "no hacer" por su parte ante una determinada obligación legal, pero lo que pide es la omisión de un tercero, el médico en su deber ético garantiza la salud y la vida del paciente. Además, no se está enfrentado ante una obligación legal que conlleve a la transgresión y en caso de pérdida del representante legal, afirmamos que es un tercero el que reclama el mecanismo legal de protección estrictamente personal de un derecho muy personal como es la tripartita configuración del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

También se debe tener en cuenta que el objetor no es un suicida o alguien que intenta "matar", sino alguien que quiere preservar la vida, pero defiende los derechos legales que considera que son superior, como la salvación garantizada después de la muerte; por lo tanto, si se produce un daño irreparable, como la muerte, no puede ser condenado sin la aplicación de factores atenuantes, como el asesinato, ni tratado como intento de suicidio. El objetor de conciencia no defiende el derecho a la muerte, sino el derecho a la vida plena. (Córdova, 2016, p. 63).

Esto se demuestra en el caso de los testigos de Jehová que, al rechazar las transfusiones de sangre, no se niegan a recibir un tratamiento alternativo. Sin embargo, ningún médico considerará inaccesibles los medios en el momento y lugar en que se encuentran, se dice que estos medios son extraordinarios, solo las alternativas viables conocidas como medios comunes se ajustan a su fin.

Esto se complica en el caso de religiosos que rechazan cualquier tratamiento, dejando solo el remedio de la oración. En la esta medida es necesario, detenerse en la figura del médico como tercero implicado en la objeción de conciencia al tratamiento médico, de la misma forma que vemos si en su relación particular con el paciente y en la base jurídica de su actuación, uno puede hablar de "deber de salud" al que están vinculadas todas las personas o qué particularidad tiene la objeción de conciencia al tratamiento médico. (Fernández, 2011, p. 55).

### **1.3.7.3. El Médico como Sujeto en el Supuesto de Estudio.**

En el caso de la objeción de conciencia al tratamiento médico, nos hallamos en una realidad en la que no solo es dificultoso identificar la preexistencia de una obligación legal contra la cual debe dirigirse la objeción, sino que es aún más complicado incluir al médico como sujeto que debe omitir un comportamiento, éticamente exigible, es decir, pedirle que no haga lo que debe de hacer, es decir, que no aplique un tratamiento médico esencial al paciente para cuidar su salud y preservar su vida. La situación se complica cuando, en la mayoría de los casos, el objetor es un representante legal, es decir, los padres que, en el ejercicio de la autoridad parental, actúan en nombre del niño más pequeño y plantean objeciones de conciencia en nombre del menor. (Navarro. R y Martínez. J. 2011, p. 81).

De hecho, se le solicita al médico que se abstenga de brindar atención médica, de acuerdo con su deber ético, a una tercera persona que la necesite y que esa persona sea menor y no ha indicado su derecho personalísimo, sino que ha hecho el responsable que lo tiene a su tutela. Por lo tanto, nos permitimos decir que las objeciones de conciencia al tratamiento médico constituyen una suposición especial e inadecuada de lo que es la objeción de conciencia. Y uno de la síntesis de esta objeción es el médico. Sin embargo, examinaremos si existe o no una obligación de salud personal para todas las personas y cómo su ausencia si la hay afecta la objeción de conciencia al tratamiento médico.

Ahora es a través del consentimiento informado que algunas de las conductas del profesional de la salud se vuelven lícitas y en otros casos pueden considerarse penalmente relevantes. y que, con este consentimiento, se decidió confiar en él para cumplir con sus obligaciones profesionales, bajo las cuales no solo no habría efectos inicuos para el paciente, sino que también se restablecería su salud. Esto es importante porque podemos describir la objeción de conciencia como inapropiada por dos razones., una siguiendo a Sánchez (2003) que afirma que: “se pueda hablar de impropia, debido a que no en todos los tratamientos se encuentran impuestos como obligatorios en los diferentes ordenamientos jurídicos” (p.63)

Por lo tanto, en el caso de una objeción de conciencia al tratamiento médico, estamos hablando de una objeción irregular en la medida en que no exista una disposición legal y la preexistencia de dicha disposición sería excepcional si estuviera en un ordenamiento jurídico. Pero hay casos concretos en los que hablamos de objeción en sentido estricto, como la negativa a vacunarse en el caso de la vacunación obligatoria. Sin embargo, elegimos describir una objeción de conciencia

insuficiente, porque es el médico quien no debe cumplir con su deber ético de garantizar la salud y la vida del paciente, porque el paciente no desea recibir un tratamiento basado en sus creencias religiosas.

García (2008), En otras palabras, se cree que el médico, basándose en las creencias del paciente, incumple una deber jurídico contenida en sus normas éticas para garantizar la salud y la vida de los pacientes; por lo tanto, es apropiado que el médico recurra a procedimientos legales en algunos casos para determinar si tal reclamo es legal o abusivo con respecto al ejercicio del derecho a la libertad de religión que finalmente socavaría el derecho que su obligación jurídica medica que busca proteger, es decir, el derecho a la salud y, en consecuencia, el derecho a la vida. (p. 337 - 339).

Esta situación se vuelve más complicada cuando el paciente es menor de edad y, por su discapacidad específica requiere la intervención del padre en el ejercicio de sus derechos parentales. En esta situación, por lo impropio de este tipo de objeciones, tendremos a tres personas; asumiendo que se trata de un mecanismo de protección de un derecho muy personal. Por un lado se asumirá que un objetor de conciencia que habla de una conciencia ajena que pertenece al titular del derecho a la libertad de religión; el menor que quedaría afectado si se aplicaran los tratamientos encomendados por el médico; y también la conducta de "no hacer" ante una obligación legal que el médico debe cumplir, es decir que no debe cumplir con una obligación legal mencionada en su código deontológico de garantizar la salud y la vida del menor, con base en creencias religiosas de este paciente, que no fue informado, que no les mostro sino una tercera persona, los padres. Sin consentimiento, el médico no puede pretender ejercer su profesión de acuerdo con su *lex artis*. Entonces, si no informo, es posible una compensación por daños y perjuicios. (Martínez, 2011, p. 181).

Pero también existen excepciones a esta obligación de reportar esto cuando la información puede ser conocida por todos; El paciente también puede conocerlos antes. Otro motivo para evitar la obligación de informar es la urgencia del caso, que debe ser informado por el médico; La duda surge cuando se nos pregunta quién dará su consentimiento. Parece tan simple porque la respuesta que se puede dar a priori, es complicada cuando el paciente no tiene la capacidad de contestar, de dar su consentimiento informado. En otras palabras, en principio, el consentimiento debe ser otorgado por el propio paciente. Pero, en el caso de los menores, los padres pueden dar este consentimiento en el ejercicio de su patria potestad y en la constante preocupación por el interés superior del menor o de su rechazo por la libertad religiosa del menor. (Córdova, 2016, p. 64).

#### **1.3.7.4. Responsabilidad Profesional Médico.**

Hemos dicho que la responsabilidad debe concebirse como la capacidad y compromiso de responder de los propios actos u omisiones. A su vez, la responsabilidad médica es una subespecie de la responsabilidad profesional, que a su vez esta es última de su tipo (Fabela,1998). Suponiendo que un médico es un proveedor de atención médica legítimamente autorizado por el estado para practicar la medicina, se podría definir la responsabilidad del profesional de la salud como la obligación de los médicos de remediar y manejar las consecuencias de actos, errores y omisiones no intencionales, dentro de ciertos límites. involucrados en el ejercicio de su profesión. (Calabuig, 1991, p.89).

En este sentido, ¿pueden los menores de edad con padres o tutores que afirmen ser testigos de Jehová recibir transfusiones de sangre con o sin el consentimiento de sus padres o tutores? ¿En qué condiciones se le exigirá al médico que repare el daño causado por sus actos u omisiones? La responsabilidad médica profesional está estrechamente vinculada al derecho a la salud ya garantizado, respaldado por la Constitución y los convenios internacionales; El médico es responsable de la salud de los pacientes que solicitan sus servicios y el Estado garantiza el acceso a ellos.

Por tanto, el médico debe ser rápido en sus acciones y adherirse a un estricto principio ético y profesional, quizás con mayor exacción que cualquier profesión en el mundo debido a su alcance, vida y salud. del tipo que depende de su conocimiento y sus decisiones. En consecuencia, se puede argumentar que el profesional de la salud responsable de establecer si la terapia de transfusión para un niño enfermo puede ser considerada responsable si no sigue las medidas legales que afectarían la salud del niño.

Las condiciones en las que se deben reparar estos daños pueden variar, ya que el interesado puede ser directamente el menor y, en algunos casos, solo los padres; Esta diversificación también se deriva de su origen legal, civil, penal o administrativo. La culpa es un elemento clave en la responsabilidad del profesional de la salud. Presente siempre en la asistencia médica basada en la conducta del profesional de la salud, que puede causar daño o perjuicio a la integridad del paciente y esto puede deberse a negligencia, negligencia de imprudencia o empírica. (Mariñelarena 2011).

En el contexto actual, es muy poco probable que el médico se comporte intencionalmente de manera maliciosa, prevaleciendo la culpa como un elemento de responsabilidad en el acto que

causó la lesión; La concepción de esta culpa aparece como resultado de la falta de cuidado o porque emana de una imprudencia, la torpeza o el descuido). A continuación, examinaremos los tres tipos de responsabilidad en la que puede incurrir un médico, que se derivan de la fuente jurídica de la obligación de comportarse según determinados parámetros (Sánchez, 2010; p. 107).

#### 1.3.7.5. **Responsabilidad Administrativa**

La responsabilidad administrativa surge de las fallas en los preceptos instaurados por la ley general de salud, su reglamento y demás disposiciones derivadas de esta ley, que se refieren a la forma en que se prestará la atención médica, por tanto las consecuencias, sin tener en cuenta el daño al paciente, pero la asistencia médica será de carácter administrativo y consistirá, de conformidad con el artículo 139 de la Ley General de Salud N° 26842, según el cual las sanciones administrativas pueden ser: multa, amonestación, clausura o Cierre temporal del establecimiento, cancelación o Suspensión del Registro Sanitario.

Independientemente del daño a la salud del paciente, a causa de las acciones del médico, puede caer en responsabilidad administrativa con el simple desacato a las leyes citadas en el reglamento general de salud; En este caso, tratándose de un tratamiento de transfusión de sangre, la persona responsable de la atención del paciente tiene que tener en cuenta lo establecido en el Art. 4° de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica: “En caso de emergencia o cuando el paciente se encuentre incapacitado temporal o permanentemente, el documento a que se refiere el artículo anterior deberá estar firmado por uno de los padres o, en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado la naturaleza de la autorización, en caso de que se deniegue el consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de los familiares, médico tratante o profesionales de la salud deberá notificar a las autoridad competente para agilizar las acciones que puedan conducir a la protección de la vida la salud del paciente”.

En los casos en que se imposible conseguir la autorización por la incapacidad del paciente y la ausencia de las personas mencionadas en el párrafo anterior, los médicos autorizados del hospital en cuestión, previa evaluación del caso y con el acuerdo de al menos dos de ellos, realizarán el procedimiento terapéutico para el requerido caso, dejando un registro escrito en el expediente clínico. "El documento mencionado en ese artículo indica que el paciente autoriza procedimientos médicos y quirúrgicos con fines diagnósticos y terapéuticos de acuerdo con lo diagnosticado, también llamado" consentimiento informado.

Ante este escenario, entre otros, el equipo médico sabe que se encuentra en dos hipótesis generales: el responsable del niño que necesita transfusión de sangre no consiente su ejecución, aunque la vida del niño dependa de ello. que aumenta las creencias religiosas (testigos de Jehová); El segundo caso, grave estado de salud del menor, no contó con tiempo suficiente para obtener autorización de los padres, familiares o tutores para realizar un procedimiento que contraviene las prácticas religiosas de los padres y / o paciente. Le recordamos que, sea cual sea el estado de salud del menor, el incumplimiento de lo descrito en el artículo citado por el equipo médico será sancionado con responsabilidad administrativa.

Cabe añadir que, en el caso de profesionales que ocupen cargos en el sector salud, se deduce que tienen el carácter de funcionario público, por lo que pueden ser sancionados de acuerdo con lo dispuesto en la ley. funcionarios públicos, lo que resulta en acreedores de sanciones que alcanzan consistir en el despido y / o la prohibición del ejercicio de funciones públicas.

alguna persona haya causado el daño por dolo o con simple culpa, y posteriormente que hay un vínculo causal entre el hecho que determina el daño y este último; “Esta responsabilidad crea perjuicios y/o daños, concibiendo primero la afectación directa e integral a los bienes o patrimonio de una persona, y al perjuicio como a la privación del lucro ilícito” (Villegas,1994; p.123). Las sanciones resultantes de estas faltas son provistas por la ley civil, que establece una indemnización a la que se verán obligados los médicos. Los procedimientos de reclamos sobre la responsabilidad civil son judiciales o amigable composición, en los cuales se intermedian por vía de conciliación y arbitraje.

*El artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley N.º 26842, se advierte que para el caso de los establecimientos de salud o servicio médico de apoyo prevé dos tipos de responsabilidades, la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia; y la responsabilidad exclusiva por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haberse dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece.*

Artículo 1969 “aquel que por culpa o dolo causa daño a otro está obligado a indemnizarlo”

Tras discutir las características de la responsabilidad civil, podemos garantizar que el médico

responsable de la aplicación de la terapia transfusional a un menor cuyos padres o tutores profesen la religión en cuestión puede ser considerado civilmente responsable, solo si su conducta se corresponde con la anterior, que significa:

- Que sus acciones sean contrarias de un reglamento derivado de la ley general de salud o de la institución para la cual presta sus servicios.
- Que esta acción influye en la salud del niño o, cuando corresponda, en las creencias religiosas de los padres o tutores legales.
- Un vínculo causal entre la actuación del equipo médico y la afectación producida.
- Pero, como sabemos el derecho regula la vida de relación social y que, en ese contexto, pueden ocurrir muchas cosas inesperadas, supongamos que solo el padre profesa una religión y tengas sus propias creencias religiosas y la madre al estar fuera de la ciudad y al no haber ya ha sido consultada para obtener permiso, es decir, no estaría enterada del problema de salud de su menor hijo; su padre se negó terminantemente a que se realice la transfusión del niño debido a sus creencias religiosas y, como resultado, su vida se perdió. ¿En ese caso, la madre la madre que desconoció en todo momento el estado de salud de su menor hijo puede demandar indemnización por los daños causados? Y, si es posible, ¿La indemnización se debería pagar solo por el padre o también por el médico?

#### **1.3.7.6. Responsabilidad Penal.**

El derecho penal se fundamenta en la idea de un valor colectivo que el Estado debe proteger y genera una sanción represiva contra el autor, como, entre otras, la privación de libertad. La responsabilidad penal implica una influencia más grave en el ámbito jurídico de un individuo o grupo a través de la práctica de un delito. En cuanto al tema en estudio,

el Código Penal Federal de México, de conformidad con el artículo 228, establece: "Los profesionales, artistas o técnicos y sus asistentes son responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de su profesión, en los siguientes términos y sujetos a disposiciones preventivas de la Ley General de Salud u otras normas de práctica profesional, según corresponda:

- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia.

- Estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos”.

En cuanto al ordenamiento jurídico peruano la ley General (26824) de salud peruana en su título VI, Capítulo II, establece las infracciones y sanciones, y en su numeral 134. Estipula que *“Sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran surgir, el incumplimiento de lo dispuesto en esta ley y su reglamento estará sujeto a una o más de las siguientes sanciones administrativas: Amonestación, Multa, Cierre temporal o cierre del establecimiento y, Suspensión o cancelación de registro de producto sanitario”*.

Y el Art. N°135, del mismo cuerpo normativo, prevé que: *“Al imponer una sanción, la Autoridad Sanitaria tendrá en cuenta: el daño que ha ocurrido o es probable que ocurra a la salud humana; La gravedad del delito; y la condición de recaída o reincidencia del infractor ”*.

Si analizamos los incisos A y B del art. 135 podemos inferir que la responsabilidad será grave cuando la infracción cometida sea muy negligente o de tal gravedad que pueda causar la muerte de la persona, en este caso si el medico opto por hacer caso a los padres y negarse a la transfusión o lo que necesitaba el niño para ser salvado, estaría incurriendo en el supuesto Ay B, por lo que la sanción caería también sobre él.

En este caso los padres serían sujetos no activos para poder pedir una reparación civil, puesto que ellos por su objeción de creencia, fueron junto con el medico (por no haber hecho lo requerido para salvar la vida del menor) los causantes de la muerte del infante.

#### **1.4. Formulación del Problema.**

¿El interés superior de los niños, es la norma restrictiva para los padres no ejerzan el derecho a la salud en nombre de sus menores hijos?

#### **1.5. Justificación e importancia del estudio.**

La justificación de tesis se divide en tres enfoques: Teórico, social y Metodológico; el enfoque teórico se lleva a cabo a través de las investigaciones que se ha realizado mediante teorías relacionadas al tema, el enfoque social va a contribuir a generar conciencia en la sociedad, respecto a los conflictos y divergencias que existen entre derechos fundamentales del derecho a la salud y en consiguiente el derecho la vida del menor, y, por otro lado, el derecho a la objeción de

conciencia ejercida por los padres, que, en su afán de velar por sus hijos, cometen negligencias que acarrea consecuencias irreparables, como es el caso de poner en riesgo la vida del menor por rechazar un tratamiento médico, fundamentando que va en contra de sus convicciones religiosas; pues si bien es cierto que son los padres los encargados de velar y proteger a sus hijos, estos deben tener en cuenta que no deben extralimitarse en cuanto a su patria potestad. Y finalmente el enfoque metodológico que se realizará atreves de lineamientos que buscan alcanzar los objetivos propuestos.

## **1.6. Hipótesis.**

Con el interés superior del niño y del adolescente como criterio limitador de derechos y facultades parentales, se podrá reducir el comportamiento inadecuado de los padres o tutores legales que en nombre de sus menores hijos, ejercen el derecho a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, así también se limitara el ejercicio de a patria potestad cuando se vea perjudicado el bienestar físico e integral de los menores.

## **1.7. Objetivos.**

### **1.7.1. Objetivo General**

Determinar al principio del interés superior del niño y del adolescente como criterio limitador del derecho a la objeción de conciencia sanitaria.

### **1.7.2. Objetivos específicos**

- a.) Analizar los lineamientos jurídicos que le permiten al principio del interés superior del niño y adolescente limitar derechos y facultades parentales respecto a la objeción de conciencia sanitaria que ejercen los padres en representación de sus hijos menores de edad.
- b.) Determinar los fundamentos jurídicos que respaldan al Principio del interés superior del niño y del adolescente preponderar frente al derecho de objeción de conciencia.
- c.) Proponer la modificación de la Ley N° 30323 Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad, para incluir la suspensión relativa de la patria potestad de los padres que se niegan autorizar tratamientos médicos a favor de sus menores hijos.

## **MATERIAL Y MÉTODOS**

### **1.4. Tipo y Diseño de Investigación.**

El tipo de la presente investigación realizada es descriptiva, puesto que las variables de estudio solo serán descritas, para poder analizar la realidad social que genera esta problemática; es decir en el presente trabajo investigativo solo se observa y describe el comportamiento de los sujetos sin influir en ellos de ninguna manera.

El diseño que se realizó es no experimental, puesto que no se manipuló ninguna variable, solo se observó tal cual sucede en la realidad socio jurídica, la recolección de información y datos se realizó solo por un momento en el tiempo y el espacio.

### **1.5. Población, Muestra y Muestreo**

#### **Población.**

Se considera como población para efectos de la presente investigación, Abogados Especialistas en Derecho Civil y Constitucional del colegio de abogados de la ciudad de Chiclayo Y Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de Chiclayo

#### **Muestra**

-Abogados Especialistas en Derecho Civil y Constitucional del colegio de Abogados de Chiclayo de la ciudad de Chiclayo	25 abogados
-Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de Chiclayo	25 médicos

Para este trabajo de investigación se ha considerado la cantidad de 50 personas entre ellas, médicos cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de Chiclayo, abogados especializados en Derecho Civil y Constitucional del Colegio de abogados de Chiclayo para la realización de un análisis más asertivo respecto al interés superior de niño como criterio limitante de la objeción de conciencia.

### 1.6. Variables, Operacionalización.

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Técnicas de recolección de información	Instrumento de recolección de información
<b>Variable Independiente : El Interés Superior del Niño y del Adolescente</b>	Es un conjunto de acciones y procesos que tienen como objetivo garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las mismas condiciones materiales que permitan a los menores vivir en plenitud y alcanzar el máximo bienestar posible.	Aspectos generales del interés superior del niño y del adolescente	-Definición -Regulación	Análisis Documental y Encuesta	Guía de Análisis documental y Cuestionario
<b>Variable Dependiente: la objeción de conciencia sanitaria en menores de edad.</b>	Oposición, claramente manifestada por persona a un imperativo legal, a una autoridad, o en este caso a un tratamiento médico, basando sus argumentos en sus principios morales	Aspectos generales de la objeción de conciencia	-Definición - Naturaleza - Regulación	Análisis Documental y Encuesta	Guía de Análisis documental y Cuestionario
		La objeción de conciencia en los tratamientos médicos	-Definición - Rechazo a los tratamientos médicos: Adulto y Menores de edad -Determinación de madures y el derecho a la religión del menor -La patria potestad frente a la objeción de conciencia		
		La objeción de conciencia frente a los deberes y derechos médicos	- El deber deontológico - el deber de informar -el consentimiento informado - El medico como objeto de estudio -Responsabilidad profesional médico, administrativa y Penal		

## **1.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.**

### **1.7.1. Técnica de Recolección de Datos**

En la presente investigación se utilizó las siguientes técnicas:

- a. Análisis documental:** Se utilizó para analizar las diferentes teorías obtenidas, con la finalidad de determinar los criterios aplicados por la legislación peruana al momento que se presenta estos conflictos de derecho.
- b. Análisis Bibliográfico:** Se utilizó al momento de obtener las diferentes teorías concernientes a las variables que conforman el problema de investigación.
- c. Encuestas:** se procedió a encuestar a Abogados especializados en derecho civil y derecho constitucional; así como también a médicos Cirujanos del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la ciudad de Chiclayo para obtener información relacionada con la forma en que debe ser atendido el interés superior del niño frente a las objeciones de conciencia de los padres respecto a su derecho a la salud.

### **1.7.2. Instrumentos de Recolección de Datos**

En la presente investigación se utilizaron los siguientes instrumentos:

- a. Guía de Análisis documental.** se aplicó el Análisis documental para el principio del interés superior del niño y del adolescente junto con el derecho a la objeción de conciencia sanitaria, para poder determinar cuáles son los criterios que se han tomado en cuenta para limitar la indebida invocación de la objeción de conciencia respecto a los tratamientos en menores de edad, con el fin de proteger los derechos fundamentales del menor y limitar el ejercicio de la patria potestad de los padres en cuanto ponga en riesgo la vida y la salud de sus hijos.
- b. Guía de Fichas Bibliografías:** La guía bibliográfica se aplicó para mejorar el mecanismo de recolección de información, ya que su uso permitió organizar el material bibliográfico en términos de fuentes primarias y secundarias.

- c. **Encuesta.** se aplicó la encuesta a la muestra obtenida que serán 50 personas entre ellas Abogados Especialistas en Derecho Civil y Constitucional de la ciudad de Chiclayo y Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la ciudad de Chiclayo, con el fin de obtener la mayor cantidad de información posible de los distintos especialistas en el tema en cuestión.

### **1.7.3. Validez de los Instrumentos**

Los instrumentos utilizados fueron validados mediante juicio de expertos.

### **1.7.4. Confiabilidad de los instrumentos**

Se aplicó el Alfa de Cronbach y se obtuvo un 0,7 en la encuesta aplicada a los abogados especializados en derecho civil y derecho constitucional del colegio de abogados de la ciudad de Chiclayo y en la encuesta aplicada a los médicos cirujanos del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la ciudad de Chiclayo se obtuvo 0,7.

## **1.8. Procedimiento de análisis de datos.**

Se Determinó el principio del interés superior del niño y del adolescente como criterio limitador del derecho a la objeción de conciencia sanitaria que ejercen los padres en representación de sus hijos menores de edad. Lo cual permitió mostrar panorama en el cual el interés superior del niño y del adolescente es un principio encargado de asegurar la efectividad de todos los derechos fundamentales de los menores y que no existe razón o principio que considere la objeción de conciencia sanitaria ejercida por los padres este por encima del interés superior del niño por lo tanto se puede concluir que este principio si limita a la objeción de conciencia. Los instrumentos que se utilizaron fueron la Guía de Análisis documental que permitió recabar información sobre las normas que respaldan al mejor interés del niño y del adolescente; Toda la información será migrada a Excel para realizar su procesamiento mediante gráficos y tablas.

Se Determinó los fundamentos jurídicos que respaldan al Principio del interés superior del niño y del adolescente preponderar frente al derecho de objeción de conciencia. Lo cual permitió mostrar un extenso panorama, jurisprudencial legal y normativo que respaldan que

ante la ponderación de dichas normas es el interés superior del niño y del adolescente quien prevalece, puesto que es el encargado de garantizar el desarrollo integro de los derechos de los niños y adolescentes; ya que es el Perú es estado parte y ratificante de la convención de los derechos del niño y de la convención de los derechos humanos. Los instrumentos que se utilizaron fueron la Guía de Análisis documental que permitió recabar información sobre las normas que respaldan al mejor interés del niño y del adolescente; Toda la información será migrada a Excel para realizar su procesamiento mediante gráficos y tablas.

Se estableció los límites de la objeción de conciencia frente al derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de creencia religiosa en menores de edad. Con el fin de proteger los derechos fundamentales de los menores de edad, y evitar se vulnerando en interés superior del niño y del adolescente. Los instrumentos que se utilizaron fueron la Guía de Análisis documental que permitió recabar información sobre las normas, mostrándonos un panorama amplio que podríamos mejorar en nuestra legislación, toda la información será migrada a Excel para realizar su procesamiento mediante gráficos y tablas.

Asimismo, en los tres objetivos descritos anteriormente el instrumento que se aplico fue, el cuestionario, midiendo su confiabilidad mediante el Alfa de Cronbach logrando el 0,7 y 0,7.

### **1.9. Criterios éticos.**

De los criterios citados según (Belmont,1979) en su informe sobre “Principios éticos y normas para el desarrollo de investigación que involucran seres humanos” utilizaremos los siguientes:

**Autonomía:** Es la capacidad de las personas para deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de las decisiones que pueden tomar; este principio de autonomía debe referirse únicamente a las acciones en la vida personal, es decir, uno no puede decidir sobre el otro. creyendo que sería mejor para él, por lo que se afirma que se respeta este principio.

**Beneficencia:** Es la obligación moral de actuar en beneficio de los demás. Cura el daño y promueve el bien o el bienestar. Es un principio privado y su incumplimiento no está

sancionado legalmente. En la presente investigación se ha creído muy conveniente realizar u optar por este principio pues con la misma se busca salvaguardar el derecho a la vida del menor, con lo que a opinión personal es de bien para la sociedad. Con el fin de brindar un sustento teórico jurídico para el bienestar de toda la generación de menores que se encuentran en tutela de sus padres y los cuales son creyentes de religiones que no permiten en los menores realizar transfusiones para salvar su vida.

**Justicia:** Es el criterio para saber si una acción es ética o no, desde el punto de vista de la justicia, es evaluar si la acción es justa. Debe ser posible para todos los que lo necesiten. Esto incluye rechazar la discriminación por cualquier motivo. También es un principio público y legislado. La presente investigación se ha basado plenamente en los parámetros de lo justo determinado como se debe actuar justamente cuando se susciten controversias como las citadas. La actuación del médico para salvar la vida y los juzgadores para apoyar la decisión tomada debe ser justa basándose plenamente en la vida humana y el iteres superior del niño y del adolescente y el derecho bajo cualquier supuesto de injusticia.

Desde el punto de vista ético toda la información que se presenta en esta investigación es real, obtenida con el propósito de buscar una solución al problema planteado.

Este trabajo respeta la autoría y propiedad intelectual, citando en su totalidad a las tesis, artículos científicos, trabajos de investigación, normativas y artículos de opinión, de las diferentes bases de datos científicas, repositorios y revistas científicas.

### **1.10. Criterios de Rigor Científico**

Para desarrollar la presente investigación se ha creído conveniente ceñirse en este punto a los siguientes puntos o criterios de rigor científico.

**Valor de verdad;** La presente investigación cuenta con el criterio fundamental de la verdad, pues Toda la información, en tanto al desarrollo, el análisis y los datos obtenidos es veraz y precisa.

**Aplicabilidad.** los datos que se han obtenido en esta investigación por su naturaleza y

rigurosidad han sido recabados solo de investigaciones similares a esta, en donde se ponderen derechos fundamentales como son el derecho a la vida y libertad de conciencia, y debe ser utilizado solo para investigaciones similares a esta; y sin ser usado en investigaciones que no sean relevantes al tema planteado.

**Neutralidad;** Garantizando que los resultados de la investigación no están inclinados por motivaciones, intereses, y perspectivas del investigador, en los cuales se puede observar que no existe ningún interés, más que el de lograr no se vulnere los derechos fundamentales de los niños; para ello se ha investigado principios, leyes, normas, tratados, convenios, jurisprudencia, doctrina; etc. y se han ponderado derechos fundamentales obteniendo resultados en función a que debe primar siempre la vida del menor, ante todo supuesto, no nos hemos apegado a ninguna de las dos partes en conflicto, toda la investigación se ha realizado en el parámetro de lo justo y neutro, sin favorecer a ninguna de las dos partes.

## II. RESULTADOS

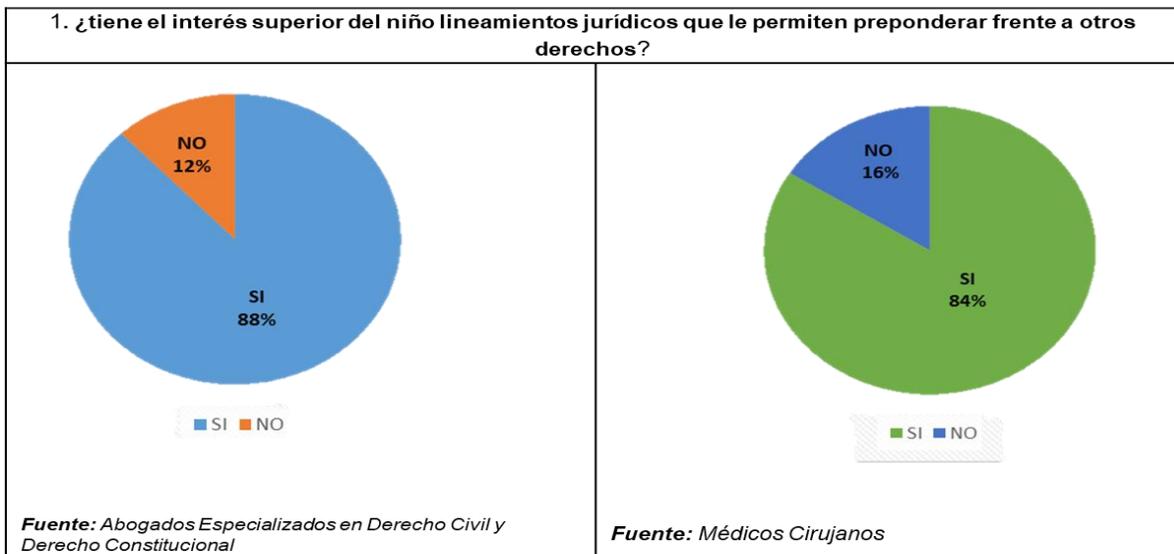
### 2.1. Presentación de Resultados.

Respecto al **Primer Objetivo a.)** Analizar los lineamientos jurídicos que le permiten al principio del interés superior del niño y adolescente limitar derechos y facultades parentales respecto a la objeción de conciencia sanitaria que ejercen los padres en representación de sus hijos menores de edad. Se han considerado las preguntas 1,2,3, que se detallara de la siguiente manera:

*Tabla 1 - Lineamientos jurídicos del Interés Superior del Niño y Del Adolescente.*

Pregunta N° 1	¿tiene el interés superior del niño lineamientos jurídicos que le permiten preponderar frente a otros derechos?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
<b>Encuestados</b>	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
<b>SI</b>	22	88%	23	84%
<b>No</b>	3	12%	2	16%
<b>TOTAL</b>	25	100%	25	100%

*Fuente: Elaboración Propia.*



### **Interpretación de la Tabla 1:**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°1 de la encuesta N° 1 y N° 2 aplicada a los Abogados y médicos cirujanos de Chiclayo, se observa que el 88% de abogados y un 92 % de médicos SI consideran que el Interés Superior del Niño y del Adolescente tiene lineamientos jurídicos que le permite preponderar frente a otros derechos; en tanto un 12% de abogados y un 16% de médicos opinan que este principio no cuenta con los lineamientos jurídicos que le permitan preponderar frente a otros derechos.

### **Discusión del Grafico N° 1**

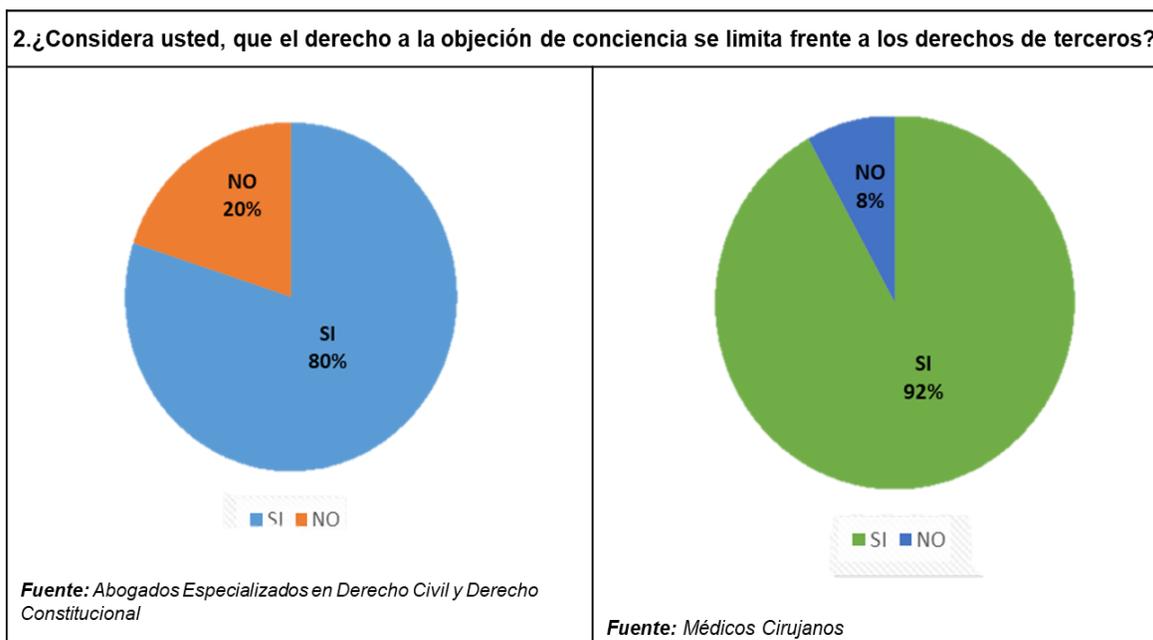
De los datos obtenidos en base a la tabla N°1 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada SI considera que el Interés Superior del Niño y del Adolescente tiene lineamientos jurídicos que le permite preponderar frente a otros derechos, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada opina que el Interés Superior del Niño y del Adolescente NO tiene lineamientos jurídicos que le permita preponderar frente a otros derechos.

Por otro lado, estos resultados si coinciden con las teorías relacionadas al tema de investigación, puesto que el interés superior del niño cuenta con un gran respaldo de lineamientos jurídicos que le hacen preponderar frente a los derechos de terceros todo en base del mejor interés del niño tanto a nivel nacional e internacional, entre ellos esta: la convención sobre los derechos del niño, la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, la Constitución Política del Perú, el Código de los Niños y Adolescentes, el Decreto Legislativo N° 1098, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, etc. Finalmente, este porcentaje también va de la mano con las doctrinas descritas lo cual da una mayor consistencia a la investigación.

Tabla 2 - Límites del Derecho a la Objeción de conciencia.

Pregunta N° 2	¿Considera usted, que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
Encuestados	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
SI	20	80%	23	92%
No	5	20%	2	8%
<b>TOTAL</b>	25	100%	25	100%

Fuente: Elaboración Propia



### **Interpretación Tabla 2:**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°1 de la encuesta N° 1 y N° 2 aplicada a los Abogados y médicos cirujanos de Chiclayo, se observa que el 80% de abogados y un 92 % que Si consideran que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros; en tanto el 20% de abogados y un 8% de médicos opinan que el derecho a la objeción de conciencia No se limita frente a los derechos de terceros.

### **Discusión del Grafico N° 2**

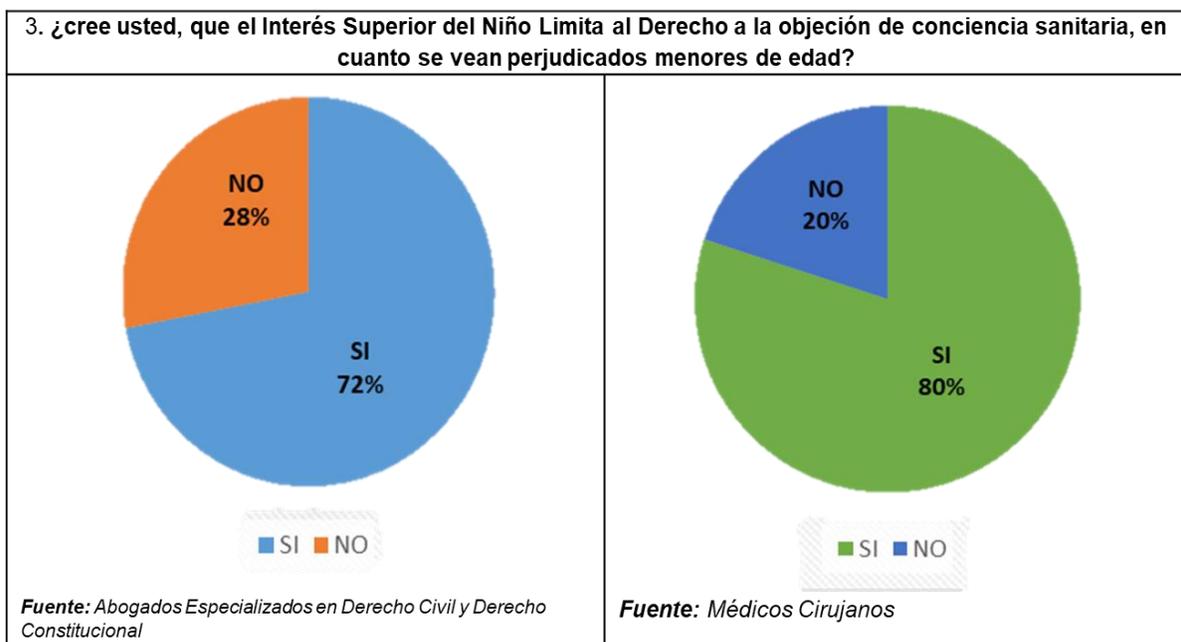
De los datos obtenidos en base a la tabla N°2 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada considera que el derecho a la Objeción de conciencia SI tiene límites frente al derecho de terceros, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada opina que el derecho a la Objeción de conciencia NO se limita frente a los derechos de terceros.

Por lo otro lado, estos resultados coincide con la doctrina tanto nacional como internacional pues esta que plantea que la objeción de conciencia es de carácter personal y en efecto es de naturaleza estrictamente personal del acto de conciencia de cada sujeto por lo que no se puede imponer a otra persona y tampoco se puede invocar por terceros, en el Perú , la Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa en su art. 8, estipula que “la objeción de conciencia es un derecho que toda persona goza siempre y cuando no atente contra los derechos fundamentales, la moral y las buenas costumbres de terceros”.

Tabla 3- El principio del Interés Superior del Niño Y del Adolescente como limitador del Derecho de la Objeción de Conciencia Sanitaria en menores de edad.

<b>Pregunta N° 3</b>	<b>¿cree usted, que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad?</b>			
	<b>Encuesta 1</b>		<b>Encuesta 2</b>	
<b>Encuestados</b>	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>SI</b>	18	72%	20	80%
<b>No</b>	7	28%	5	20%
<b>TOTAL</b>	25	100%	25	100%

*Fuente: Elaboración Propia*



### **Interpretación Tabla 3**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°1 de la encuesta N° 1 y N° 2 aplicada a los Abogados y médicos cirujanos de Chiclayo, se observa que el 72% de abogados y un 80 % de médicos, Si consideran que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad; en tanto el 28% de abogados y un 20% de médicos opinan que Interés Superior del Niño No Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad.

### **Discusión del Grafico N° 3**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°3 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada SI está de acuerdo que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada NO está de acuerdo que Interés Superior del Niño limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad.

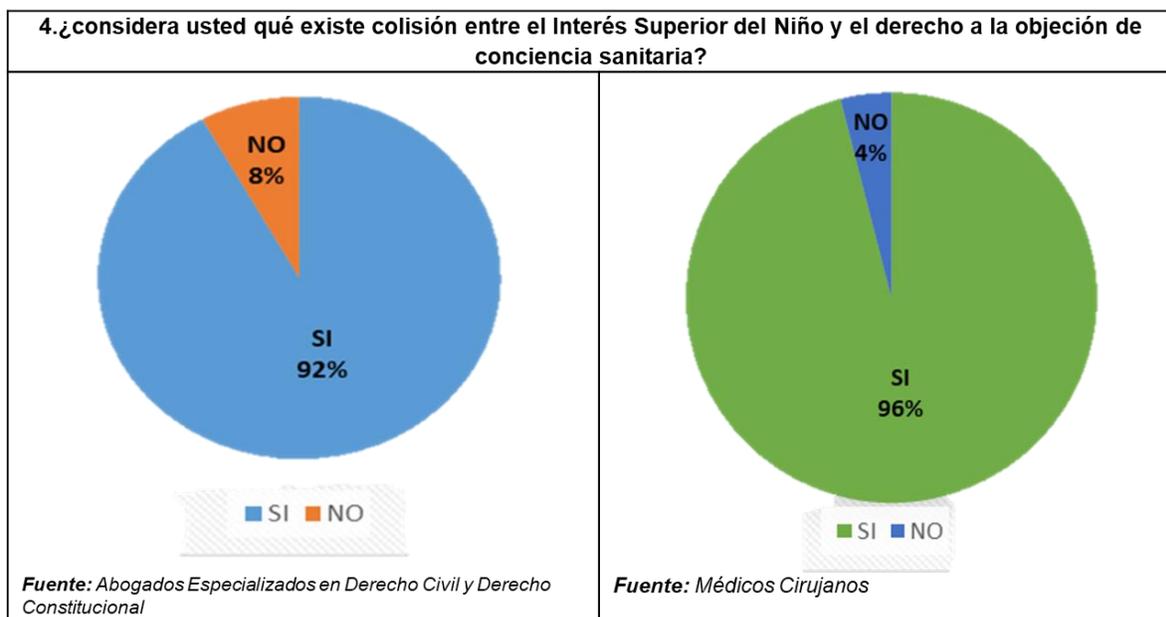
Respecto a esta esta postura se puede evidenciar que coincide con la teoría recabada en la investigación, dado que en diferentes, normas, legislaciones, tratados, leyes, jurisprudencias, reconocen que el interés superior del niño tiene preponderancia frente a los intereses de los demás; el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General N° 14, ha establecido que: “el interés superior del niño se configura como un principio, un derecho subjetivo y una norma de procedimiento que debe utilizarse siempre que estén en juego los derechos fundamentales del niño y del adolescente”. lo que da a entender que el interés superior del niño no solo limita el derecho a la objeción de conciencia sino también otros derechos o intereses que perjudiquen el bienestar del menor.

3.1.2. Respecto al **segundo Objetivo** sobre Determinar los fundamentos jurídicos que respaldan al Principio del interés superior del niño y del adolescente preponderar frente al derecho de objeción de conciencia. Se han considerado las preguntas 4,5y 6, que se detallara de la siguiente manera:

*Tabla 4- Colisión entre el interés superior del niño y del adolescente y la objeción de conciencia*

Pregunta N° 4	¿Considera usted que existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
<b>Encuestados</b>	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
<b>SI</b>	23	92%	24	96%
<b>No</b>	2	8%	1	4%
<b>TOTAL</b>	25	100%	25	100%

*Fuente: Elaboración Propia*



#### **Interpretación Tabla 4**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°1 de la encuesta N° 1 y N° 2 aplicada a los Abogados y médicos cirujanos de Chiclayo, se observa que el 92% de abogados y un 96 % de médicos, Si consideran que existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia; en tanto 4% de abogados y un 8% de médicos opinan que No existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia.

#### **Discusión del Grafico N° 4**

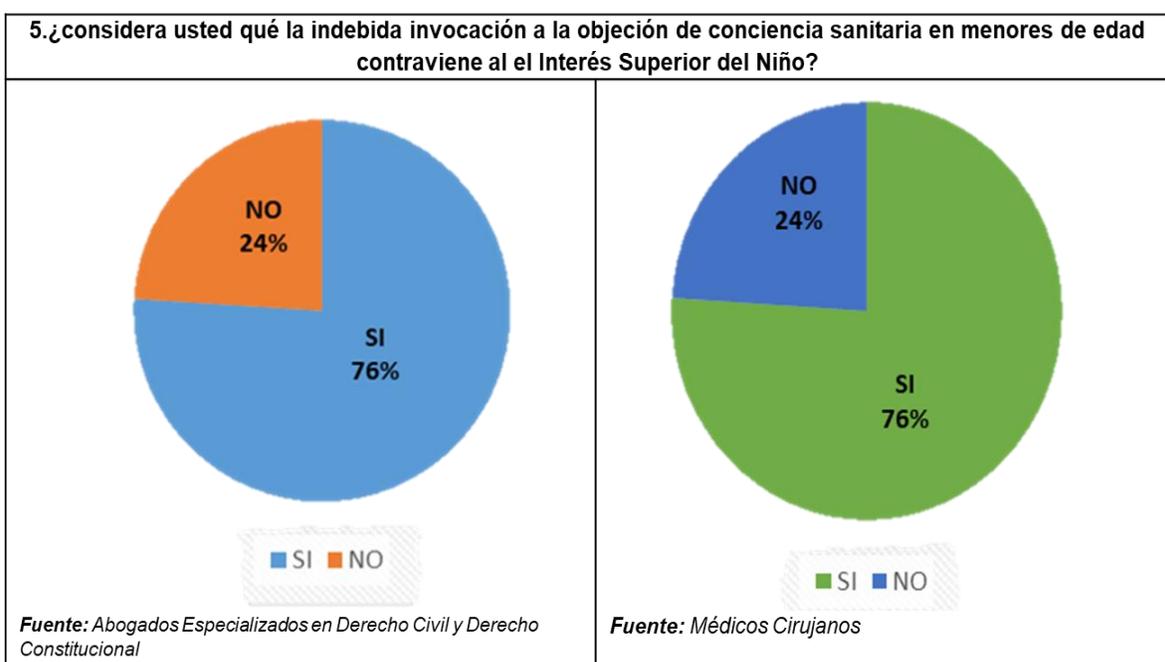
De los datos obtenidos en base a la tabla N°4 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada considera que, SI existe una colisión entre el interés superior del niño y del adolescente y la objeción de conciencia, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada considera que NO existe una colisión entre el interés superior del niño y del adolescente y la objeción de conciencia.

Estos datos están en concordancia con los órganos encargados de la protección del menor, estos opinan que si existe una colisión de intereses entre el derecho a la objeción de conciencia frente al interés superior del niño y del adolescente en cuanto un tercero en este caso los padres del menor pretenden extender su derecho a la libertad religiosa y negarse a que su hijo menor de edad sea sometido a tratamiento médico, pues se puede evidenciar como el derecho a la objeción de conciencia está claramente desafiando a los lineamientos con los que cuenta el interés superior del niño; respecto a esto la declaración de las naciones unidas se pronuncia eliminando todas las formas de discriminación e intolerancia basadas en religión o en convicciones morales, pues al entrar en colisión estas figuras jurídicas es el Interés superior del niño quien va preponderar pero pese a ello no pueden evitar entrar en conflicto.

Tabla 5- trasgresión del Interés superior del Niño y del Adolescente por la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos.

Pregunta N° 5	¿Considera usted que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad contraviene el interés superior del niño?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
Encuestados	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
SI	19	76%	19	76%
No	6	24%	6	24%
TOTAL	25	100%	25	100%

Fuente: Elaboración Propia



### **Interpretacion Tabla 5.**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°1 de la encuesta N° 1 y N° 2 aplicada a los Abogados y médicos cirujanos de Chiclayo, se observa coinciden en su opinión obteniendo un 76% de médicos y abogados, Si consideran que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad contraviene el interés superior del niño; en tanto 24% de abogados y de médicos opinan que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad No contraviene el interés superior del niño

### **Discusión del Grafico N° 5**

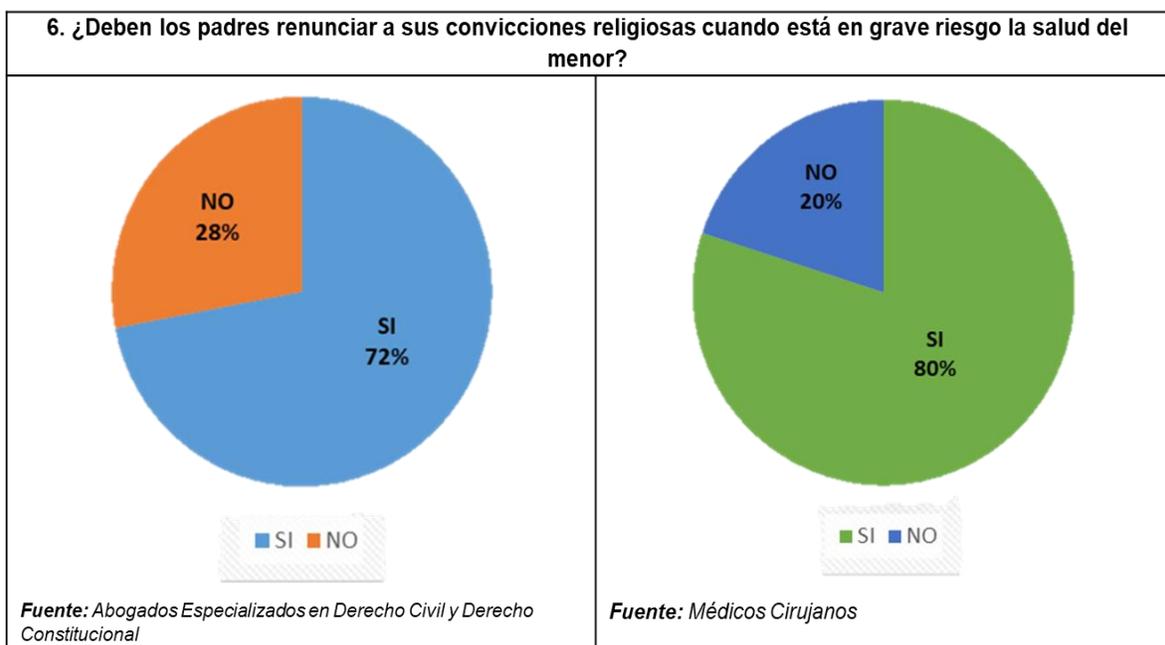
De los datos obtenidos en base a la tabla N°5 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada SI consideran que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad contraviene el interés superior del niño, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada opinan que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad No contraviene el interés superior del niño.

Por otro lado, esta orientación si coincide con la doctrina tanto nacional como internacional, puesto que estas consideran a la objeción de conciencia como inadecuada debido a su naturaleza bilateral, cuando lo normal es que el ejercicio de la objeción sea personalísimo e individual, sin embargo, cuando los padres en el ejercicio de su patria potestad invocan la objeción de conciencia en representación de sus hijos menores de edad para que este no reciba un tratamiento médico, está contraviniendo al mejor interés del niño ya que se pone en riesgo eminente la preservación de la vida del menor.

Tabla 6 - Renuncia de los padres a sus convicciones Religiosas

Pregunta N° 6	¿Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
Encuestados	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
SI	18	72%	20	80%
No	7	28%	5	20%
TOTAL	25	100%	25	100%

Fuente: Elaboración Propia



### **Interpretación Tabla 6**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°6 de la encuesta N° 1 y N° 2 aplicada a los Abogados y médicos cirujanos de Chiclayo, se observa que un 72% de abogados y un 80% de médicos, Si consideran que los padres deben renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor; en tanto 28% de abogados y un 20% de médicos opinan que los padres No deben renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor.

### **Discusión del Grafico N° 6**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°6 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada considera que, SI Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada considera que NO Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor.

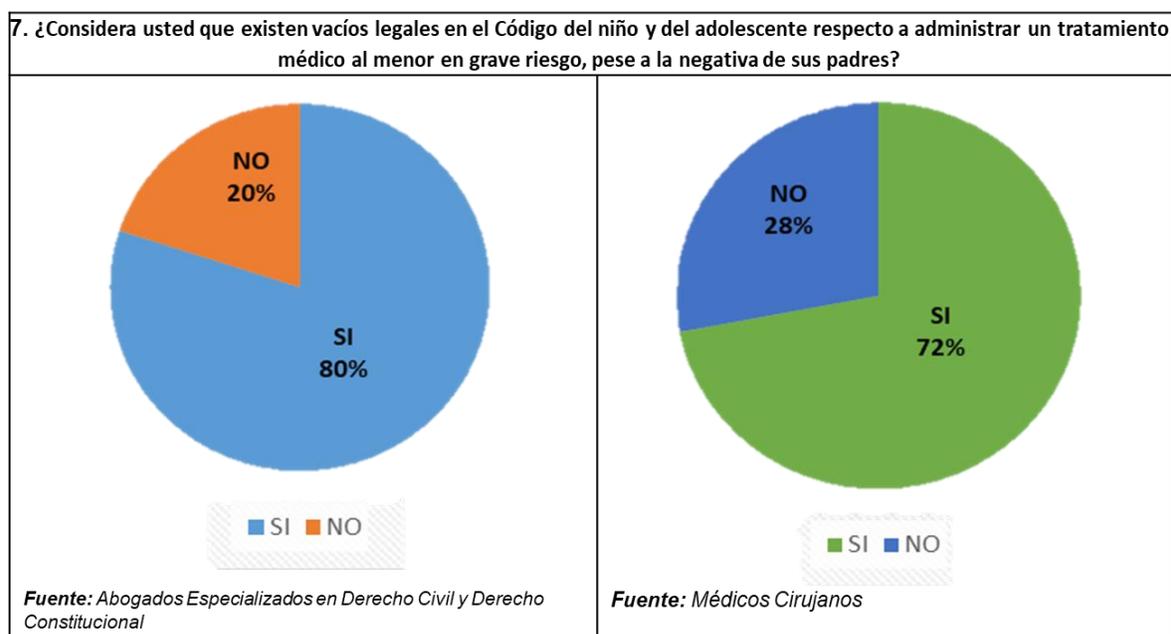
En este contexto la doctrina se mantiene neutral, pues es decisión de cada persona dejar por un momento de lado sus creencias o convicciones religiosas con el fin de salvar a su familiar, Nadie puede obligar a una persona renunciar a sus derechos más cuando son fundamentales para ellos, en esta situación la ley hace uso del debido al interés superior del niño y el especial deber deontológico médico pues si la vida del menor se encuentra en eminente riesgo, es el medico quien debe actuar en el mejor interés del menor y dar aviso a las autoridades correspondientes para que se revoque la negativa de los padres y este poder cumplir con su deber deontológico que es salvaguardar la vida de su paciente.

3.1.3. Respecto al **Tercer Objetivo** Proponer la modificación de la Ley N° 30323 Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad, para incluir la suspensión relativa de la patria potestad a los padres que se niegan autorizar tratamientos médicos a favor de sus menores hijos Se han considerado las preguntas 7 y 8, que se detallara de la siguiente manera:

Tabla 7 - Vacíos legales y del código del niño y del Adolescente.

Pregunta N° 7	¿Considera usted que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
<b>Encuestados</b>	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>SI</b>	19	80%	13	28%
<b>No</b>	6	20%	12	72%
<b>TOTAL</b>	25	100%	25	100%

*Fuente: Elaboración Propia*



## **Interpretación Tabla 7**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°7 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada SI creen que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada NO cree que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres.

## **Discusión del Grafico N° 7**

En cuanto a los vacíos legales en el Perú, La legislación peruana ha regulado de manera correcta en la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño respecto a los tratamientos médicos en menores de edad sin importar ni raza ni religión, etc.,

Artículo 11.- Obligatoriedad de los parámetros.

### *11.6 Acceso a servicios de salud, educación y protección sin restricción*

*Tratándose de entidades del Estado, las funcionarias y los funcionarios o servidores están obligados a garantizar el acceso de todas las niñas, niños y adolescentes a los servicios de salud, educación y protección, coordinando e intercambiando información en favor de su interés superior, evitando cualquier tipo de trámite burocrático que pudiese perjudicarlo.*

Artículo 17.- Autorización de la madre, padre, responsable o tutor para realizar pruebas, diagnósticos, procedimientos e intervenciones de salud.

*“Las/los operadores de salud deben recabar autorización de la madre, padre, responsable o tutor/a para realizar pruebas, diagnósticos, procedimientos e intervenciones de salud a la niña, niño o adolescente. En caso no se otorgue el consentimiento y corra peligro la vida o pueda generarse un daño irreparable a la*

*salud de la niña, niño o adolescente, en aplicación del interés superior del niño se puede prescindir de esta autorización”.*

Pero en cuanto código de los niños y adolescentes si bien se ha regulado sanciones consecuentes pérdida de la patria potestad, por la conducta de exposición a peligro de muerte o grave daño a un menor de edad o poner en eminente gravedad la salud de un niño por parte de sus padres, pero en el supuesto caso de objeciones de conciencia aún no se han dado la efectiva solución al problema, existiendo así un vacío en la norma que tienda a proteger los derechos fundamentales del derecho a la vida y el derecho a la salud de un menor de edad.

Pero en cuanto código de los niños y adolescentes si bien en la Ley N° 30323, Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves, se han regulado sanciones consecuentes pérdida de la patria potestad, por la conducta de exposición a peligro de muerte o grave daño a un menor de edad o poner en eminente gravedad la salud de un niño, disponiendo en el literal h) del Art 77 suspensión de la patria potestad:

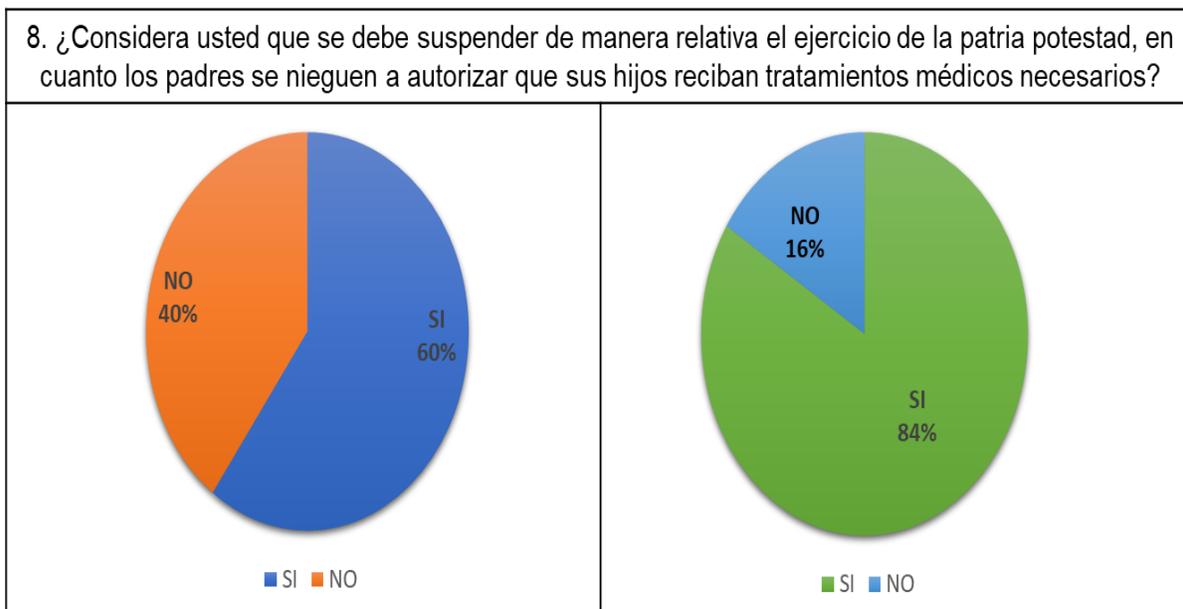
*La patria potestad se pierde, por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mimos o por la comisión de cualquier de los delitos previstos en el Art N° 125 del código penal (...)*”

Pero en el supuesto caso de objeciones de conciencia aún no se han dado la efectiva solución al problema, existiendo así un vacío en la norma que tienda a proteger los derechos fundamentales del derecho a la vida y el derecho a la salud de un menor de edad

Tabla 8 - suspensión de la patria potestad

Pregunta N° 8	¿considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios?			
	Encuesta 1		Encuesta 2	
Encuestados	Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional		Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	
	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia	Porcentaje
SI	15	60%	21	84%
No	10	40%	4	16%
TOTAL	25	100%	25	100%

Fuente: Elaboración Propia



### **Interpretación Tabla 8**

De los datos obtenidos en base a la tabla N°8 de la encuesta N° 1 aplicada a Abogados, y la encuesta N°2 aplicada a Médicos Cirujanos, se observa que la mayoría de la población encuestada SI creen considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada NO creen que considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios

### **Discusión Grafico N° 8**

Respecto a proponer una modificación de la Ley N° 30323 Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad, para incluir la suspensión relativa de la patria potestad de los padres que se niegan autorizar tratamientos médicos a favor de sus menores hijos. Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves, si bien ofrece una regulación disuasiva ( en el caso de la suspensión de la patria potestad) a aquellos actos que en el plano de los hechos pone en grave riesgo derechos fundamentales de los hijos menores de edad, como el derecho a la vida y el derecho a la salud, producto de un ejercicio abusivo de la patria potestad; sin embargo dicha regulación ( en el caso de la pérdida de la patria potestad) resulta en extremo perjudicial al Interés Superior del Niño, por cuanto más allá de la suspensión de la patria potestad, en algunos casos puede culminar en la pérdida de la misma, regulación que no se condice con el respeto a los derechos fundamentales y, consecuentemente, con la salvaguarda del Interés Superior del Niño y del Adolescente puesto que todo niño tiene derecho a desarrollarse en un seno familiar. Pero en el caso de plantear una suspensión relativa por poner en riesgo la vida de sus menores al negarse que reciban un tratamiento médico se estaría actuando en el mejor interés del menor siempre y cuando el padre recupere su derecho a la patria potestad en cuanto su hijo recupere su salud.

## 2.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

A partir de los hallazgos encontrados, aceptamos la hipótesis que establece que Con el interés superior del niño y del adolescente como criterio limitador, se podrá reducir la indebida invocación a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos que realizan los padres o tutores legales en representación de sus menores hijos; Asimismo también se limitara el ejercicio de la patria potestad cuando se vean perjudicado el bienestar físico e integral de los menores.

### **Discusión 1:**

En el primer objetivo, Analizar los lineamientos jurídicos que le permiten al principio del interés superior del niño y adolescente limitar derechos y facultades parentales respecto a la objeción de conciencia sanitaria que ejercen los padres en representación de sus hijos menores de edad. Se obtuvo como resultado: de acuerdo a la **Pregunta 1**, de la primera encuesta realizada a 25 Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional del Colegio de abogados de Chiclayo y la segunda encuesta realizada a 25 Médicos Cirujanos del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la ciudad de Chiclayo, se observa que el 92% de abogados y un 96 % de médicos, Si consideran que existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia; en tanto 4% de abogados y un 8% de médicos opinan que No existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia. En la **Pregunta 2** se observa que el 80% de abogados y un 92 % que Si consideran que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros; en tanto el 20% de abogados y un 8% de médicos opinan que el derecho a la objeción de conciencia No se limita frente a los derechos de terceros. En la **Pregunta 3** se observa que la mayoría de la población encuestada SI está de acuerdo que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad, en tanto se puede observar que una minoría de la población encuestada NO está de acuerdo que Interés Superior del Niño limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad.

De acuerdo a los resultados se puede apreciar que, el interés superior del niño cuenta con un gran respaldo de lineamientos jurídicos que le hacen preponderar frente a los derechos de terceros todo en base del mejor interés del niño tanto a nivel nacional e internacional. Estos

resultados guardan relación con:

La constitución política del Perú, que establece en su artículo 4

*“la comunidad y el Estado protegen de manera particular a la niñez y la adolescencia”.*

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Perú con resolución legislativa N°. 25278, es el instrumento internacional más relevante en el campo de la niñez y la adolescencia, convirtiéndose en un referente para el desarrollo de las políticas públicas nacionales.

La Observación general N°14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a tener su propio interés superior como consideración primordial, establece que:

*“El objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y desarrollo integral del niño”*

El Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado con la Ley N°. 27337, en el título preliminar, el artículo IX establece que:

*“Todas las medidas relativas a la niñez y la adolescencia que adopte el Estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Ministerio Público, los gobiernos regionales, los municipios y sus demás instituciones, así como en el desempeño de la sociedad se tendrá en cuenta el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia y el respeto a sus derechos”.*

El decreto legislativo N°1098, Ley de organización y funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece en los incisos j) y m), de su artículo 5, como ámbito de su competencia:

*“la promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y ejercicio de liderazgo en materia de competencias y sistemas asignados”.*

La Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece que:

*“El interés superior es un derecho, un principio y una norma procesal que garantiza el derecho del niño y del adolescente para ser considerado como primordial, en todas las medidas que directa o indirectamente les conciernen, garantizando sus derechos fundamentales”.*

## **Discusión 2:**

En el segundo Objetivo, respecto a Determinar los fundamentos jurídicos que respaldan al Principio del interés superior del niño y del adolescente preponderar frente al derecho de objeción de conciencia se obtuvo como resultado. En la **Pregunta 4**, de la primera encuesta realizada a 25 Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional del Colegio de abogados de Chiclayo y la segunda encuesta realizada a 25 Médicos Cirujanos del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la ciudad de Chiclayo, se observa que el 92% de abogados y un 96 % de médicos, Si consideran que existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia; en tanto 4% de abogados y un 8% de médicos opinan que No existe colisión entre el interés superior del niño y la objeción de conciencia. En la **Pregunta 5**. se observa coinciden en su opinión obteniendo un 76% de médicos y abogados, Si consideran que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad contraviene el interés superior del niño; en tanto 24% de abogados y de médicos opinan que la indebida invocación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a los tratamientos médicos en menores de edad No contraviene el interés superior del niño. En la **Pregunta 6**. se observa que un obteniendo un 72% de abogados y un 80% de médicos, Si consideran que los padres deben renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor; en tanto 28% de abogados y un 20% de médicos opinan que los padres No deben renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor.

De acuerdo a los resultados se puede apreciar que respecto a determinar los fundamentos jurídicos que respaldan al Principio del interés superior del niño y del adolescente preponderar frente al derecho de objeción de conciencia, la convención sobre los derechos del niño, la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, la Constitución Política del Perú, el Código de los Niños y Adolescentes, el Decreto Legislativo N° 1098, Ley de

Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, etc., encontramos jurisprudencia nacional e internacional tratados internacionales que protegen a los niños, como se puede ver se cuenta con una extensa gama normativa que expresan que al suscitarse un conflicto deberá resolverse siempre al mejor interés del menor y para ello es el interés superior del niño el encargado de hacer prevalecer esa ponderación.

Por otro lado, los autores como Araujo (2015); McNab y Beca (2010); Morlands, Clos, Gomez y Arimany (2015); quienes señalan que la ponderación es más que clara y se debe realizar sin duda, eligiendo el interés superior del niño y optando, por ende, salvarle la vida. Pero, discrepamos con los mismo cuando afirman, que para realizar esa ponderación se debe ir a los tribunales y esperar que ellos ponderen en base a su experiencia, contradecimos esos términos en lo referente al tiempo, en muchos casos el menor se encuentra en tal grado de necesidad de una transfusión que no hay tiempo para esperar la resolución judicial que autorice tal fin, por lo que la ponderación debe realizarse solo por el medico a cargo y claro está con un posterior comunicado a la autoridad correspondiente, para que lo respalde.

### **Discusión 3:**

En la **Pregunta 7**, de la primera encuesta realizada a 25 Abogados Especializados en Derecho Civil y Derecho Constitucional del Colegio de abogados de Chiclayo y la segunda encuesta realizada a 25 Médicos Cirujanos del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la ciudad de Chiclayo, se observa que el 80% de abogados y un 72% de médicos, Si consideran que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres en tanto 20% de abogados y un 28% de médicos opinan que No existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres. En la **Pregunta 8**. se observa coinciden en su opinión obteniendo un 56% de médicos y el 76% abogados, que NO consideran que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios; en tanto 24% de abogados y el 44% que, SI

se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios

En cuanto a los vacíos legales en el Perú, pues la legislación peruana ha regulado correctamente los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño respecto a los tratamientos médicos en menores de edad sin importar ni raza ni religión, etc., pero en el código de los niños y adolescentes si bien se ha regulado sanciones consecuentes pérdida de la patria potestad la conducta de exposición a peligro de muerte o grave daño a un menor de edad o poner en eminente gravedad la salud de un niño por parte de sus padres, este caso aún no se han dado la efectiva solución al problema de investigación, existiendo así un vacío en la norma que tienda a proteger de los derechos fundamentales del derecho a la vida y el derecho a la salud de un

la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

Artículo 11.- Obligatoriedad de los parámetros

*11.6 Acceso a servicios de salud, educación y protección sin restricción*

*Tratándose de entidades del Estado, las funcionarias y los funcionarios o servidores están obligados a garantizar el acceso de todas las niñas, niños y adolescentes a los servicios de salud, educación y protección, coordinando e intercambiando información en favor de su interés superior, evitando cualquier tipo de trámite burocrático que pudiese perjudicarlo.*

Artículo 17.- Autorización de la madre, padre, responsable o tutor para realizar pruebas, diagnósticos, procedimientos e intervenciones de salud.

*Las/los operadores de salud deben recabar autorización de la madre, padre, responsable o tutor/a para realizar pruebas, diagnósticos, procedimientos e intervenciones de salud a la niña, niño o adolescente. En caso no se otorgue el consentimiento y corra peligro la vida o pueda generarse un daño irreparable a la salud de la niña, niño o adolescente, en aplicación del interés superior del niño se puede prescindir de esta autorización.*

*Asimismo, el sector salud asegura el acceso a la información y garantiza a las y los adolescentes y a las niñas y niños víctimas de violencia sexual el servicio diferenciado de salud, el servicio integral de salud sexual y reproductiva, las pruebas rápidas, pruebas de tamizaje invasivo, entre otras, sin que medie la necesidad de autorización de la madre, padre o de la persona que asuma el cuidado de la/el adolescente para los procedimientos en favor de su interés superior.*

En efecto respecto al código de niños y adolescentes, si bien la ley N° 30323, la ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves, ha modificado el código del niño y el Adolescente, disponiendo en el literal h) del Art 77 de la suspensión de la patria potestad:

por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por el delito de agravio de sus hijos o en perjuicios de los mismo o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos. N° 125 del código penal” ..., así como la pérdida de la patria potestad regulada en el literal d) del artículo del niño y del adolescente, el que se refiere:

*La patria potestad se pierde, por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquier de los delitos previstos en el Art N° 125 del código penal...”*

Respecto a proponer una modificación de la Ley N° 30323 Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad, para incluir la suspensión relativa de la patria potestad de los padres que se niegan autorizar tratamientos médicos a favor de sus menores hijos. Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves, si bien ofrece una regulación disuasiva ( en el caso de la suspensión de la patria potestad) a aquellos actos que en el plano de los hechos pone en grave riesgo derechos fundamentales de los hijos menores de edad, como el derecho a la vida y el derecho a la salud, producto de un ejercicio abusivo de la patria potestad; sin embargo dicha regulación ( en el caso de la pérdida de la patria potestad) resulta en extremo perjudicial al Interés Superior del Niño, por cuanto más allá de la suspensión temporal de la patria potestad, en algunos casos puede culminar en la pérdida de la misma, regulación que no se condice con el respeto a los derechos fundamentales y, consecuentemente, con la salvaguarda del Interés Superior del Niño y del Adolescente. Pero

en el caso de plantear una suspensión relativa por poner en riesgo la vida de sus menores al negarse que reciban un tratamiento médico se estaría actuando en el mejor interés del menor siempre y cuando el padre recupere su derecho a la patria potestad en cuanto su hijo recupere su salud.

CASO PRACTICO.

Proyecto de Ley N° \_\_\_\_\_

**PROYECTO DE LEY: LEY QUE INCORPORA EL  
INCISO J AL ART.75 Y EL ART. 75-A, EN LEY N°  
30323 LEY QUE RESTRINGE EL EJERCICIO DE  
LA PATRIA POTESTAD.**

bachiller Merci Lizeth Goicochea Uriarte, de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el Art. N° 107 de la Constitución Política del Perú, presentan el proyecto de ley:

**I. FORMULA LEGAL**

**LEY QUE INCORPORA EL INCISO J AL ART.75 Y EL ART. 75-A, EN LEY N°  
30323 LEY QUE RESTRINGE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**

**Artículo Primero. – Incorpora el Inciso J al art.75 de la ley N° 30323.**

Adiciónese el siguiente párrafo.

Artículo 75°. – Suspensión Relativa de la Patria Potestad

*(...)*

*La patria potestad se suspende de manera relativa por los siguientes casos:  
J. que por convicciones religiosas se nieguen a dar autorización inmediata  
para que el menor sea sometido a un tratamiento médico requerido.*

**Artículo segundo. – Incorpora el art.75° - A de la ley N° 30323.**

Adiciónese el siguiente párrafo.

Artículo 75° -A. – Suspensión automática de la Patria Potestad

*En el caso que el inciso J del art 75, el menor se encuentre en un eminente  
riesgo de perder la vida, el medico a cargo debe prescindir de la  
autorización de los padres y llevar cabo el tratamiento requerido; una vez  
pasado el médico tratante debe dar conocimiento de lo ocurrido, a la*

*autoridades correspondientes a efectos que se suspenda de manera relativa la patria potestad hasta que el menor recupere por completo su salud; una vez recuperado, los padres recobrarán sus facultades solo tras la verificación de las autoridades, que el menor se encuentra bien de salud.*

## **II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Que, La constitución política del Perú, que establece en su artículo 4 *“la comunidad y el Estado protegen de manera particular a la niñez y la adolescencia”*;

Que, La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Perú con resolución legislativa N°. 25278, es el instrumento internacional más relevante en el campo de la niñez y la adolescencia, convirtiéndose en un referente para el desarrollo de las políticas públicas nacionales;

Que, la Observación general N°14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a tener su propio interés superior como consideración primordial, establece que *“El objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y desarrollo integral del niño”*

Que, el Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado con la Ley N°. 27337, en el título preliminar, el artículo IX establece que *“Todas las medidas relativas a la niñez y la adolescencia que adopte el Estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Ministerio Público, los gobiernos regionales, los municipios y sus demás instituciones, así como en el desempeño de la sociedad se tendrá en cuenta el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia y el respeto a sus derechos”*

Que, el decreto legislativo N°1098, Ley de organización y funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece en los incisos j) y m), de su artículo 5, como ámbito de su competencia *“la promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y ejercicio de liderazgo en materia de competencias y sistemas asignados”*

Que, la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece que *“El interés superior es un derecho, un principio y una norma procesal que garantiza el derecho del niño y del adolescente para ser considerado como primordial, en todas las medidas que directa o indirectamente les*

*conciernen, garantizando sus derechos fundamentales”.*

Que el Art N° 17 sobre la Autorización de la madre, padre, responsable o tutor para realizar pruebas, diagnósticos, procedimientos e intervenciones de salud, de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece que: *“Los profesionales de la salud deben obtener el permiso de la madre, el padre, el tutor o para realizar exámenes, diagnósticos, procedimientos e intervenciones de salud en una niña, un niño o un adolescente. Si no se otorga el consentimiento y existe riesgo para la vida o daño irreparable a la salud de la niña, niño o adolescente, en el interés superior del niño, esta autorización puede ser revocad”.*

### **III. ANALISIS COSTO BENEFICIO**

La propuesta legislativa no genera ningún tipo de costos para el Estado.

Por el contrario, genera un alto Bienestar al niño y al adolescente, en la garantía y protección de sus derechos fundamentales, para que no se ponga en riesgo su vida por convicciones o creencias Religiosas, y su regulación en la normativa vigente, traería muchos beneficios en protección y el bienestar del menor.

### **IV. IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN**

El presente proyecto de Ley se limita a incorporar el inciso J al artículo 75 y la implementación del Art. 75° -A de la Ley N° 30466 Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño

### III. CONCLUSIONES

1. Del Primer Objetivo, se concluye que el interés superior del niño, dado que es el principio encargado de resguardar y hacer cumplir las leyes referentes a menores de edad tiene que contar con los lineamientos jurídicos que le permiten limitar los derechos y facultades parentales respecto a la objeción de conciencia sanitaria que ejercen en representación de sus hijos menores de edad, y no solo con este derecho si no con todo aquel derecho o parámetro jurídico que ponga en riesgo el mejor interés del menor.
2. Del Segundo Objetivo, se concluye que existe una gran escala de jurisprudencias, leyes y normas que respaldan al principio del interés superior del niño, así como doctrinas, convenios y tratados internacionales, por lo que, si se presenta alguna controversia de derechos y uno de los perjudicados es un menor de edad, se recurrirá a este principio para proteger todo aquel derecho fundamental que se le esté vulnerando; por lo que dicho principio va a preponderar frente a cualquier otro derecho con el que colisione , y en este caso sería que el interés superior colisione con la objeción de conciencia , es obvio que este principio tendrá será quien tenga menor realce.
3. Del Tercer Objetivo, , con la dación de la Ley N° 30323 – Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves, si bien ofrece una regulación disuasiva (en el caso de la suspensión de la patria potestad) a aquellos actos que en el plano de los hechos pone en grave riesgo derechos fundamentales de los hijos menores de edad, como el derecho a la vida y el derecho a la salud, pero no da una solución rápida y efectiva respecto a la negativa de los padres en brindar autorización para que sus hijos sean tratados medicamente y como consecuencia de ello el menor pierda la vida o tenga algún daño irreparable.

#### IV. RECOMENDACIONES

1. Habiendo identificado que en la realidad esta controversia se ha vuelto muy común se tiene que dictar una medida radical para que no ocurran supuestos de pérdida de la vida de menores por la objeción de conciencia, se cree que la medida que se debe adoptar es la limitación, a través de una reforma del derecho a la libertad de conciencia establecida en nuestra carta magna, creo en una humilde opinión que este derecho de libertad religiosa debe ser o reformado o en todo caso quitado de nuestro ordenamiento jurídico.
2. Se debe priorizar el derecho de la vida del menor siempre que exista este supuesto, ya que no debe en ninguna circunstancia existir un grado de duda cuando se tome la decisión de salvar la vida del infante.
3. Se debe implementar un reglamento de protección al médico, ya que es este quien basándose en sus deberes éticos y profesionales toma la decisión de salvaguardar la vida del menor de edad, muchas veces dejando de lado la opinión de los padres, lo que lo llevaría a ser el implicado directo en caso que el tratamiento no funcione, y consecuentemente ser demandado para el pago de una reparación civil, es por ello que el médico deben estar protegidos por nuestra normativa cuando se presenta este tipo de casos.
4. Se debe recomendar que ante la futura aparición de casos en los que entre en peligro la vida del menor siempre se debe dejar de lado el derecho de objeción de los padres, para tal fin y que esto tenga un sustento legal se deba dar por parte del poder legislativo proyectos de ley que limiten este derecho cuando entre en controversia con otros de mayor magnitud.

## V. REFERENCIAS

- Albornoz. (2017). *“Emancipación médica del menor de edad para salvaguardar su derecho a la vida frente a la creencia del testigo de jehová sobre la transfusión sanguínea”*. Universidad Cesar Vallejos.
- Barrero, A. (2005). *“Vida, Salud y Conciencia Moral”*, Derecho y Salud.
- Alvares, J. (2017). *“El derecho de las obligaciones y los contratos”*. Lima: Instituto Pacífico.
- Araujo, J. (2015). *“El paradigma bioético y biojurídico relacionado a la transfusión urgente en el paciente testigo de Jehová: revisión de las implicaciones médico-legales aún no resueltas”*. Venezuela: Universidad de Los Andes.
- Araujo, J. (2015). *“Transfusiones y Testigos de Jehová. Derecho a la vida, a la libertad religiosa o de conciencia”*. Maracaibo: Universidad del Zulia.
- Bravo (2012), *“La Patria Potestad y sus Límites Respecto al Derecho a La Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión del Menor de Edad”*, Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- Cerna. D (2013). *“Los supuestos de aplicación del derecho a la objeción de conciencia fundamentado en las creencias ético-religiosas y su utilización por los médicos especialistas, en el Perú”*. Universidad Nacional De Cajamarca
- Cáceres, C. (2015). *“Libertad religiosa vs derecho a la vida: ¿conflicto ente derechos?”* Lima.
- Callacná. (2018). *“La afectación de los derechos fundamentales de los hijos menores de edad por el ejercicio ilimitado de la patria potestad producto de la indebida invocación de la objeción de conciencia de los padres”*. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
- Carrillo, M. (2017). *“Cuestiones médico-legales ante pacientes menores en situación de riesgo clínico”*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Congreso de la Republica. (2017). *“Constitución Política del Perú”*. Lima: Congreso de la Republica.
- Córdova, E. (2016). *“El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú”*. Piura: Pirhua.
- Craven, J; Ferrer, P & Mir, J. (2012). *“Consideraciones sobre la objeción de conciencia”* . Biética & debat, 9-12.

- Dulce, E. (2012). "*Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*". Madrid: Fiscalía General del Estado.
- García L. (2016). "*Anuario mexicano de derecho internacional- El interés Superior del Niño*". Mexico.
- García, V. (2012). "*Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: la integridad física e investigación y medicina*". Granada: Sociedad Internacional de Bioética.
- Ferrajoli, Luigi (2005). "*Los fundamentos de los Derechos fundamentales*". Madrid: Trotta, (p. 19).
- Hart, L. (1968). "*El concepto de derecho*". Buenos Aires: Carrion.
- Martorellim. V. y Sánchez. A. (2005). "*El rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová*", Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona.
- Mcnab, M; & Beca, P. (2010). "*Existen Límites en la Decisión de los Padres Sobre el Tratamiento de sus Hijos*". Santiago de Chile: Scielo.
- Moreno, M. (2015). "*Libertad religiosa y salud en clave multicultural*". Madrid: Fundación Universitaria Española.
- López, J. (1993). "*Patria potestad, tutela y curatela*". Buenos Aires. (p. 15)
- Morlans, M, Clos, D, Gómez, E & Arimany, J. (2015). "*El rechazo en las transfusiones de sangre y hemoderivados: criterios éticos, deontológicos y médico-legales*". España: Medicina Legal.
- Mosquera. (2017). "*El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú*". Universidad de Piura
- Murillo, G. (2010). "*Las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová. Aspectos ético-médico-legales aún no resueltos*". Mexico: Medicina Interna de México.
- Navarro. R., & Martínez. J. "*Las objeciones de conciencia en el derecho español*" N
- Pugiotto, A "*Obiezione di coscienza nel diritto costituzionali*", (p. 251). Cit. por: Prieto, L. (2008) "*Las objeciones de conciencia*". En: Actas de los seminarios sobre Objeción de conciencia y desobediencia civil. Madrid.
- Nogueira. H. (2003) "*Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*". Universidad

Nacional Autónoma de México.

De Lora. (2008), "*Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces*".

Oliva, F. (2013). "*la explotación del fenómeno de objeción desde el marco constitucional*".  
España.

Precht, E, & Bazán, L. (2010). "*Derecho a la libertad de creencias*". Santiago- Chile: abeledo  
perrot .

Rodríguez, S. (2015). "*La atribución de guarda y custodia en función del concreto y no  
abstracto interés superior del niño*". España: biblioteca nacional de españa.

unicef. (1989). "*Convención sobre los derechos del niño . estados miembros, asamblea  
general de las naciones unidas*".

## ANEXOS

Anexo A

Tabla 12 - Matriz de Consistencia.

	<b>Pregunta General</b>	<b>Objetivo General</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>Población</b>	<b>Técnicas e instrumentos de recolección</b>
<b>TITULO: “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO CRITERIO LIMITADOR DEL DERECHO A LA OBJECCION DE</b>	¿Es, el interés superior del niño, un criterio limitador del derecho a la objeción sanitaria ejercida por los padres en representación de sus hijos menores de edad?	Determinar al principio del interés superior del niño y del adolescente como criterio limitador del derecho a la objeción de conciencia sanitaria.	<b>Variable Independiente</b> : <b>El Interés Superior del Niño y del Adolescente</b>	- Abogados especializados en Derecho Civil y Constitucional del Colegio de abogados de Chiclayo.  Médicos Cirujanos del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo	- Análisis Documental y Encuesta  -Guía de Análisis documental y Cuestionario
	<b>Pregunta Especificas</b>	<b>Objetivo Especificas</b>			
	¿tiene el interés superior del niño lineamientos jurídicos que le permiten preponderar frente a otros derechos?	Analizar los lineamientos jurídicos que le permiten al principio del interés superior del niño y adolescente limitar derechos y facultades parentales respecto a	<b>Variable Dependiente:</b>  <b>La objeción de conciencia</b>		
	¿Considera usted, que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros?				

<b>CONCIENCIA SANITARIA EJERCIDA POR LOS PADRES”.</b>		la objeción de conciencia sanitaria que ejercen los padres en representación de sus hijos menores de edad	<b>a los tratamientos médicos.</b>		
	¿cree usted, que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad?				
	¿considera usted qué existe colisión entre el Interés Superior del Niño y el derecho a la objeción de conciencia sanitaria?				
	¿considera usted qué la indebida invocación a la objeción de conciencia sanitaria en menores de edad contraviene al el Interés Superior del Niño?	Determinar los fundamentos jurídicos que respaldan al Principio del interés superior del niño y del adolescente preponderar frente al derecho de objeción de conciencia.			
	¿Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor?				

	<p>¿Considera usted que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres?</p>	<p>Proponer la modificación de la Ley N° 30323 Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad, para incluir la suspensión relativa de la patria potestad de los padres que se niegan autorizar tratamientos médicos a favor de sus menores hijos.</p>			
	<p>¿considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios?</p>				

**Anexo B**

**ENCUESTA**  
**UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPAN**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**ENCUESTA SOBRE EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE A LA OBEJCION DE CONCIENCIA SANITARIA EJERCIDA POR LOS PADRES.**

**INSTRUCCIONES:** Lea cuidadosamente las preguntas y marque con una (x) la alternativa que crea conveniente, su respuesta nos ayudara a comprender mejor la problemática que se generan respecto el interés superior del niño frente a la objeción de conciencia sanitaria ejercida por los padres

DATOS GENERALES -----

CARGO y/o FUNCIÓN: .....

1. ¿tiene el interés superior del niño lineamientos jurídicos que le permiten preponderar frente a otros derechos?
  - a. SI
  - b. No
2. ¿Considera usted, que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros?
  - a. SI
  - b. No
3. ¿cree usted, que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad?
  - a. Si
  - b. No
4. ¿considera usted qué existe colisión entre el Interés Superior del Niño y el derecho a la objeción de conciencia sanitaria?
  - a. Si
  - b. No
5. ¿considera usted qué la indebida invocación a la objeción de conciencia sanitaria en menores de edad contraviene al el Interés Superior del Niño?
  - a. Si

- b. No
6. ¿Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor?
- a. Si
  - b. No
7. ¿Considera usted que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres?
- a. Si
  - b. No
8. ¿considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios?
- a. Si
  - b. No

Anexo C

N° 02 - ENCUESTA  
UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPAN  
ESCUELA DE DERECHO

ENCUESTA SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE A LA OBEJCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA EJERCIDA POR LOS PADRES.

INSTRUCCIONES: Lea cuidadosamente las preguntas y marque con una (x) la alternativa que crea conveniente. su respuesta nos ayudara a comprender mejor la problemática que se generan en hospitales respecto el interés superior del niño frente a la objeción de conciencia sanitaria ejercida por los padres

DATOS GENERALES Juho Cesar Mendez Tume

CARGO y/o FUNCIÓN: Abogado en derecho civil.

ÁREA: .....

1. ¿tiene el interés superior del niño lineamientos jurídicos que le permiten preponderar frente a otros derechos?  
 a. Si  
 b. No
2. ¿Considera usted, que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros?  
 a. Si  
 b. No
3. ¿cree usted, que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad?  
 a. Si  
 b. No
4. ¿considera usted que existe colisión entre el Interés Superior del Niño y derecho a la objeción de conciencia sanitaria?  
 a. Si  
 b. No
5. ¿considera usted que la indebida invocación a la objeción de conciencia sanitaria en menores de edad contraviene al el Interés Superior del Niño  
 a. Si  
 b. No

b. No

6. ¿Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor?

a. Si

~~b. No~~

7. ¿Considera usted que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres?

~~a. Si~~

b. No

8. ¿considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios?

~~a. Si~~

b. No

## Anexo D

Nº 01- ENCUESTA  
UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPAN

ESCUELA DE DERECHO

ENCUESTA SOBRE EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE A LA OBEJCIÓN DE  
CONCIENCIA SANITARIA EJERCIDA POR LOS PADRES.

INSTRUCCIONES: Lea cuidadosamente las preguntas y marque con una (x) la alternativa que crea conveniente, su respuesta nos ayudara a comprender mejor la problemática que se genera en la legislación peruana respecto al interés superior del niño frente a la objeción de conciencia sanitaria ejercida por los padres

DATOS GENERALES -----

CARGO y/o FUNCIÓN: *Doctor*

ÁREA: *Emergencias*

1. ¿tiene el interés superior del niño lineamientos jurídicos que le permiten preponderar frente a otros derechos?  
 a. SI  
 b. NO
2. ¿Considera usted, que el derecho a la objeción de conciencia se limita frente a los derechos de terceros?  
 a. SI  
 b. No
3. ¿cree usted, que el Interés Superior del Niño Limita al Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, en cuanto se vean perjudicados menores de edad?  
 a. Si  
 b. No
4. ¿considera usted qué existe colisión entre el Interés Superior del Niño y el derecho a la objeción de conciencia sanitaria?  
 a. Si  
 b. No
5. ¿considera usted qué la indebida invocación a la objeción de conciencia sanitaria en menores de edad contraviene al el Interés Superior del Niño?  
 a. Si  
 b. No

6. ¿Deben los padres renunciar a sus convicciones religiosas cuando está en grave riesgo la salud del menor?
- a. Si  
 No
7. ¿Considera usted que existen vacíos legales en el Código del niño y del adolescente respecto a administrar un tratamiento médico al menor en grave riesgo, pese a la negativa de sus padres?
- a. Si  
 No
8. ¿considera usted que se debe suspender de manera relativa el ejercicio de la patria potestad, en cuanto los padres se nieguen a autorizar que sus hijos reciban tratamientos médicos necesarios?
- Si  
b. No



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

**RAZÓN DE RELATORÍA**

La presente sentencia sólo es suscita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesta Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callings debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar resolución, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 22 días del mes de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesta Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Claudia Cecilia Chávez Mejía contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 113, su fecha 22 de marzo de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 12 de setiembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Nacional de San Agustín, solicitando la designación de un día distinto al sábado para el rendimiento de los exámenes de admisión en los programas de CEPRUNSA (Centro Preuniversitario) o del examen de admisión ordinario de la Universidad emplazada. Asimismo, solicita subordinadamente la devolución de la suma de S. 520.00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) con los intereses de ley o su compensación con otros estudios. Alega que se amenaza su derecho a la libertad religiosa y se afecta su derecho a la educación.

La recurrente, que dice ser miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

tener el sábado como día de descanso religioso, refiere que en febrero de 2011 se inscribió en el Concurso de Admisión 2011-CEPRUNSA III Fase, como postulante a la Escuela Profesional de Medicina Humana, efectuando los pagos correspondientes (S. 520 00), en la creencia de que, como ha ocurrido en otras oportunidades, los exámenes se realizarían los días domingos, y por ser un programa ventajoso, con tres pruebas parciales, cuyo puntaje acumulado define el ingreso a la Universidad, con menos competencia por la menor cantidad de postulantes. Pero al enterarse de que estos exámenes se darían los días sábados, solicitó rendirlos en fecha distinta, pedido que fue denegado, explicándosele que atender su solicitud significaría un gasto adicional para la Universidad, que no sería medida su capacidad en igualdad con los demás concursantes y que podía enterarse o enterar a los demás de las preguntas del examen. Debido a que no se atendió su solicitud, la recurrente dejó de asistir a clases.

Asimismo, al enterarse la recurrente de que el examen ordinario de admisión se iba a realizar un día domingo (y, por tanto, no tener inconveniente con la fecha), solicitó que le devolvieran los pagos realizados en el CEPRUNSA para poder inscribirse en el proceso ordinario de admisión. Sin embargo, a la fecha de inscripción y postulación del examen ordinario, su solicitud no fue atendida, respondiéndosele verbalmente que su pedido de devolución no prosperaría por haber estudiado casi un mes en el CEPRUNSA.

La emplazada contesta la demanda expresando que en ningún momento ha excluido a la recurrente sino que ella misma se excluye pues pretende imponer sus convicciones religiosas en perjuicio de miles de postulantes.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con fecha 29 de noviembre de 2011, declara infundada la demanda, por considerar que si la demandante se sometió a la programación establecida para ella y para todos los postulantes con anticipación, no puede, luego de vencido el primer mes y antes de dar examen, pretender que se cambien las fechas de los exámenes, pues ello perjudicaría tanto a los exentos de estudiantes, que ya han programado sus actividades para dichas fechas, como a la propia Universidad. Asimismo, indica que habría operado la sustracción de la materia respecto de la pretensión principal, pues los exámenes programados ya han sido realizados, careciendo de objeto la variación de las fechas. Finalmente, señala que el pedido de devolución del dinero es un asunto meramente patrimonial. La Sala revisora revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, pues a su juicio no se ha producido una vulneración del derecho a la libertad religiosa, ya que la recurrente no ha acreditado que la emplazada varió la fecha de las evaluaciones luego de que la recurrente se haya inscrito, por lo que consideró de aplicación el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

## FUNDAMENTOS

### 1) Delimitación del petitorio

Para entender el petitorio, no sólo se hace necesario apreciar el apartado correspondiente en la demanda (a fojas 8), sino leer toda ésta. De la lectura de la demanda se advierte que tanto los exámenes del CEPRUNSA como el examen del proceso ordinario de admisión se han realizado antes de la interposición de la demanda de amparo, por lo que la recurrente pide para una próxima oportunidad (a fojas 11) "la aprobación de día distinto al Sábado para el rendimiento de las pruebas parciales para el siguiente Programa CEPRUNSA, y en consecuencia, se me considere como postulante en dicho Programa mediante los pagos que he efectuado, comprometiéndome, en caso positivo, a efectuar el pago restante. En todo caso, se me considere también como Postulante para el Programa Ordinario, siempre y cuando se realice el día domingo. En el supuesto negado de que mi pretensión de postular a dicho Centro (la emplazada) se vea frustrado por continuar en el día Sábado solicito SE ME DEVUELVA el íntegro pagado con la finalidad poder (sic) sufragar los gastos de postulación a otra Universidad".

A partir de ello debe concluirse que la recurrente:

- i) Considera como una amenaza a su derecho de libertad religiosa el hecho de que en una próxima convocatoria a exámenes de admisión de la emplazada, sea a través del Programa CEPRUNSA o en el examen de admisión ordinario, exista la posibilidad de que las evaluaciones se realicen el sábado (día de su descanso religioso), por lo que pide que tales exámenes se realicen en día distinto al sábado.
- ii) Considera como una afectación a su derecho a la educación la negativa de la emplazada a devolverle los S/ 520.00 que pagó por el Programa CEPRUNSA, cuyos exámenes no pudo rendir por haber sido programados los sábados, por lo que pide que esa suma sea compensada con el costo de un futuro Programa CEPRUNSA en el que se inscribiría siempre que los exámenes no sean programados en día sábado o que, en el caso de que las evaluaciones sean en ese día, dicho dinero le sea devuelto para sufragar los gastos de postulación en otra universidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

### 2) Sobre la amenaza al derecho de libertad religiosa (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución)

#### Argumentos de la recurrente

- 1) La recurrente considera como una amenaza a su derecho de libertad religiosa el hecho de que en una próxima convocatoria a exámenes de admisión de la emplazada, sea a través del Programa CEPRUNSA o en el examen de admisión ordinario, las evaluaciones se realicen el sábado (día de su descanso religioso), por lo que pide que estos se realicen en día distinto al sábado.

#### Argumentos de la emplazada

- 2) La emplazada señala que en ningún momento ha vulnerado o limitado el ejercicio de la confesión religiosa de la recurrente, por el contrario, es ella misma la que se limita con su acción.

#### Consideraciones del Tribunal Constitucional

- 3) En lo que respecta a la amenaza de violación al derecho fundamental de libertad religiosa, por la posibilidad de que unos futuros exámenes del Programa CEPRUNSA o el examen de admisión ordinario de la emplazada se realicen en día sábado, este Tribunal debe analizar si esta alegada amenaza cumple con los requisitos de certeza e inminencia exigidos por el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.
- 4) La jurisprudencia de este supremo intérprete de la Constitución se ha ocupado de definir qué debe entenderse por certeza e inminencia de amenaza de afectación a derechos constitucionales (cfr. STC 0091-2004-PA/TC, RTC 00393-2011-PA/TC, RTC 04392-2011-PA/TC, entre otras). Así, en la STC 0091-2004-PA/TC (fundamento 8), este Tribunal afirmó que para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta "debe ser cierta y de inminente realización, es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados, tangible, esto es,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVLZ MEJÍA

*que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiéndose que implicará irremediablemente una vulneración concreta” (subrayado agregado)*

5 Así las cosas/este Tribunal advierte del análisis del caso de autos que la amenaza que alega la recurrente no cumple con los requisitos para ser tal, pues no puede ser calificada como *cierta e inminente*. En efecto, *no es cierta* por cuanto la recurrente solicita la programación de los exámenes en día distinto al sábado no en razón de su condición de alumna (que no la tiene actualmente) del Programa del CEPRUNSA, sino para una hipotética y futura inscripción en dicho Programa. Asimismo, no solicita que el examen de admisión ordinario sea en día distinto al sábado en razón de estar actualmente inscrita como postulante a la Universidad emplazada, sino para una eventual futura postulación a ésta. Del mismo modo, tampoco habría certeza de que cuando la recurrente se inscriba en el Programa del CEPRUNSA o en el proceso ordinario de admisión, los exámenes correspondientes sean realizados los sábados, especialmente si se tiene en cuenta que, como afirma la propia recurrente (a fojas 9), dichas evaluaciones, por lo general, se realizan los domingos.

6 La falta de certeza de la amenaza invocada por la recurrente llevan también a la ausencia de *inminencia* de tal amenaza, pues no hay *certeza* de que en un futuro inmediato la recurrente se inscriba como alumna en el Programa del CEPRUNSA o en el proceso ordinario de admisión de la emplazada y que los exámenes correspondientes se programen para el día sábado o que las autoridades respectivas negocien a la recurrente la posibilidad de rendir los correspondientes exámenes en un día distinto al sábado.

7 Por lo expuesto, no siendo ni cierta ni inminente la alegada amenaza de vulneración del derecho de libertad religiosa, este Tribunal debe declarar que en el presente caso no existe amenaza a tal derecho, por lo que este extremo de la demanda debe desestimarse conforme al artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

**3) Sobre la afectación del derecho a la educación (artículos 13° y 14° de la Constitución)**

**Argumentos de la recurrente**

8 La recurrente considera una afectación a su derecho a la educación la negativa de la emplazada de devolverle los S/. 520.00 que pagó por el Programa CEPRUNSA, cuyos exámenes no pudo rendir por haber sido programados los sábados, por lo que pide que esa suma sea compensada con el costo de un futuro Programa CEPRUNSA en el que se inscribiría siempre que los exámenes no sean programados en día



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

sábado o que, en caso de que las evaluaciones sea en ese día, dicho dinero le sea devuelto para sufragar los gastos de postulación a otra universidad.

**Argumentos de la emplazada**

9 La emplazada manifiesta que la recurrente ha pagado por un servicio que ha recibido y que la devolución que solicita no puede ser objeto de una demanda de amparo sino de un proceso ordinario sujeto a probanza.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

10 Son manifestaciones del derecho a la educación: *a) el acceder a una educación, b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar, y, c) la calidad de la educación”* (cfr. STC 04646-2007-AA/TC, fundamento 15). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado en su jurisprudencia que *“la educación implica un proceso de incentiación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana, y, en su horizonte, permitir la cristalización de un “proyecto de vida”* (cfr. STC 04232-2004-AA/TC, fundamento 10).

11 Asimismo, este Tribunal ha señalado que el *“proceso educativo, tan apreciado por el Estado Social y Democrático de Derecho, merece, pues, una especial tutela, la misma que se infiere del propio Texto Constitucional interpretado en clave con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en virtud de la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”* (cfr. STC 04646-2007-AA/TC, fundamento 14).

12 En lo que respecta al caso de autos, este Tribunal aprecia que la pretensión de la recurrente, dirigida a solicitar la devolución o compensación de los S/. 520.00 que pagó como alumna del Programa CEPRUNSA en el año 2011, es un asunto de mera legalidad ordinaria y de naturaleza contractual, que no está referido en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación, por lo que la recurrente podrá hacer valer esta pretensión en la forma y vía legal que corresponda.

13 Por tanto, este Tribunal estima que este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente, de conformidad con el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
ARQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVI Z MEJÍA

4) Exámenes convocados en días de descanso religioso

14 Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal aprecia que el caso de autos muestra un conflicto entre exámenes de admisión convocados por una universidad estatal y días de descanso religioso preceptivo, lo cual hace que este Tribunal deba abordar este tema, en atención a la especial importancia del derecho fundamental comprometido la libertad religiosa.

*El derecho fundamental de libertad religiosa y los principios de laicidad y colaboración*

15 El derecho fundamental de libertad religiosa se encuentra reconocido en nuestra Constitución, en primer término, en su artículo 2º, inciso 2, donde se consagra el *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa* ("Nadie puede ser discriminado por motivo de [ ] religión"). Seguidamente, en el artículo 2º (inciso 3), encontramos el reconocimiento del derecho fundamental *"a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada ( ) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público"*.

16 El Tribunal Constitucional se ha ocupado de distinguir ambas libertades, precisando que *"la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10) Por su parte, la libertad religiosa *"supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11).

17 Asimismo, este supremo intérprete de la Constitución ha indicado que el derecho fundamental de libertad religiosa consta de dos aspectos: *"uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 14; STC 256-2003-11C/TC, fundamento 15).



LXP N° 02430-2012-PA/TC  
ARQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

18 También, ha señalado este supremo intérprete de la Constitución que el derecho fundamental de libertad religiosa tiene una dimensión subjetiva (que se subdivide en un contenido interno, externo y negativo) y una dimensión objetiva

19 En su dimensión subjetiva interna, la libertad religiosa *"supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11) En su dimensión subjetiva externa, la libertad religiosa involucra la libertad para *"la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11), siempre que no se *"ofenda la moral ni altere el orden público"* (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución), lo que genera el *principio de inmunidad de coacción*, según el cual *"ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas, es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones"* (SIC 3372-2011-PA/TC, fundamento 11; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19)

20 La Constitución también reconoce una dimensión subjetiva negativa de la libertad religiosa, contenida en el artículo 2º, inciso 18, de la Constitución, conforme a la cual toda persona tiene derecho *"a mantener reserva sobre sus convicciones ( ) religiosas"*; es decir, nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión o creencias (cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 12).

21 De otro lado, el derecho de libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, contenida en el artículo 50º de la Constitución, que determina, de una parte, el *principio de laicidad del Estado* y, de otra, el *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas* (cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13)

En cuanto al *principio de laicidad*, *"el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos. Mientras el Estado no coaccione ni concorra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 25).

22 Al respecto, debe destacar este Tribunal, como ya lo ha hecho en anterior ocasión, que *"el hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución"*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

*del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa. La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo u el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las producciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú” (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 49)*

23 En coherencia con ello, se ha dicho, por ejemplo, que no afecta al principio de laicidad del Estado la organización en una entidad o institución estatal de determinadas celebraciones religiosas (la Navidad, una celebración litúrgica, etc.) —que, por lo demás, pueden explicarse por el importante papel de la Iglesia Católica en la formación cultural y moral del Perú, según reconoce el artículo 50° de la Constitución (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 38 y 40)—, siempre que se garantice la libertad de las personas para decidir si desean o no participar en tales actos (cfr. SSTC 03372-2011-PA/TC, fundamento 33; 5680-2009-PA/TC, fundamento 28).

24 Junto con el principio de laicidad del Estado, la Constitución considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia Católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones, introduciendo de este modo el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 29). Así, la Constitución no se limita a reconocer a las confesiones como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa, sino que eleva a rango constitucional la existencia de relaciones entre el Estado y las confesiones, y define la naturaleza de esas relaciones mediante el concepto de colaboración. De esta forma, “el artículo 50° de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que éstas sean de colaboración” (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 30).

25 En resumen, en cuanto a la dimensión objetiva de la libertad religiosa, puede decirse que el término “colaboración” que emplea la Constitución (unido al principio de laicidad del Estado) indica que “nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

entre ellos” (STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13, STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 31)

**Libertad religiosa y día de descanso preceptivo**

26 Conforme al artículo 3°, inciso f), de la Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa, una de las manifestaciones del derecho de libertad religiosa es el derecho de toda persona de “conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley” (resaltado agregado).

Está presente aquí el derecho a guardar el descanso religioso preceptivo, que es una forma de manifestación del derecho de libertad religiosa mediante la práctica y la observancia, conforme al reconocimiento de este derecho realizado por los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de este Tribunal (cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 18°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 18°; Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981, artículo 1°; STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 11 y 16; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 21)

27 Del ejercicio de este derecho al descanso religioso, se ha ocupado el Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa (Decreto Supremo N° 010-2011-JLS), tanto en el ámbito laboral como educativo, en tutela del aspecto positivo de la libertad religiosa (cfr. supra, fundamento 17), pues esta es una forma en que el Estado genera las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer su derecho de libertad religiosa.

28 Así, en el ámbito laboral, el Reglamento prescribe que “los empleadores, de los sectores público y privado, garantizan el derecho de los trabajadores a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que éstos consideren sagrado, siempre que el ejercicio de este derecho no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente” (artículo 6°) Esto resulta coherente con el Convenio 106 de la Organización Internacional del Trabajo, donde se reconoce el derecho al descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas, como mínimo, por cada período de siete días, que coincidirá normalmente con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N.º 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA

CLAUDIA CECILIA CHAVEZ MEJÍA

del país, pero respetándose, siempre que sea posible, "las tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas" (artículo 6º).

29 En el ámbito educativo, que es el que aquí interesa, prescribe el mencionado Reglamento

**"Artículo 7.- De las fiestas de guardar y el día de descanso en el ámbito educativo**

*Los responsables de las entidades educativas estatales brindarán las facilidades necesarias a sus estudiantes, a efectos (sic) que en el ejercicio de su derecho a conmemorar sus festividades y guardar el día de su descanso y siempre que el ejercicio de este derecho no afecte el normal funcionamiento de las actividades curriculares de la entidad"*

30 Es clara la importancia, desde la tutela de los derechos humanos, de los conflictos suscitados por exámenes programados en días de descanso religioso preceptivo, como lo prueba que estos casos hayan sido materia de pronunciamiento por otros tribunales de justicia según muestra la experiencia comparada. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas — hoy de la Unión Europea — (Case 130/75, *Vivien Prats v Council of the European Communities*, de 1976) resolvió que la autoridad convocante de un concurso público (en el caso, la Secretaría del Consejo de las Comunidades Europeas, para cubrir un puesto de traductor) debe tomar en consideración los días de descanso religioso de los participantes del concurso, salvo cuando estos no son comunicados oportunamente a la autoridad y especialmente si la fecha del examen ya ha sido informada a los demás concursantes. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana consideró que el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) vulneró el derecho a la libertad de cultos del accionante (miembro de la Iglesia Evangélica de Quibdó) al no programar un día distinto al domingo para presentar el examen de estado para el ingreso a la Educación Superior (cfr. sentencia T-493 de 2010), y en la sentencia T-448 de 2007, dicha Corte determinó que la Universidad Nacional de Colombia vulneró el derecho fundamental a la libertad de cultos que profesa el demandante (Adventista del Séptimo Día), por no permitirle rendir el examen de admisión un día distinto al sábado

**La objeción de conciencia**

31 En tanto que el reclamo formulado en autos aparentaría ser un caso de objeción de conciencia, interesa detenerse en este instituto, para determinar si, efectivamente, se trata de ella.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N.º 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA

CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

32 La objeción de conciencia es definida por el artículo 4º de la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa, en los siguientes términos:

*"La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas"*

*Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece"*

33 La objeción de conciencia representa un claro exponente del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión. Así lo ha entendido, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al señalar (refiriéndose a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio) que, si bien en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, "ese derecho puede derivarse del artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias" (Observación General N.º 22, 1993, n.º 11).

34 Este Tribunal ha tenido oportunidad de ocuparse de ella en la STC 0895-2001-AA/TC (fundamento 7), detallando que "el derecho constitucional a la objeción de conciencia (...), permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa". Es decir, la objeción de conciencia es la negativa al cumplimiento de una deber jurídico "cuya exigencia de cumplimiento ríñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa", pudiendo dicha obligación "provenir incluso, de un mandato legal o constitucional" (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 4)

35 También, este supremo intérprete de la Constitución ha precisado que "la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos" (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

36. En atención a ello, debe tenerse en cuenta que la objeción de conciencia no podrá estar fundada en meras opiniones o ideas del objetor, sino que, tratándose de la protección de la libertad de conciencia y de religión, la objeción debe sustentarse en convicciones religiosas que, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han alcanzado en el individuo "un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia" (Sentencia *Campbell and Cosans v The United Kingdom*, del 25 de febrero de 1982, n° 36); y, además, como este Tribunal ha resaltado en anterior oportunidad, "la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente" (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7)

37. En la misma línea, si bien, por aplicación del derecho-principio de igualdad (artículo 2°, inciso 2, de la Constitución), puede aceptarse que a través de la objeción de conciencia se protejan también convicciones que no sean estrictamente de carácter religioso, éstas, al menos, deben poseer una intensidad axiológica equiparable a lo religioso, es decir, ser convicciones o creencias que desempeñen en la vida del individuo un papel semejante al que ocupan los preceptos religiosos en quienes practican una religión tradicional, de las que se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento de la persona.

38. En atención a lo dicho, y conforme ya lo ha señalado este Tribunal, la procedencia de la negativa del objetor a someterse a la conducta que, en principio, le sería jurídicamente exigible, "debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber" (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7)

39. En efecto, resolver los conflictos de objeción de conciencia involucra, como se ha dicho en anterior ocasión, la necesidad de "una razonable ponderación de los intereses que están en juego" (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 4), que concluya con determinar cuándo prevalece la objeción de conciencia y cuándo el deber legal objetado, por lo que el ejercicio de la objeción de conciencia no debería quedar limitado a unas concretas modalidades previstas en una ley, sino más bien debería ser, en último término, el juez quien, en cada caso concreto, pondere los derechos o bienes constitucionales en conflicto, teniendo en cuenta los límites de la objeción de conciencia, que, por supuesto, son los correspondientes a la libertad religiosa, la moral y el orden público, que, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12), deben entenderse como las limitaciones previstas en la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (cfr. Cuarta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

Disposición Final y Transitoria de la Constitución; artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 18).

40. Revisada la doctrina precedente sobre la objeción de conciencia, este Tribunal concluye que los conflictos suscitados por exámenes programados en días que, según la religión de una persona, son de descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, no serían en estricto casos de objeción de conciencia, pues carecerían del requisito del *deber jurídico* a objetar (cfr., *supra*, STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7), ya que la persona no estaría obligada legalmente a rendir el examen en cuestión.

41. Pero aun cuando no estemos ante casos de objeción de conciencia, no significa que en ellos no puedan suscitarse situaciones que exigen tutela del derecho de libertad religiosa. A este propósito, se hace necesario distinguir dos supuestos. El primero está referido a los exámenes correspondientes a una asignatura conducentes a la aprobación de ésta. En tal caso, asiste al alumno el derecho de solicitar un cambio de fecha del examen y la entidad educativa estatal, realizando un esfuerzo de acomodación o adaptación razonable que permita *armonizar* (cfr. artículo 3°, inciso "f", de la Ley de Libertad Religiosa) o conciliar la fecha de realización del examen con el respeto de la libertad religiosa del alumno, debería brindarle una fecha alternativa para rendir el examen.

42. Un segundo supuesto está referida a exámenes de admisión a entidades educativas estatales (por ejemplo, universidades), como es el caso de autos, convocados en el día de descanso religioso de algún concursante. En tales casos, el respeto al derecho-principio de igualdad exige que el examen tenga lugar simultáneamente para todos los concursantes, pues de esta forma se garantiza que haya una igual comparación de las capacidades y méritos de todos ellos, a fin de obtener, en igualdad de oportunidades y condiciones, una puntuación que les permita alcanzar una plaza y el orden de su adjudicación. En estas circunstancias, un examen realizado a algún postulante en fecha distinta a la de los demás, acarrearía el riesgo de romper injustificadamente esa igualdad en la evaluación de la capacidad y méritos de todos los concursantes, sea que el contenido del examen fuera el mismo o diferente en ambas fechas. Por estas razones, la entidad educativa no está obligada en este caso a señalar una fecha alternativa de examen para el concursante que, por razones de conciencia, solicite rendir el examen en fecha distinta a la convocada. Sin perjuicio de ello, conforme al citado artículo 7° del Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa, las entidades educativas estatales deben procurar convocar a sus exámenes de admisión en fechas que no entren en colisión con el día de descanso religioso de los concursantes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que respecta a la amenaza de afectación de los derechos a la libertad religiosa y a la educación, de acuerdo con el artículo 2° del Código Procesal Constitucional
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo que respecta a la solicitud de devolución de los S/ 520 00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) pagados por la recurrente a la emplazada, conforme al artículo 5°, inciso 1. del Código Procesal Constitucional.
3. **EXHORTAR** a la emplazada Universidad Nacional de San Agustín a fin de que, en lo sucesivo, atienda las solicitudes de las personas que manifiesten que, por razón de sus creencias religiosas, el día fijado para realizar un examen entra en colisión con lo establecido por su confesión religiosa como descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, conforme a los fundamentos 41 y 42, *supra*.

Publíquese y notifíquese

SS

URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ  
CALLE HAYEN  
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico

OSCAR DÍAZ NUÑOZ  
SECRETARIO AJUDANTE  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02430-2012-PA/TC  
AREQUIPA  
CLAUDIA CECILIA CHÁVEZ MEJÍA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Nacional de San Agustín con el objeto de que disponga la designación de un día distinto al sábado para el rendimiento de los exámenes de admisión en los programas de CEPRUNSA (Centro Preuniversitario) o del examen de admisión ordinario de la Universidad emplazada. Asimismo, solicita subordinadamente la devolución de la suma de S/. 520.00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) con los intereses de ley o su compensación con otros estudios. Alega que se amenaza su derecho a la libertad religiosa y se afecta su derecho a la educación.

Refiere la recurrente que es miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y tener el sábado como día de descanso religioso. Refiere también que en febrero de 2011 se inscribió en el Concurso de Admisión 2011-CEPRUNSA III Fase, como postulante a la Escuela Profesional de Medicina Humana, efectuando los pagos correspondientes (S/. 520.00), en la creencia de que, como ha ocurrido en otras oportunidades, los exámenes se realizarían los días domingos, y por ser un programa ventajoso, con tres pruebas parciales, cuyo puntaje acumulado define el ingreso a la Universidad con menos competencia por la menor cantidad de postulantes. Pero al enterarse de que estos exámenes se darían los días sábados, solicitó rendirlos en fecha distinta, pedido que fue denegado, explicándosele que atender su solicitud significaría un gasto adicional para la Universidad, que no sería medida su capacidad en igualdad con los demás concursantes y que podía enterarse o enterar a los demás de las preguntas del examen. Debido a que no se atendió su solicitud la recurrente dejó de asistir a clases.

2. El proyecto puesto a mi vista analiza de manera correcta la pretensión expuesta en su demanda por la actora, concordando en la desestimatoria de la demanda respecto a la alegada afectación del derecho a la libertad religiosa y a la educación, puesto que el establecimiento de un día determinado para el examen de admisión tiene como finalidad la evaluación en igualdad de condiciones de todos los postulantes a presentarse, en tal sentido la excepción de dicha regla implicaría que la transparencia de dicha evaluación pueda ser puesta en duda, por ende la entidad no está obligada a señalar una fecha alternativa para la concursante, puesto que la naturaleza del examen propiamente lo impide. Asimismo concuerdo con la declaratoria de improcedente del extremo referido a la solicitud de devolución de los S/. 520 00 nuevos soles, puesto que ello no forma parte del contenido

