



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRIA EN DERECHO**



**“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”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

AUTOR:

Abog. GUISELA PAOLA CALLACNÁ SENCIO

ASESOR:

DR. MARIANO LARREA CHUCAS

**LAMBAYEQUE - PERÚ
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 OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA DE LOS PADRES**

GUISELA PAOLA CALLACNÁ SENCIO
AUTORA

DR. MARIANO LARREA CHUCAS
ASESOR

**PRESENTADA A LA ESCUELA DE POST GRADO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO

SECRETARIO DEL JURADO

VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE, SETIEMBRE DE 2017.

DEDICATORIA

A la memoria de mi amada abuelita María Petronila, quien con su grandeza de amor y cuidado maternal formó en mi un ser humano capaz de enfrentar los retos de la vida diaria.

A mis padres por su ejemplo y sacrificio sin límites manifestado en todo momento.

AGRADECIMIENTOS

*A los maestros de mi querida Universidad
por los conocimientos impartidos en las
aulas universitarias.*

TABLA DE CONTENIDOS – ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

TABLA DE CONTENIDOS - ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 1.1. DEFINICIÓN
 - 1.2. CONTENIDO ESENCIAL
 - 1.3. TITULARIDAD
 - 1.4. CLASIFICACIÓN
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS
 - 2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS
 - 2.2. LA AUTONOMÍA DEL NIÑO EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA
 - 2.3. REGULACIÓN
 - 2.3.1. DERECHO NACIONAL
 - 2.3.2. DERECHO INTERNACIONAL

CAPÍTULO II

LA PATRIA POTESTAD

1. ASPECTOS CONCEPTUALES
 - 1.1. DEFINICIÓN
 - 1.2. FUNDAMENTO
2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO PERUANO Y EN EL DERECHO COMPARADO
 - 2.1. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO PERUANO
 - 2.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO
 - 2.1.2. CÓDIGO CIVIL
 - 2.1.3. CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE
 - 2.2. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO
 - 2.2.1. COLOMBIA
 - 2.2.2. ARGENTINA
 - 2.2.3. CUBA

CAPÍTULO III

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS PADRES

1. ASPECTOS CONCEPTUALES
 - 1.1. DEFINICIÓN
 - 1.2. FUNDAMENTO
 - 1.3. RECONOCIMIENTO LEGAL
 - 1.4. LÍMITES
 - 1.5. MANIFESTACIONES
2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO PERUANO
 - 2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO
 - 2.2. JURISPRUDENCIA
3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO
 - 3.1. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA
 - 3.2. ESPAÑA

CAPÍTULO IV
EL RIESGO DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS
HIJOS MENORES DE EDAD POR EL EJERCICIO ILIMITADO DE LA PATRIA
POTESTAD ANTE LA PROYECCIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE
LOS PADRES

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA
 - 1.1. DESCRIPCIÓN
 - 1.2. JUSTIFICACIÓN
 - 1.3. CONSECUENCIAS
 - 1.3.1. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA
Y A LA SALUD DEL HIJO
 - 1.3.2. EJERCICIO ABUSIVO DE LA PATRIA POTESTAD
2. EXPERIENCIA EXTRANJERA
 - 2.1. ESPAÑA
 - 2.2. COLOMBIA
3. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

CONCLUSIONES

RECOMENDACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

RESUMEN

La investigación parte de la falta de previsión de 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, debido al ejercicio ilimitado de la patria potestad producto de la indebida invocación de la objeción de conciencia de los padres.

El objetivo principal de la tesis 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.

La hipótesis de la investigación consiste en que SI se incorpora en el Código Civil y en el Código del Niño y del Adolescente una norma disuasiva al ejercicio abusivo e ilimitado de la patria potestad, como la incorporación de una nueva causal de suspensión de la patria potestad, ENTONCES se logrará evitar poner en riesgo los derechos fundamentales de los hijos menores de edad como el derecho a la vida o a la salud, producto del indebido ejercicio de aquella potestad legal.

La propuesta teórica comprende el desarrollo de un amplio marco normativo, dogmático y jurisprudencial de los temas relacionados con la investigación, como son los derechos fundamentales del niño, la patria potestad y la objeción de conciencia.

En suma, la tesis pretende evidenciar la necesidad de incorporar en la legislación peruana 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.

ABSTRACT

The research part of the lack of foresight of those rules deterrent parental behaviors that seriously threaten the fundamental rights of minor children, including the right to life and health, because of the unlimited exercise of parental authority product of improper invocation of conscientious objection of parents.

The main objective of the thesis is to demonstrate the need to incorporate in the Peruvian Civil Code or the Code of Children and Adolescents those rules deterrent parental behaviors that seriously threaten the fundamental rights of the minor children, as the right to life and health, for the exercise of parental authority unlimited product of improper invocation of conscientious objection of parents.

The research hypothesis is that is incorporated in the Civil Code and the Code of Children and Adolescents deterrent norm and unlimited in the abusive exercise of parental authority, such as the incorporation of a new cause for suspension of parental authority then was achieved avoid jeopardizing fundamental rights of minor children as the right to life or health, the result of improper exercise of that legal authority.

The theoretical proposal includes the development of a comprehensive policy framework, dogmatic and jurisprudential issues related to research, such as the fundamental rights of children, parental rights and conscientious objection.

In short, the thesis aims to show the need to incorporate in the legislation of those rules deterrent parental behaviors that seriously threaten the fundamental rights of minor children, including the right to life and health, for the unlimited exercise of parental product of improper invocation of conscientious objection of parents.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la configuración del sistema jurídico por reglas y principios lleva implícita la posibilidad de confrontación, denominando al primer caso antinomia jurídica (conflicto normativo) y al segundo colisión de principios.

Uno de los supuestos de colisión de principios es aquel que se genera entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa y, en específico, la objeción de conciencia ante determinados tratamientos médicos.

La objeción de conciencia es la negativa del individuo, por razones de conciencia, al cumplimiento de una obligación que, en principio, le resulta jurídicamente exigible. Con ella no se pretende justificar el incumplimiento de los mandatos legales por la satisfacción de un capricho o un interés egoísta, sino se busca la protección del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión, expresamente consagrado en el artículo 2 inciso 3 de la Constitución Política del Estado de 1993.

No obstante reconocer, con las objeciones éticas y jurídicas del caso, que en la actualidad el derecho a la objeción de conciencia posibilita a una persona humana mayor de edad incluso negarse a tratamientos médicos que devengan en su muerte, aquella proyección -hasta cierto punto ilimitada- se ve enfrentada en menores de edad, ya sea por considerar que debido a su minoría de edad aun no cuentan con la madurez mental para la plena comprensión de las repercusiones de sus actos, como por el hecho de considerar que los padres, aun cuando disfruten del pleno ejercicio de la patria potestad, no pueden afectar los derechos fundamentales de terceros, como es el de sus propios hijos.

No obstante reconocer que la objeción de conciencia de los padres enfrenta una seria restricción en cuanto a su intención de proyección de aquella para resolver asuntos relacionados a sus menores hijos, el hecho real es que la legislación civil no ofrece una regulación disuasiva 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.

La investigación tiene por finalidad analizar la falta de previsión de normas disuasivas de aquellas conductas de los padres que ponen en grave riesgo 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, a efecto de poder concluir en qué es necesario superar aquel vacío mediante la incorporación de un mecanismo disuasivo eficaz en el ordenamiento jurídico peruano.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. DEFINICIÓN

Los derechos que hoy en día tienen los pueblos ante la autoridad estatal, no han sido obra del reconocimiento espontáneo del Estado, sino del reconocimiento histórico paulatino a través de exigencias del pueblo, y no en pocos casos han ido aparejados del derramamiento de sangre, lo que motiva sostener que el constitucionalismo histórico ha ido acompañado por una serie de conquista de derechos.¹

El neoconstitucionalismo constituye el nuevo paradigma jurídico surgido de aquel devenir histórico, resultante de la confluencia de modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional, principalmente tras la Segunda Guerra Mundial, habiendo obtenido un reconocimiento explícito en los textos constitucionales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después.²

¹ FERRAJOLI al respecto señala: "La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas ecologistas y pacifistas." FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. Trad. Miguel Carbonell, Cuestiones Constitucionales, Nº. 15, julio-diciembre, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 116

² CARBONELL al respecto señala: "El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial". CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009, p. 9

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, busca la interpretación del derecho en base a principios, valores y reglas, los cuales se encuentra comprendidos en la Constitución, pues aquella no solo comprende reglas sino también principios y valores.³ El constitucionalismo contemporáneo concibe así a la Constitución como un ente viviente, como una norma abierta, no cerrada al cambio, con apertura a modificaciones. La Constitución es omnipresente, pues es el objeto sobre el cual debe medirse todas las cosas, incluso el ejercicio del poder, pues “(...) *en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley constitucional*”.⁴

Los derechos fundamentales juegan un papel fundamental dentro del paradigma neoconstitucionalista, lo cual supone la necesidad de delimitar su contenido: como derechos naturales, aquellos inherentes al ser humano; como derechos humanos, aquellos derechos universales e imprescriptibles, inherentes a la dignidad de la persona independientemente de su reconocimiento estatal o no; garantías constitucionales, si están protegidos por el ordenamiento jurídico de un Estado y cuentan con medios de protección para evitar atropellos del mismo; derechos subjetivos públicos, entendidos como las facultades que tienen los ciudadanos y que son oponibles al Estado; derechos de tutela concreta, en cuanto guardan cercanía con el titular del interés jurídico; derechos de tutela colectiva, que obedecen a intereses legítimos como lo es el derecho de huelga; o bien si son derechos difusos que protegen intereses simples a través de buenos deseos o aspiraciones como por ejemplo el derecho al medio ambiente.

No obstante la diversidad de enfoques, consideramos adecuada la aceptación de una noción amplia de derechos fundamentales.

³ “En la actualidad, el mundo jurídico sufre una fuerte revolución o cambio de paradigma científico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo y formalismo jurídico. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma [...] interpreta el Derecho no sólo como un conjunto de normas jurídicas, sino como una combinación armónica de principios, valores, reglas”. AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría Política y Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 93.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales*. Ob. cit., p. 115.

FERRAJOLI define los derechos fundamentales como “(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas”.⁵

PÉREZ LUÑO diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, señalando: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los "derechos fundamentales" se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reformada”.⁶ En suma, según PÉREZ LUÑO “(...) los derechos fundamentales como derechos humanos positivizados.”⁷

1.2. CONTENIDO ESENCIAL

El contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es el conjunto de valores supremos ordenados y sistematizados que tienen como fundamento propio, el origen de dos raíces basadas en los valores de libertad e igualdad, siendo la incorporación de dichos valores en el ordenamiento jurídico a través de los derechos y libertades fundamentales.

El Tribunal Constitucional peruano al respecto ha señalado: “(...) en

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los Derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005, p. 19.

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1984, p. 44

⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004, p. 54.

efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere de un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho dignidad humana, al que se reconduce, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona". (STC. EXP. N° 1417-2005-PA/TC. Fundamento 21).

1.3. TITULARIDAD

Son titulares de derechos fundamentales no solo las personas naturales, sino también las personas jurídicas, hecho que se deriva a partir de los postulados de la teoría de la extensión de los derechos constitucionales, la cual sostiene que las personas jurídicas por extensión de los derechos subjetivos de sus miembros que la conforman, también pueden ser titulares de derechos fundamentales en ciertas circunstancias y siempre que su naturaleza lo permita.

El Tribunal Constitucional peruano al respecto ha señalado: “(...) *desde la génesis de los derechos fundamentales estos fueron creados para la persona, humana. Así, los mismos nacen con una eficacia negativa; sin embargo dentro de la evolución de los derechos fundamentales estos fueron concebidos como libertades positivas, alcanzando esta evolución en la actualidad una eficacia incluso entre los particulares. Somos de la opinión de que la protección de los derechos fundamentales alcanza a los seres humanos cuando estos actúan de manera individual, como cuando estos deciden participar de actividades que involucran la necesaria intervención de otros seres humanos, como son por ejemplo la vida política, social, entre otros, lo cual ha sido perfectamente legitimado por el artículo 2° inciso 17 de la Constitución Política del Perú cuando establece que: Toda persona tiene derecho: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación)*”. (STC. EXP. N° 03868-2007-PA/TC)

1.4. CLASIFICACIÓN

La revisión de la doctrina permite advertir una diversidad de criterios

para la clasificación de los derechos fundamentales. Analicemos a continuación algunos de ellos.

1.4.1. SEGÚN LA GENERACIÓN

De acuerdo con el desarrollo histórico y cultural, la clasificación de las principales categorías de derechos por “generaciones”, se ha efectuado de la siguiente manera:

1.4.1.1. DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN

El reconocimiento de los derechos subjetivos públicos, es decir de aquellos derechos que tienen las personas frente a un Estado ante una posible violación o conculcación de los mismos se producen en un estado de derecho liberal; concibiéndose a esos “**derechos de primera generación**” como aquellos que han adquirido la condición de ciudadanos y participan en las decisiones políticas fundamentales de un estado.

AGUILERA PORTALES establece una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico de las distintas transformaciones del Estado con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales, señalando que “*Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, derechos individuales descubiertos en las Revoluciones liberales*”.⁸

NOGUEIRA ALCALÁ precisa que es a partir de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que reconoce derechos civiles y políticos considerados de primera generación, son “(...) esencialmente

⁸ AGUILERA PORTALES, Rafael. Teoría Política y Jurídica, México: Porrúa, 2008, p. 93.

derechos individuales frente al Estado y Derechos políticos de participación en el Estado, se fueron nutriendo bajo el modelo norteamericano de las constituciones liberales de Europa y América Latina hasta la Primera Guerra Mundial de 1914.”⁹

PÉREZ LUÑO, en igual sentido, considera que dentro de las libertades públicas están los derechos personales, civiles y políticos; las libertades públicas contribuyen al desarrollo del ser humano; los derechos civiles son facultades de los particulares ante el estado; y los derechos políticos dan la posibilidad para que el ciudadano participe en la formación de la voluntad estatal.¹⁰

En suma, los derechos de primera generación, están conformados por la libertad de pensamiento y expresión, el derecho a no ser molestado por creencias o prácticas religiosas, el derecho al uso y goce exclusivo de algunos bienes, el derecho de cada ciudadano a elegir su trabajo y a emplear el tiempo libre de manera autónoma, los derechos políticos o derechos de democracia, que le abren al ciudadano la posibilidad de participar en la actividad legislativa y en la dirección del Estado, entre otros.

1.4.1.2. **DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN**

Los derechos fundamentales de segunda generación corresponden al llamado Estado social y tienen tal carácter los derechos de grupo, en oposición a los de primera generación,

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 3.

¹⁰ PÉREZ LUÑO señala: “En las libertades públicas encontramos a los derechos personales, civiles y políticos. “Los primeros son aquellos que permiten el desarrollo de la personalidad humana y a los que el Estado respeta un ámbito de autonomía, los civiles –basándose en Jellinek– son pretensiones o facultades jurídicas de los particulares frente a los poderes públicos; y los políticos, los que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado a través del ejercicio de determinadas funciones públicas, que es a la vez un derecho y un deber ciudadano”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004, p. 1014

que no protegen a un individuo en lo particular, sino más bien a grupos vulnerables, grupos económica y/o socialmente débiles, como los derechos que tienen los trabajadores frente a los patrones, así como los derechos de los campesinos, a fin de poner un equilibrio en esa relación de desigualdad que en su momento privaba, por ello, a través de los llamados derechos sociales¹¹, interviene el Estado para poner un equilibrio a esa relación mediante derechos económicos, sociales y culturales. PÉREZ LUÑO precisa que los derechos sociales, culturales y económicos aparecen hasta el siglo XIX y se plasman a inicios del XX, en las constituciones mexicana de 1917, la de Weimar de 1919, española de 1931, francesa de 1946, italiana de 1947, alemana en 1949, la griega en 1975, la de Portugal en 1976, y la de España de 1978.¹²

NOGUEIRA ALCALA expresa que: *“Los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman al Estado de Derecho liberal en un Estado Social y democrático de derecho, durante el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, desde 1946 en adelante, lo que se recogerá en las Constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos [...] buscan asegurar condiciones de vida dignas a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, basados en los valores de igualdad y solidaridad, lo que, a su vez, permite el paso del Estado liberal al Estado social de derecho.”*¹³

1.4.1.3. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

Los derechos de tercera generación son aquellos que corresponden al Estado Constitucional de Derecho. En efecto, el Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004, p. 233

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004, p. 243

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 4.

tercera generación¹⁴, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos y plurales de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital. PÉREZ LUÑO precisa que estamos [...] *ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales*".¹⁵

1.4.2. SEGÚN EL CONTENIDO

El presente criterio de clasificación considera el objeto o bien que protegen y a la finalidad que se persigue con esa protección, en relación con la razón última de los derechos que es la dignidad del ser humano, pero partiendo de valores como la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad que incorporan en una síntesis armoniosa e integral los aportes liberales, socialistas y democráticos en la construcción de los derechos fundamentales derivados de tales valores.¹⁶

Según esta última clasificación los derechos fundamentales se clasifican en: 1º) derechos personalísimos; 2º) derechos de sociedad, comunicación y participación; 3º) derechos políticos; 4º) derechos de seguridad jurídica; y, 5º) derechos económicos.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid: Tecnos, 1995, p. 15

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid: Tecnos, 1995, p. 16

¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio; Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y otros, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 453-458.

1.4.2.1. DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Son derechos personalísimos o también conocidos como derechos individuales aquellos que buscan proteger a la persona en sí misma, con independencia de sus relaciones con los demás. Podemos mencionar entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y religiosa, al honor, a la propia imagen y el derecho a la objeción de conciencia, entre otros.

1.4.2.2. DERECHOS DE SOCIEDAD, COMUNICACIÓN Y PARTICIPACIÓN

Los derechos de sociedad, comunicación y participación, conocidos tradicionalmente como derechos civiles, son aquellos que buscan proteger a la persona en el ámbito de su vida de relación, favoreciendo la sociabilidad y el libre intercambio entre sus pares. Entre ellos se encuentran, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la libertad de cultos, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de expresión y de información, el derecho a la creación literaria, científica, artística y técnica, la libertad de cátedra, y de enseñanza, el derecho de asociación, etc.

1.4.2.3. DERECHOS POLÍTICOS

Los derechos políticos, tradicionalmente conocidos como derechos de participación política, son aquellos que favorecen la participación de sus titulares en la formación de los poderes y demás organismos públicos del Estado; asimismo, comprende el derecho a intervenir en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, entre otros.

1.4.2.4. DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

Los derechos de seguridad jurídica, tienen como

propósito brindar los mecanismos procesales que garanticen el ejercicio eficaz de su pretensión; asegurándose que la interpretación, aplicación y ejecución de las normas sean las mas adecuadas . Podemos ubicar aquí el derecho a la libertad y a la seguridad, así como los derechos integrantes del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva, etc.

1.4.2.5. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los derechos económicos, sociales y culturales, son aquellos que protegen diversas esferas de carácter económico o cultural en el ámbito privado, haciendo posible el libre desarrollo de la personalidad, a través de la elección de planes de vida. Cabe mencionar entre ellos, al derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, etc.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La identificación del momento histórico preciso en que el niño-menor de edad aparece como personaje relevante de la sociedad es sumamente complejo. No obstante, la doctrina identifica tres principales posturas:

- La primera tesis, representada por PHILIPPE ARIES, quien puede ser considerado el precursor de esta disciplina: el de reconstruir la evolución del concepto de niño a la largo de la historia, sobre todo en Europa. Aries, especialista en la historia de la vida privada, en su obra *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*¹⁷ publicada por primera vez en 1962, sostiene que la categoría de la infancia fue ignorada hasta fines del siglo XVI, circunscribiéndose el concepto de niño a uno más entre los miembros de la sociedad, toda vez que no existía diferencia entre el niño y el adulto, a tal punto que en las

¹⁷ ARIÈS, Phillipe. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus, 1987, p. 145.

representaciones pictóricas de dicha época (pinturas familiares), los niños tenían las características de un hombre mayor pero en dimensión reducida.

- La segunda tesis puede representarse por la tesis de LLOYD DE MAUSE, quien por el contrario, sostiene que en “ la antigüedad el maltrato infantil fue una práctica generalizada ya que los padres proyectaban sus propias frustraciones en sus hijos, siendo éstos quienes satisfacían las necesidades de afecto, vinculación, de los mayores”¹⁸.
- La tercera tesis propone que la atención hacia los hijos deriva de una inclinación natural tal como se desprende de la teoría sociobiológica, de tal forma que es posible concluir que el ser humano siempre ha cuidado de su descendencia como condición para la supervivencia de la especie¹⁹.

No obstante la formulación de las tres posturas, aquellas coinciden en aceptar que el concepto de infancia - tal como lo consideramos hoy en día - es una construcción social que apareció en una época tardía de la historia, donde el papel del niño en la sociedad estuvo seriamente postergado sobre todo en el contexto de las relaciones paterno filiales. Esto parece confirmado por la evolución histórica de lo que podríamos llamar tratamiento jurídico a la infancia, en lo que se refiere a la forma en que los derechos se relacionaban con la minoría de edad.

Respecto del tratamiento jurídico, resulta igualmente compleja la descripción exacta del nexo entre minoría de edad y derechos, por lo menos

¹⁸ DE MAUSE, Lloyd. Historia de la Infancia. Madrid: Alianza Universidad, 1982, p. 48

¹⁹ POLLOCK, Linda, Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 86. Las investigaciones de Pollock incluyen también el análisis de diversas fuentes, es especial diarios personales y autobiografías, en los que se basa para sostener su teoría, sin embargo, las fuentes corresponden a los siglos XVI al XX, por lo que no sus afirmaciones no refutan las de los otros especialistas que sitúan la aparición del “sentimiento de infancia” a finales del siglo XVI.

en la antigüedad, pues la situación jurídica del niño se encuentra profundamente vinculada a la relación de filiación. En efecto, es bastante conocido que la patria potestad en Roma supuso un poder de disposición sobre la vida del hijo; donde el pater familiae era quien decidía todo lo concerniente a las personas que estaban bajo su custodia, dentro de las cuales estaban los hijos . Posteriormente, en la edad media, el niño considerado ya como parte de los numerosos grupos familiares que constituían la base de la estructura social, su función se circunscribía a continuar el linaje y alimentar la cantidad de miembros del clan para hacer más fuerte al jefe de familia y permitirle aumentar su poderío. Es en el renacimiento (siglos XV y XVI), cuando el hombre empieza a verse a sí mismo como individuo y el consiguiente paso de la familia extensa a la familia nuclear, que el niño empieza a destacar como personaje central; no obstante ello, tuvieron que transcurrir varios siglos antes de que se le reconociera el papel protagónico que tiene en la actualidad.

Es por tanto, en los diversos contextos sociales de la historia, el rol del niño ha ido evolucionando, sin embargo, la adquisición de los derechos subjetivos del mismo demoraría aún en darse, en tanto que hasta la actualidad tal situación no es aceptada completamente, por vincular los derechos con capacidades adultas. Esto se explica, cuando como resultado de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se generaliza la idea del hombre como titular de derechos subjetivos, limitada al ciudadano-varón y propietario, quedando el niño y la mujer incluídos en la esfera de protección legal del padre de familia. Tal situación se entendía en que el niño aun no era considerado titular de derechos, adjudicándose al progenitor una esfera de inmunidad en la cual el Estado no estaba legitimado para inmiscuirse, lo cual incluía la facultad para educar y corregir al hijo en la forma que decidiera. Esta tendencia prevaleció durante mucho tiempo, como muestra basta mencionar que en el siglo XIX el Código Civil otorgaba al padre la facultad para hacer uso de las prisiones del

Estado si “tenía motivos muy graves de queja por la conducta de su hijo²⁰”: *“El padre que tiene motivos muy graves de queja por la conducta de un hijo” puede apelar ante el tribunal de distrito; hasta los dieciséis años, la detención no puede exceder de un mes; desde esa edad hasta la mayoría, puede alcanzar hasta los seis meses. Las formalidades -y las garantías- son muy reducidas: no hay ningún documento escrito ni ninguna formalidad judicial, como no sea la orden misma de arresto, en la que no aparecen enunciados los motivos. Si tras su libertad, el hijo “cae en nuevos extravíos”, puede ordenarse de nuevo su detención.”²¹*

La transformación de esta concepción restringida de los derechos subjetivos tardaría casi dos siglos en darse, siendo el hijo-niño el último en ser independizado de este espacio considerado estrictamente privado, aunque tampoco es posible afirmar que la libertad de la mujer tenga una larga tradición histórica en Occidente, y mucho menos en otras culturas en las que se responde a esquemas de organización familiar que otorgan un protagonismo casi exclusivo al varón. Es entonces cuando es posible hablar de derechos fundamentales en la familia y no de la familia, lo cual entraña una diferencia que parece sutil pero que tiene enormes implicaciones sobre todo en lo que respecta a la dignidad y autonomía de cada uno de sus miembros. Debo adelantar que esta nueva visión, que ha quedado consagrada internacionalmente en derechos subjetivos positivos en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas firmada en 1989, no supone negar que la familia como institución básica de la estructura social deba tener derechos como tal, pero sí afirmar que ello no debe tener como consecuencia implícita la negación de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes considerados como centros independientes de intereses, lo que intentaré argumentar a continuación. El reconocimiento de los derechos del niño dentro de la familia constituye el último eslabón en este largo camino de la afirmación de la igual dignidad de cada ser humano,

²⁰ Gonzáles Contró, Mónica. “Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia”.

Encontrado en:

http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho_de_Familia/Los%20derechos%20fundamentales%20del%20ni%C3%B1o.pdf

²¹ HUNT, Lynn. La vida privada durante la Revolución Francesa. En: Historia de la vida privada. Coordinadores: Phillipe Ariès y Georges Duby. Madrid: Taurus, 1991, t. 7, p. 129.

independientemente de su sexo, edad o capacidades físicas o psíquicas. Por esta razón, es quizá que todavía existen algunas voces que se oponen a esta forma de entender la protección del hombre durante esta etapa de la vida humana.²²

2.2 LA AUTONOMÍA DEL NIÑO EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

Después de un profundo y dinámico proceso de reconocimiento de los derechos de los niños, la infancia comenzó a ser materia de pronunciamiento por parte de los ordenamientos jurídicos de la gran mayoría de países y de la comunidad internacional; todos enmarcados en una corriente universal de progreso en la garantía y protección de los derechos humanos de los niños expresados en la adopción de instrumentos jurídicos con creciente poder vinculante y el afianzamiento del principio de no discriminación.

Es precisamente uno de estos logros, el que se reconozca a los niños todos los derechos humanos consagrados a todas las personas, sin distinción ni discriminación alguna; siendo deber del Estado promover y garantizar dicha protección igualitaria.

En consecuencia, el niño goza de la protección jurídica que las constituciones de los diferentes países, los instrumentos internacionales le otorgan, al ser titular de derechos fundamentales y gozando además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos jurídicos especiales y también generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la

²² Ídem

Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

2.3 REGULACIÓN

2.3.1 DERECHO NACIONAL

En nuestro sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños se encuentran contenidas principalmente en la Constitución Política del Estado de 1993 y el Código del Niño y del Adolescente y de modo específico en diversas leyes especiales.

Especial relevancia tiene el artículo 4° de la Constitución Política del Estado de 1993 cuando refiere: *“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.”*.

Por otro lado, el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, señala: *“El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.”*

Del mismo modo, el art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, refieren: *“ 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*

resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

En general, en todo nuestro ordenamiento jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños, tienden a reafirmar que: a).- Todos los niños tienen iguales derechos al igual que el resto de seres humanos, teniendo en cuenta la particularidad de cada caso y estado de desarrollo de la infancia; b).- Los derechos propios de la niñez (como los derivados de la relación paterno/filial); c).- La regulación de los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; así como d).- Orientar las políticas del Estado en relación a la infancia, limitando la actuación de las autoridades cuando la situación lo requiera.

2.3.2 DERECHO INTERNACIONAL

En materia de derecho internacional tenemos los siguientes instrumentos de protección de los derechos del niño: 1º) La Declaración de los Derechos del Niño; 2º) Convención sobre los Derechos del Niño; 3º) Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado; 4º) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; 5º) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); 6º) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"); 7º) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; y, 8º) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Ante la trascendencia de los dos primeros instrumentos internacionales, procederé a efectuar un análisis histórico somero de ambos.

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Constituye el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño, siendo aprobada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Ello implicó que previamente a su aprobación, precediera el reconocimiento de otros instrumentos jurídicos internacionales tales como la Declaración de Ginebra (1924), la cual reconocía derechos específicos a los niños, así como la responsabilidad y compromiso en el respeto de dichos derechos por parte de los adultos; y, posterior a ello, con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se advirtiera ciertas deficiencias en la Declaración de Ginebra, propiciando así la modificación de dicho texto y se procediera a elaborar una segunda Declaración de los Derechos del Niño.

A diferencia de la Convención sobre los derechos del Niño, la Declaración de los derechos del Niño no define qué periodo comprende la infancia, es decir la edad de inicio y la edad de término. Sin embargo, el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, resalta la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial , “incluyendo una protección legal adecuada, antes del nacimiento y después del nacimiento”; en tanto población vulnerable que requiere de tutela eficaz, oportuna y que sea la consideración primordial a tener en cuenta por parte de cualquier institución pública o privada.

La nota característica de la Declaración de los Derechos del Niño es que, no obstante ser breve, busca mejorar las condiciones de la niñez, buscando fortalecer y reafirmar lo establecido en cierto

momento por la Declaración Universal de los Derechos Humanos; esto es mejorar las condiciones en que se desarrolla la vida del ser humano en determinada etapa de su vida: la niñez.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Después de muchos años de reflexión, consultas, debate y negociaciones entre los gobiernos, profesionales, organizaciones de apoyo a la infancia y grupos religiosos de todo el mundo, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, la cual entró en vigor desde el día siguiente.

La Convención sobre los derechos del niño es un tratado internacional, de carácter vinculante, que garantiza el cumplimiento obligatorio por parte de los Estados que lo han ratificado, *a respetar y a asegurar que se respeten todos los derechos que ésta establece en nombre de los niños; siendo en la actualidad, el Tratado Internacional de Derechos que más respaldo ha tenido en el mundo. Sólo dos no lo han ratificado aún.*

La Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de otros textos como los Pactos Internacionales, la Convención sobre la OIT, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, constituye el texto mas completo y de gran trascendencia en la protección de los derechos humanos del niño, toda vez que contiene los derechos civiles, políticos económicos, sociales, culturales, de los cuales gozan todos los niños, así como la promoción y defensa de los derechos de los niños con necesidades especiales, los pertenecientes a minorías y de los niños refugiados.

La Convención refleja un nuevo enfoque jurídico social sobre la

infancia, en la que al niño, niña o adolescente ya no se le considera objeto de protección (Doctrina de la situación irregular) sino sujeto de derechos (Doctrina de la Protección Integral), en tanto individuo y miembro de una familia y una comunidad con derechos y responsabilidades.

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

Asimismo, define como "niña" o "niño" a toda persona menor de 18 años, a menos que las leyes pertinentes reconozcan antes la mayoría de edad.

CAPÍTULO II

LA PATRIA POTESTAD

1. ASPECTOS CONCEPTUALES

1.1. DEFINICIÓN

Etimológicamente el término patria potestad, proviene de raíces romanas, donde “patria” alude al *pater familia* y el término “potestad” denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no sólo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole.

La patria potestad, según MORINEAU, “(...) fue concebida como una institución de protección de los intereses de quien la ejercía, razón por la cual todos los derechos estaban a favor de ésta y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a aquella. Así, de origen, la autoridad paternal del pater potestas (conocido también como pater familiae) fue similar a la del amo sobre el esclavo en tanto que se ejercía de forma total tanto sobre la persona como sobre los bienes de aquellos que estaban sujetos a la patria potestad; posteriormente y conforme fue evolucionando la institución en estudio, esta enérgica autoridad fue variando hasta convertirse en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes tanto para padres como para hijos, es decir, tanto para quien ejerce la patria potestad como para aquél o aquellos que se encuentran bajo ella”.²³

LÓPEZ DEL CARRIL define la patria potestad como “(...) una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y

²³ MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho Romano; México: Oxford University Press; 2000; p. 146.

*sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo”.*²⁴

HERNÁNDEZ CANELO, refiere: “En Roma, la patria potestad era el poder atribuido al padre de familia, o sea la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación y la adopción”.²⁵

PLÁCIDO VILCACHAGUA, en relación a la patria potestad y su función tuitiva, señala: “La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de éstos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley”.²⁶

VARSÍ ROSPIGLIOSI define la patria potestad como “(...) la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella, a tal punto que el término “filiación” implica, de por sí, patria potestad, ya que ésta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación”.²⁷ Agrega: “La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los

²⁴ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Patria potestad, tutela y curatela. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 15.

²⁵ HERNÁNDEZ CANELO, Rafael. Derecho Romano, Historia e Instituciones. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2014, p. 328.

²⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derecho de Familia. 2º ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 317-318

²⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Grijley, 2004, p. 240

padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que éstos adquieran plena capacidad."²⁸

En suma, la patria potestad es la coexistencia de deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos que el ordenamiento jurídico reconoce y que tienen como único fin el desarrollo integral de los hijos así como la realización de aquellos.

1.2. FUNDAMENTO

Todo ser humano durante determinado etapa de su existencia, desde el nacimiento y hasta cierto período de tiempo requiere de la asistencia de otras personas, toda vez que debido a su inmadurez física y mental no le es posible ejercer sus derechos directamente. Esta es la razón de ser de la institución de la patria potestad, pues busca cubrir ese estado de necesidad natural y cuya obligación corresponde a los padres con relación a sus hijos.

CASTÁN VÁZQUEZ revela que el fundamento de la patria potestad se halla en la misma naturaleza: las disposiciones que a ella se refieren constituyen un reconocimiento legal a lo que es la facultad natural de los padres. Las Partidas la concibieron con tal naturaleza al proclamar: "*Poder, e señorío han los padres sobre los fijos, segund razón natural, e segund derecho. Lo uno, porque nascen de ellos; lo otro, porque han de heredar lo suyo*"²⁹. En efecto, la patria potestad no es una creación de la ley, sino de la naturaleza; en tanto que la ley no las confiere, sólo regula los derechos y deberes de los padres para con los hijos y viceversa; toda vez que los mismos vienen impuestos por la naturaleza, esto es por el acto mismo de la procreación.

Su existencia es anterior al Estado, por lo que éste tiene limitada su

²⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Grijley, 2004, p. 243.

²⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit, p. 13. Asimismo, LOPEZ DEL CARRIL, ob. cit, p. 15.

intervención a los casos en los que la función se cumple con abuso, de forma que puede regularla, pero no abolirla o menoscabarla. Su intervención es supletoria, para mejorar o afianzar el ejercicio de la patria potestad y no para suplantar los vínculos de la naturaleza³⁰. En efecto, siendo el Estado consciente de sus limitaciones, al no contar con las condiciones adecuadas para la protección efectiva del niño(a) y adolescente, es que postula que los mismos se mantengan integrados a su familia, o en su caso, que forme parte de una familia sustituta, donde renace generalmente el instituto de la patria potestad; y, sólo cuando ello sea imposible, por "circunstancias particulares" se disponga la internación de aquél.

La patria potestad se estructura como un complejo de poderes y deberes de quienes la ejercen frente a sus hijos y que se pueden reducir a dos planos: el personal y el patrimonial.

En el plano de las relaciones personales, tiene como fin que el menor de edad alcance su desarrollo físico, intelectual y social, tal como lo dispone el artículo 6° de la Constitución Política del Estado de 1993. En tanto, en el aspecto patrimonial, el instituto tiene como misión proteger el patrimonio del niño y suplir la incapacidad de ejercicio de éste derivada de su falta de madurez abstractamente considerada por el legislador, logrando, a través de la representación y administración legales, que pueda ser destinatario de efectos jurídicos, para lo cual se encuentra impedido de actuar por sí mismo.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO PERUANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO PERUANO

2.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

El primer referente normativo de la patria potestad sin duda alguna lo constituye la Constitución Política del Estado de 1993, en

³⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit, p. 13.

cuyo artículo 6° regula los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, al señalar: *“Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”*.

CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, comentando el texto constitucional, señala: *“El segundo párrafo de la norma bajo comentario recoge la institución de la patria potestad, señalando que es deber y derecho de los padres (entiéndase padre y madre) alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (entiéndase hijos e hijas), y es deber de los hijos respetar y asistir a sus padres. Los derechos y deberes paternos filiales están regulados por el Código de los Niños y Adolescentes y supletoriamente por el Código Civil”*.³¹

En efecto, la norma constitucional regula la figura de la patria potestad, pero en forma escueta, dejando a las normas infraconstitucionales, como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes el desarrollo de los deberes y derechos que conlleva aquella institución; pues aquélla es un derecho subjetivo familiar que lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre padres (padre y madre) e hijos (entiéndase hijos e hijas) y entre hijos y padres. Ambas partes tienen una serie de derechos y obligaciones, así como facultades y deberes.

CASTRO PÉREZ-TREVIÑO al respecto señala: *“En lo relativo a los derechos y deberes de los padres señalados en la norma constitucional, estos son parte de aquellos que les reconoce el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 74) a los padres y madres que ejercen la patria potestad. El artículo 24 del mencionado cuerpo legal señala otros deberes de los hijos, además de los previstos en la norma constitucional”*.³²

³¹ CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Director: Walter Gutiérrez. Tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 46.

³² CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Director: Walter Gutiérrez. Tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 47.

2.1.2 EN EL CODIGO CIVIL

El legislador del Código Civil de 1984, atendiendo a la trascendencia de la institución de la patria potestad en el seno de la familia, ha establecido claramente las normas relacionadas con el ejercicio de la misma, los criterios a aplicarse según la clase de filiación, los deberes y derechos que genera su ejercicio, así como todas las cuestiones relativas a la representación legal de los hijos hasta que alcancen la mayoría de edad y la aplicación del usufructo legal.

También en el cuerpo normativo referido se regulan las normas sobre la pérdida, privación y restitución de la patria potestad; las cuales deben ser comparadas al momento de su aplicación con los supuestos establecidos en el artículo 77 y 78 del Código del Niño y del Adolescente.

En así que respecto a su ejercicio, los padres tienen los deberes de asistencia, protección y cuidado para con sus hijos hasta que adquieran la mayoría de edad, salvo el supuesto de capacidad adquirida en los que no obstante los hijos no haber adquirido la mayoría de edad (mayores de 16 y menores de 18 años) adquieren capacidad de ejercicio cuando obtienen título oficial que les permite ejercer una profesión u oficio o contraer matrimonio; o también cuando se tiene la condición de padre/madre (mayores de 14 años) cesa la incapacidad para la celebración de determinados actos jurídicos establecidos por ley.

Por otro lado, no obstante el Principio constitucional de no discriminación respecto a la filiación de los hijos, el Código Civil de 1984 todavía contiene normas discriminatorias respecto al ejercicio de la patria potestad, según se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Con relación a los primeros, la ejercerán los padres de modo conjunto, ya que ambos tienen su representación legal; salvo que en caso de desacuerdo, será el juez de familia quien atendiendo al Principio del interés superior del niño o adolescente resuelva a favor de uno u otro. Respecto a los hijos

extramatrimoniales, esta institución se ejerce en atención al reconocimiento que hubieren hecho los padres; esto es que si se efectuó el mismo por parte de uno de ellos, será este quien gozará de su ejercicio. Y si ambos padres hubieren efectuado el reconocimiento, serán otros criterios como la edad, sexo del hijo, las circunstancias de vivir juntos o separados de sus padres, o lo que más importe su interés superior lo que definirá el ejercicio de la patria potestad a favor de uno u otro progenitor.

Sin perjuicio de la regulación de los deberes y derechos que trae consigo el ejercicio de la patria potestad regulado por el Código del Niño y del Adolescente, merece especial atención el ejercicio de la administración de los bienes de los hijos, quienes no podrán ejercer sus derechos por sí mismos hasta que adquieran la mayoría de edad; sin embargo dada su condición de sujeto de derecho con capacidad de goce, pueden adquirir la titularidad de derechos y de obligaciones, estando consecuentemente facultado por ley para comprar, vender, arrendar bienes así como obligarse frente a terceros, celebrando dichos actos a través de sus padres o representantes legales, quienes administrarán sus bienes protegiendo su patrimonio.

Entonces a fin de cautelar el patrimonio de sus hijos, le corresponde la administración al padre que se encuentre en ejercicio de la patria potestad; sin embargo, el legislador ha establecido excepciones, excluyendo de la administración legal de los padres los siguientes bienes: 1º) aquellos donados a los hijos bajo la condición de que los padres no los administren; 2º) los bienes dejados por testamento con igual condición; 3º) los adquiridos por los hijos mediante su trabajo, profesión o actividad empresarial; y, 4º) los bienes que los padres han entregado a sus hijos para el desarrollo de un trabajo, profesión o industria.

En virtud de dicha representación, la ley faculta y posibilita a los padres a ejercer los actos jurídicos en beneficio del cuidado de la persona y de los bienes de sus hijos. Sin embargo, existen excepciones dado el carácter personalísimo del acto que lo impide, por lo que deben ser ejercitados por los propios hijos: a) Reconocer a su hijo (artículo 393°, CC); b) Prestar su asentimiento para casos de adopción (artículo 378°, inc. 4, CC); c) La madre menor de edad puede solicitar la declaración judicial de su hijo (artículo 407°, CC); d) Ejercer derechos personales y decidir si adquiere a título gratuito (artículo 455, CC); e) Contraer obligaciones o renunciar a derechos (artículo 456°, CC) f) El menor con discernimiento puede trabajar con autorización de sus padres (artículo 457°, CC); g) El menor con discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa (artículo 458°, CC). - Decidir la administración de sus bienes (artículo 459°, CC); h) El mayor de 14 años puede recurrir al juez por los actos de su tutor (artículo 530°, CC); i) El mayor de 14 años puede pedir la remoción de su tutor (artículo 557°, CC). - Los padres menores de edad pueden ser tutores (artículo 421°, CC); j) Los menores no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida (artículo 1358°, CC); k) El incapaz de ejercicio responde por los daños causados con discernimiento (artículo 1975°, CC).

Por otro lado, el Código Civil en sus arts. 461°, 462°, 463°, 469° y 471° hace referencia a la pérdida, privación y restitución de la patria potestad, cuyas normas deben ser analizadas e interpretadas en concordancia con lo dispuesto en el art. 75°, 76°, 77° y 78° del Código del Niño y del Adolescente a fin de evitar contradicciones que puedan generar confusión en la solución de un determinado conflicto de intereses.

Así el artículo 469° del Código Civil regula la consecuencia de la pérdida, privación, limitación y suspensión de

patria potestad, cuyo texto ha sido modificado, si bien no expresamente, por lo menos de manera tácita por el Código del niño y del adolescente, toda vez que las categorías pérdida, privación, limitación y suspensión de la Patria Potestad han sido incorporadas a las categorías de suspensión y pérdida reguladas por el Código del Niño y del Adolescentes; haciendo énfasis que respecto a las causales de suspensión de la patria potestad reguladas en el Código Civil, se han incorporado otras en el Código del Niño y del Adolescente, las cuales serán tratadas más adelante.

El artículo 471 del Código Civil regula la restitución de patria potestad, cuyo texto señala: *“Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.*

La acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.

En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107,108-B,110,125,148-A,153,153-A,170,171,172,173,173-A,174,175,176,176-A,177,179,179-A,180,181,181-A,183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”.

La norma legal materia de comentario regula la restitución de la patria potestad.

PLÁCIDO VILCACHAGUA al respecto señala: *“(…) por el*

*principio de protección de la familia, el sistema jurídico tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento. Este postulado aplicable a los casos de restricción del ejercicio de la patria potestad, exige que la relación paterno-filial se restablezca, se recomponga, cuando ello convenga al interés superior de los hijos. Y es que, por un lado, el padre incumplido puede rectificar su conducta y, por el otro, la eventualidad impediende puede desaparecer. En estas circunstancias, procede la restitución del ejercicio de la patria potestad”.*³³

Respecto a la restitución de la patria potestad, conforme a lo dispuesto por el Código Civil opera judicialmente, de modo total o parcial, según el interés del niño(a) y adolescente; sin embargo, es preciso señalar que según la última modificación al artículo 471° por la Ley N° 30323, la restitución de la patria potestad solo operará cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; no operando sin embargo en determinadas circunstancias tales como la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107,108-B,110,125,148-A,153,153-A,170,171,172,173,173-A,174,175,176,176-A,177,179,179-,180,181,181-A,183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley N° 25475.

2.1.3 EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

El artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes regula los deberes y derechos de los padres, cuyo texto señala: *“Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:*

- a) Velar por su desarrollo integral;*
- b) Proveer su sostenimiento y educación;*

³³ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo III. Derecho de Familia, Segunda Parte, Lima: Gaceta Jurídica, p. 117.

- c) *Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;*
- d) *Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente³⁴;*
- e) *Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;*
- f) *Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;*
- g) *Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;*
- h) *Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y*
- i) *Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.”.*

El artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes regula la suspensión de la patria potestad, cuyo texto señala: “*La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:*

- a) *Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;*
- b) *Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;*
- c) *Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;*
- d) *Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;*
- e) *Por maltratarlos física o mentalmente;*
- f) *Por negarse a prestarles alimentos;*
- g) *Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.*
- h) *Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-*

³⁴ Literal derogado por la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 30403, pub. 30/12/2015.

A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183- B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

i) Por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente.

El Código de los Niños y Adolescentes ha modificado íntegramente el sistema del Código Civil referido a las restricciones de la patria potestad, como son la pérdida (artículo 462°), la privación (artículo 463°) y la limitación (artículo 464°), toda vez que las causales referidas a dichas figuras las regula bajo el supuesto único de suspensión (artículo 75°), contemplando, asimismo, nuevas causales de pérdida de la patria potestad (incisos c,d y e del artículo 77°).

Es así que las causales de pérdida de la patria potestad paterna se pierde ante la concurrencia de las siguientes causales: 1°) declaración judicial de desprotección familiar (inciso c); 2°) la condena por delito doloso cometido en agravio de los hijos o en perjuicio de los mismos (inciso d); y, 3°) la reiterancia en la suspensión de la patria potestad por los hechos a que se refieren los incisos c), d), e) y f) del artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes.

Sin embargo, cabe anotar que la suspensión o pérdida de la patria potestad no libera al padre pernicioso del cumplimiento del deber de sostenimiento y asistencia de los hijos, conforme al artículo 94° del Código de los Niños y Adolescentes.

El régimen del Código del Niño y Adolescente difiere del derogado del Código Civil, además que, en éste la pérdida de la patria potestad puede ser restituida en determinados casos; mientras que en aquél, la pérdida de la patria potestad es irreversible.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, comentando el tratamiento normativo de la suspensión de la patria potestad por el Código de los Niños y Adolescentes, señala que aquel “(...) regula en un mismo artículo los casos de restricción al ejercicio de la patria potestad por eventualidades que de hecho impidan su ejercicio, sin que los padres lesionen el interés de sus hijos, con los supuestos de hecho que suponen incumplimientos imputables a los padres que lesionan los intereses de los hijos; recargando, con ello, inútilmente el trabajo judicial por cuanto los primeros no requieren ser evaluados, calificados o impuestos por el Juez de Familia”.³⁵

Frente al incumplimiento de los deberes que entraña el ejercicio de la patria potestad, será el juez de familia quien sancione las restricciones al ejercicio de la misma, previo análisis de las causales que se invoca. Ello es así por el principio de que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, por mandato judicial la autoridad competente determine, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en virtud del interés superior del niño (artículo 9, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

El artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes regula la vigencia de la patria potestad, cuyo texto señala: “En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.”.

El artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes regula la extinción o pérdida de la patria potestad, cuyo texto señala: “La Patria Potestad se extingue o pierde:

a) Por muerte de los padres o del hijo;

³⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo III. Derecho de Familia, Segunda Parte, Lima: Gaceta Jurídica, p. 117.

- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;*
- c) Por declaración judicial de desprotección familiar;*
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos; o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148 A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183- B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.*
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d) e) y f) del artículo 75°; y,*
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46° del Código Civil.*

El Código de los Niños y Adolescentes regula en los incisos a), b) y f) del artículo 77, similares causales de extinción de la patria potestad se regulan en el artículo 461 del Código Civil; con la misma omisión de no contemplar a la adopción. Empero, en el mismo artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes también se han regulado los casos en que se pierde la patria potestad; lo que no responde a una buena técnica legislativa, por poder provocar interpretaciones erróneas sobre la naturaleza de cada caso.

Los casos de pérdida de la patria potestad regulada en el Código del Niño y del Adolescente son la declaración judicial de desprotección familiar, la condena por delito doloso cometido en agravio de los hijos o en perjuicio de los mismos y la reiterancia en la suspensión de la patria potestad por hechos imputables a los padres.

El artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes regula la restitución de la patria potestad, cuyo texto señala: “*Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución*

cuando cesa la causal que la motiva.

El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

La norma bajo análisis está sustentada en el principio del interés superior del niño, recogido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En efecto “(...) uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres”³⁶

El artículo 79 del Código de los Niños y Adolescentes regula la petición de suspensión o pérdida de la patria potestad, cuyo texto señala: “Los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés pueden pedir la suspensión o la pérdida de la Patria Potestad.”.

El artículo 80° del Código de los Niños y Adolescentes regula la facultad del Juez, cuyo texto señala: “El Juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público.

El Juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado.

Cuando el niño o el adolescente tienen bienes propios, el Juez procederá según las normas contenidas en el Código Civil.”

³⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 83.

2.2 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO

2.2.1 COLOMBIA

El artículo 288° del Código Civil, regula la definición de patria potestad, cuyo texto señala: *“La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.*

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.

El artículo 289° del Código Civil, regula la patria potestad por legitimación, cuyo texto señala: *“La legitimación da a los legitimantes la patria potestad sobre el menor de 21 años no habilitado de edad y pone fin a la guarda en que se hallare”.*

El artículo 290° del Código Civil, regula la limitación por razón del cargo. , cuyo texto señala: *“La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo. Los empleados públicos, menores de edad, son considerados como mayores en los concerniente a sus empleos”.*

El artículo 291° del Código Civil, regula la usufructo de los bienes de los hijos, cuyo texto señala: *“El padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijos de familia, exceptuados:*

1o) El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial.

2o) El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los

padres; si sólo uno de los padres fuere excluido, corresponderá el usufructo al otro.

3o) El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro.

Los bienes sobre los cuales los titulares de la patria potestad tienen el usufructo legal, forman el peculio adventicio ordinario del hijo; aquéllos sobre los cuales ninguno de los padres tienen el usufructo, forman el peculio adventicio extraordinario”.

El artículo 292° del Código Civil, regula la duración del usufructo legal, cuyo texto señala: *“Los padres gozan del usufructo legal hasta la emancipación del hijo”.*

El artículo 293° del Código Civil, regula las cauciones, cuyo texto señala: *“Los padres no son obligados a prestar caución en razón de su usufructo legal”.*

El artículo 294° del Código Civil, regula el peculio profesional, cuyo texto señala: *“El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial”.*

El artículo 295° del Código Civil, regula la administración de los bienes del usufructo legal, cuyo texto señala: *“Los padres administran los bienes del hijo sobre los cuales la ley les concede el usufructo. Carecen conjunta o separadamente de esta administración respecto de los bienes donados, heredados o legados bajo esta condición.”.*

El artículo 296° del Código Civil, regula la administración y usufructo de bienes donados o heredados, cuyo texto señala: *“La condición de no administrar el padre o la madre o ambos, impuesta por el donante o testador, no les priva del usufructo, ni la que los priva del usufructo les quita la administración, a menos de expresarse lo uno y lo otro por el donante o*

testador".

El artículo 297° del Código Civil, regula la exención de inventario solemne, cuyo texto señala: *"Los padres que como tales administren bienes del hijo no son obligados a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasaren a otras nupcias; pero a falta de tal inventario, deberán llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que comience la administración."*

El artículo 298° del Código Civil, regula la responsabilidad de los padres en la administración, cuyo texto señala: *"Los padres son responsables, en la administración de los bienes del hijo, por toda disminución o deterioro que se deba a culpa aún leve, o a dolo"*.

El artículo 299° del Código Civil, regula la cesación de la administración y del usufructo, cuyo texto señala: *"Tanto la administración como el usufructo cesan cuando se extingue la patria potestad y cuando por sentencia judicial se declare a los padres que la ejercen responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la primera."*

Se presume culpa cuando se disminuye considerablemente los bienes o se aumenta el pasivo sin causa justificada."

El artículo 300° del Código Civil, regula la administración por curador, cuyo texto señala: *"No teniendo los padres la administración de todo o parte del peculio adventicio ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración. Pero quitada a los padres la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley les da el usufructo, no dejarán por esto de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración"*.

El artículo 301° del Código Civil, regula la celebración de negocios no autorizados, cuyo texto señala: *"En el caso del artículo precedente, los negocios del hijo de familia no autorizados por quien ejerce la patria potestad o por el curador adjunto, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial."*

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar el fiado (excepto en el giro

ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de los padres. Y si lo hiciere no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.”.

El artículo 302° del Código Civil, regula la responsabilidad contractual del hijo de familia, cuyo texto señala: *“Los actos o contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que sean autorizados o ratificados por quien ejerce la patria potestad, obligan directamente a quien dio la autorización y subsidiariamente al hijo hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos negocios.”.*

El artículo 303° del Código Civil, regula la autorización para disponer de bienes inmuebles, cuyo texto señala: *“No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.”.*

El artículo 304° del Código Civil, regula las limitaciones a los padres en la administración, cuyo texto señala: *“No podrán los padres hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.”.*

El artículo 305° del Código Civil, regula el litigio contra quien ejerce la patria potestad, cuyo texto señala: *“Siempre que el hijo tenga que litigar contra quien ejerce la patria potestad, se le dará un curador para la litis, el cual será preferencialmente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio; y si obrare como actor será necesaria la autorización del juez.”.*

El artículo 306° del Código Civil, regula la representación judicial del hijo, cuyo texto señala: *“La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres.”.*

El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o

representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem.

En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador ad litem.”.

El artículo 307° del Código Civil, regula el ejercicio y delegación de la representación y administración, cuyo texto señala: “Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta, corresponderán los mencionados derechos al otro.

En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia de acuerdo con las normas procesales pertinentes. ”.

El artículo 308° del Código Civil, regula las acciones penales contra el hijo de familia, cuyo texto señala: “No será necesaria la intervención de los padres para proceder contra el hijo en caso de que exista contra él una acción penal; pero aquéllos serán obligados a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa.”.

El artículo 309° del Código Civil, regula la capacidad testamentaria del hijo, cuyo texto señala: “El hijo de familia no necesita de la autorización paterna para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte. ”.

El artículo 310° del Código Civil, regula la suspensión de la patria

potestad, cuyo texto señala: *“La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.*

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.”.

El artículo 311° del Código Civil, regula el decreto de la suspensión de la patria potestad, cuyo texto señala: *“La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ellos los parientes del hijo y el defensor de menores.”.*

2.2.2 ARGENTINA

La patria potestad se encuentra regulada en el derecho argentino desde los artículos 264° a 310° del Código Civil de la República de la Argentina. A continuación, la reproducción de las normas legales vigentes.

El artículo 264° del Código Civil señala: *“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:*

1ro. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o cuando mediare expresa oposición;

2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o

nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación;

3ro. En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro;

4to. En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido;

5to. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria;

6to. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.”.

El artículo 264° bis del Código Civil señala: *“Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad”.*

El artículo 264 ter del Código Civil señala: *“En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez, podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años”.*

El artículo 264° quater del Código Civil señala: *“En los casos de los*

incisos 1ro., 2do., y 5to. del art. 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

1ro. Autorizar al hijo para contraer matrimonio;

2do. Habilitarlo;

3ro. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

4to. Autorizarlo para salir de la República;

5to. Autorizarlo para estar en juicio;

6to. Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial;

7mo. Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.

En todos estos casos si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar.”.

El artículo 265° del Código Civil señala: *“Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.”.*

El artículo 266 del Código Civil señala: *“Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios.*

Tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes”.

El artículo 267° del Código Civil señala: *“La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”.*

El artículo 268° del Código Civil señala: *“La obligación de dar alimentos a*

los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta”.

El artículo 269° del Código Civil señala: *“Si el menor de edad se hallare en urgente necesidad, que no pudiese ser atendido por sus padres, los suministros indispensables que se efectuaren se juzgarán hechos con autorización de ellos.”.*

El artículo 270° del Código Civil señala: *“Los padres no están obligados a dar a sus hijos los medios de formar un establecimiento, ni a dotar a las hijas”.*

El artículo 271° del Código Civil señala: *“En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.”.*

El artículo 272° del Código Civil señala: *“Si el padre o la madre faltaren a esta obligación, podrán ser demandados por la prestación de alimentos por el propio hijo, si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el ministerio de menores.”.*

El artículo 274° del Código Civil señala: *“Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código”.*

El artículo 275° del Código Civil señala: *“Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres.*

Tampoco pueden, antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres”.

El artículo 276° del Código Civil señala: *“Si los hijos menores dejasen el*

hogar, o aquel en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hubiesen sustraído a su obediencia, o que otros los retuvieran, los padres podrán exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. También podrán acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos, y a las personas que los retuvieren.”.

El artículo 277° del Código Civil señala: *“Los padres pueden exigir que los hijos que están bajo su autoridad y cuidado les presten la colaboración propia de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa.”.*

El artículo 278° del Código Civil señala: *“Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.”.*

El artículo 279° del Código Civil señala: *“Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad”.*

El artículo 280° del Código Civil señala: *“Los padres no pueden hacer contrato de locación de los servicios de sus hijos adultos, o para que aprendan algún oficio sin asentimiento de ellos”.*

El artículo 282° del Código Civil señala: *“Si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.”.*

El artículo 283° del Código Civil señala: *“Se presume que los menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria,*

sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 131. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo o sólo el usufructo, no tuvieren los padres.”.

El artículo 284° del Código Civil señala: *“Los menores adultos ausentes del hogar con autorización de los padres, o en un país extranjero, o en un lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para su alimento u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan las necesidades que padecieren.”.*

El artículo 285° del Código Civil señala: *“Los menores no pueden demandar a sus padres sino por sus intereses propios, y previa autorización del juez, aun cuando tengan una industria separada o sean comerciantes.”.*

El artículo 286° del Código Civil señala: *“El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar.”.*

El artículo 287° del Código Civil señala: *“El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:*

1ro. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres;

2do. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres;

3ro. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.”.

El artículo 288° del Código Civil señala: *“El usufructo de dichos bienes exceptuados, corresponde a los hijos.”.*

El artículo 290° del Código Civil señala: *“Es implícita la cláusula de no tener los padres el usufructo de los bienes donados o dejados a los hijos menores, cuando esos bienes fuesen donados o dejados con indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos o rentas.”*.

El artículo 291° del Código Civil señala: *“Las cargas del usufructo legal del padre y de la madre son:*

- 1ro. Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar;*
- 2do. Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo;*
- 3ro. El pago de los intereses de los capitales que vengzan durante el usufructo;*
- 4to. Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo.”*.

El artículo 292° del Código Civil señala: *“Las cargas del usufructo legal son cargas reales. A los padres por hechos o por deudas no se les puede embargar el goce del usufructo, sino dejándoles lo que fuese necesario para llenar aquéllas.”*.

El artículo 293° del Código Civil señala: *“Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad con excepción de los siguientes:*

- 1ro. Los que hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.*
- 2do. Los adquiridos por herencia, legado o donación cuando hubieran sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que los padres no los administren.”*.

El artículo 294° del Código Civil señala: *“La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por el padre o la madre.*

Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de

los bienes de los hijos, pero en ese caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador.”.

El artículo 295° del Código Civil señala: *“La condición que prive a los padres de administrar los bienes donados o dejados a los hijos, no los priva del derecho al usufructo.”.*

El artículo 296° del Código Civil señala: *“En los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre, o de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él, los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.”.*

El artículo 297° del Código Civil señala: *“Los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público; ni constituirse cesionario de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con ellos coherederos o colegatarios; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros. Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros.”.*

El artículo 298° del Código Civil señala: *“Igualmente necesitan autorización judicial para enajenar ganados de cualquier clase que formen los establecimientos rurales, salvo aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de los rebaños.”.*

El artículo 299° del Código Civil señala: *“Los actos de los padres contra las*

prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal.”.

El artículo 300° del Código Civil señala: *“Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus hijos, llevan implícita la condición que acabarán cuando concluya la patria potestad”.*

El artículo 301° del Código Civil señala: *“Los padres perderán la administración de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, o se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, o se hallen reducidos a estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores. En este último caso podrán continuar con la administración, si los acreedores les permiten y no embargan su persona.”.*

El artículo 302° del Código Civil señala: *“Los padres aun insolventes, pueden continuar en la administración de los bienes de sus hijos, si dieren fianzas o hipotecas suficientes”.*

El artículo 303° del Código Civil señala: *“Removido uno de los padres de la administración de los bienes, ésta corresponderá al otro; si ambos fueren removidos, el juez la encargará a un tutor especial y éste entregará a los padres, por mitades, el sobrante de las rentas de los bienes, después de satisfechos los gastos de administración y de alimentos y educación de los hijos”.*

El artículo 304° del Código Civil señala: *“Los padres pierden la administración de los bienes de los hijos, cuando son privados de la patria potestad, pero si lo fuesen por demencia, no pierden el derecho al usufructo de los bienes de sus hijos”.*

El artículo 306° del Código Civil señala: *“La patria potestad se acaba:*

1ro. Por la muerte de los padres o de los hijos;

2do. Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquéllos,

en institutos monásticos;

3ro. Por llegar los hijos a la mayor edad;

4to. Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización;

5to. Por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción”.

El artículo 307° del Código Civil señala: *“El padre o madre quedan privados de la patria potestad:*

1ro. Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo;

2do. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero;

3ro. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia”.

El artículo 308° del Código Civil señala: *“La privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.”.*

El artículo 309° del Código Civil señala: *“El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los artículos 15 a 21 de la ley 14.394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1 y 2, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal.*

Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La

suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo a las circunstancias del caso”.

El artículo 310° del Código Civil señala: *“Perdida la autoridad por uno de los progenitores, o suspendido uno de ellos en su ejercicio, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, los menores quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial.”.*

2.3 CUBA

La patria potestad se encuentra regulada en la legislación cubana en los artículos 82° a 87° y de los artículos 92° a 98° del Código de la Familia.

El artículo 82° del Código de Familia, regula la titularidad de la patria potestad, cuyo texto señala: *“Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres”.*

El artículo 83° del Código de Familia, regula el ejercicio conjunto de la patria potestad, cuyo texto señala: *“El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente.*

Corresponderá a uno solo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio.”.

El artículo 84° del Código de Familia, regula las obligaciones de los hijos hacia los padres, cuyo texto señala: *“Los hijos están obligados a respetar, considerar y ayudar a sus padres y, mientras estén bajo su patria potestad, a obedecerlos”.*

El artículo 85° del Código de Familia, regula los atributos de la patria potestad, cuyo texto señala: *“La patria potestad comprende los siguientes derechos*

y deberes de los padres:

1) tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo;

2) atender la educación de sus hijos; inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares;

3) dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas;

4) administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que les pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen;

5) representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquéllos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.”.

El artículo 86° del Código de Familia, regula la facultad de corrección de los padres, cuyo texto señala: “Los padres están facultados para reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos bajo su patria potestad.”.

El artículo 87° del Código de Familia, regula la facultad de disposición

de los bienes de los hijos, previa autorización judicial, cuyo texto señala: *“Los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal”*.

El artículo 92° del Código de Familia, regula las causales de extinción de la patria potestad, cuyo texto señala: *“La patria potestad se extingue:*

- 1) por la muerte de los padres o del hijo;*
- 2) por arribar el hijo a la mayoría de edad;*
- 3) por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad;*
- 4) por la adopción del hijo.”*.

El artículo 93° del Código de Familia, regula las causales de pérdida de la patria potestad, cuyo texto señala: *“Ambos padres, o uno de ellos, perderán la patria potestad sobre sus hijos:*

- 1) cuando se les imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal;*
- 2) cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial de divorcio o por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio o se prive a ambos por resolución judicial”*.

El artículo 94° del Código de Familia, regula las causales de suspensión de la patria potestad, cuyo texto señala: *“La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia de los padres, declarada judicialmente”*.

El artículo 95° del Código de Familia, regula las causales de privación de la patria potestad, cuyo texto señala: *“Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o suspenderlos en el ejercicio de ésta, en los casos de los artículos 93 y 94, o mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, cuando uno o ambos padres:*

- 1) incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85;*

- 2) induzcan al hijo a ejecutar algún acto delictivo;
- 3) abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos;
- 4) observen una conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad;
- 5) cometan delito contra la persona del hijo”.

El artículo 96° del Código de Familia, regula la subsistencia de los demás atributos de la patria potestad tras la privación o suspensión de aquella, cuyo texto señala: *“La privación o suspensión de la patria potestad no exime a los padres de la obligación de dar alimentos a sus hijos.”*.

El artículo 97° del Código de Familia, regula la designación de representante del hijo cuyos padres han sido limitados en el ejercicio de la patria potestad, cuyo texto señala: *“En las sentencias dictadas por los tribunales de lo civil, por las cuales se prive a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o se le suspenda su ejercicio, se proveerá, según proceda sobre la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos.*

El padre afectado o el fiscal podrán instar, mediante incidente en las propias actuaciones, el cese de la suspensión de la patria potestad, así como la modificación de cualquiera otra de las medidas a que se refiere el párrafo anterior, cuando hayan variado las circunstancias que justificaron su adopción”.

El artículo 98° del Código de Familia, regula la facultad del otro cónyuge para exigir la subsistencia de las obligaciones del otro cónyuge limitado en la patria potestad, cuyo texto señala: *“Cuando a ambos padres o a uno de ellos se les hubiere privado de la patria potestad, o se les hubiere suspendido en su ejercicio, por sentencia dictada por los tribunales de lo penal, el otro padre, en su caso, o el fiscal, promoverá el procedimiento correspondiente en los tribunales de lo civil para resolver los extremos a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior”*.

CAPÍTULO III

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS PADRES

1. ASPECTOS CONCEPTUALES

1.1. DEFINICIÓN

La objeción de conciencia se puede considerar como una forma de resistencia hacia una norma legal, siempre que esta reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones morales, religiosas o de justicia de la persona y el cumplimiento de un precepto legal³⁷.

PRIETO SANCHÍS define la objeción de conciencia como “(...) *el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal, cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si se prefiere, de sus principios de moralidad*”.³⁸

GARCÍA HERRERA al respecto señala que el contraste de ambas normas “(...) *induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas, a decantarse por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana*”.³⁹

MUÑOZ PRIEGO define la objeción de conciencia como “(...) *la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una contradicción entre el deber moral y el deber jurídico, a causa de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito*.”

³⁷ FERNÁNDEZ, E. Introducción a la Teoría del Derecho, Valencia: Tirant lo blanch, 1994, p. 58.
LÓPEZ GUZMÁN, José. Objeción de conciencia farmacéutica, Barcelona, Euns, 1997, pp. 48.

³⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho. Sistema Revista de Ciencias Sociales (59): 1984, p. 49.

³⁹ GARCÍA HERRERA, M. A. La objeción de conciencia en materia de aborto, Vitoria, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991, p. 30.

*Puede basarse la objeción en particulares convicciones filosóficas, religiosas, morales, humanitarias o políticas y venir referida a conductas de muy variada naturaleza: la guerra, la violencia, el juramento, el servicio militar, el pago de determinados impuestos, el cumplimiento del ideario de un centro de enseñanza, la colaboración en prácticas abortivas legales, la venta de anticonceptivos, la propia asistencia sanitaria o, incluso, la sanción de determinadas leyes por quien ostenta la Jefatura del Estado”.*⁴⁰

OLIVA BLÁZQUEZ define la objeción de conciencia como “(...) la negativa u oposición, amparada por razones de conciencia, de una persona a someterse a una orden o mandato de la autoridad que en un principio le sería jurídicamente exigible. Es decir, puede afirmarse que la objeción de conciencia implica una omisión o abstención que un individuo, por razones morales y éticas, lleva a cabo respecto a una conducta que jurídicamente le viene impuesta”.

⁴¹

MEDINA CASTELLANO define la objeción de conciencia como “(...) el resultado de una disconformidad con alguna prescripción concreta del ordenamiento jurídico por razón de las normas morales autoasumidas y que se derivan de la cosmovisión que cada persona tiene, tenga o no fundamento en una determinada creencia religiosa. Hay moralidad también en lo secular, hay desde lo secular un determinado modo de contemplar la propia existencia y el mundo que nos rodea y, en muchas ocasiones se trata de una moralidad compartida, al igual que la que procede de la creencia religiosa de cualquier signo, ya que es el resultante de la propia historicidad y temporalidad de la persona humana. El hombre y la mujer son seres históricos y contextuados, son hijos de su tiempo y de la sociedad en la que viven, con la que comparten no solo un acervo cultural general, sino también moral”.

⁴²

⁴⁰ MUÑOZ PRIEGO, Blas Jesús. La objeción de conciencia. Consultado: 25 de julio del 2013. Disponible en:

http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf

⁴¹ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. La objeción de conciencia: ¿un derecho constitucional?. Consultado: 25 de julio del 2013. Disponible en: http://www.sociedadandaluzadebioetica.es/docs/objecion_conciencia GRANADA Paco Oliva.pdf

⁴² MEDINA CASTELLANO. Carmen Delia. Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio. Consultado 14 de julio de 2013. Disponible en www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download

1.2. FUNDAMENTO

El iusnaturalismo, especialmente TOMÁS DE AQUINO establece: *“Toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza; y si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley”*⁴³. Por tanto si el derecho positivo se equipara al derecho natural, todos están obligados a su cumplimiento.

HOBBS indica que *“(…) la ley ordena observar todas las leyes civiles en virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos”*⁴⁴. ROUSSEAU funda la obediencia en el contrato social y la voluntad general: *“(La democracia) trata de encontrar una forma de asociación en virtud de la cual, cada uno, uniéndose a otros, no obedece empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes”*.⁴⁵

KANT aboga por la supremacía del poder estatal, por los principios del Derecho racional soberano: *“Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo”*⁴⁶.

Para KELSEN *“(…) el concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del concepto de norma jurídica”*. Posteriormente: *“El deber no es nada distinto a la norma, el deber es la norma en relación al sujeto a quien se prescribe la conducta”*⁴⁷.

Frente a estas posiciones doctrinales que conllevan el cumplimiento de las normas jurídicas se contraponen la posibilidad del cumplimiento de las mismas, fundándose en razones jurídicas, al dar a la conciencia disidente, autónoma, valor normativo. En esa línea ha señalado radicalmente GONZÁLEZ VICÉN: *“Mientras que no hay fundamento ético absoluto para la*

⁴³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, Summa Theologica, 1, 2, quae. 95, art.2.

⁴⁴ HOBBS, Tomas. De ave, XIV 10.

⁴⁵ ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social, Libro I, cap. VI, p.410.

⁴⁶ KELSEN, Hans. Allgemeine Theorie der Normen, trad. italiana, p. 208.

⁴⁷ KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten, trad. cast. p. 150.

*obediencia al Derecho, sí hay fundamento ético absoluto para su desobediencia*⁴⁸.

Es preciso anotar que el fundamento ético para la desobediencia es susceptible de encontrar en los regímenes corruptos o en aquellos que se acercan a un ideal de justicia. Al respecto, GASCÓN se pregunta “(...) *en qué medida la desobediencia en general y la objeción de conciencia en particular pueden estar moralmente justificadas, no en cualquier organización política sino precisamente en un Estado justo o que se aproxime al ideal de justicia, es decir, en un Estado que pretenda satisfacer las distintas condiciones que pueden dar lugar a alguna obligación moral de obediencia*”⁴⁹.

El fundamento para la desobediencia al Derecho está en la división entre aquello que es legal y aquello que es moral. Esta ha sido expresada de diversas maneras.

MUGUERZA sostiene que: “*Un individuo nunca podrá legítimamente imponer a una comunidad la adopción de un acuerdo que requiera de la decisión colectiva, pero se hallará legitimado para desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que atente -según el dictado de su conciencia- contra la condición humana*”.⁵⁰

GARCÍA señala que: “*La desobediencia civil está justificada precisamente por los mismos argumentos que fundamentan la obligatoriedad de la obediencia en un sistema político democrático*”⁵¹. Se justifica la desobediencia aún más cuando se obstruyen los canales de participación en la sociedad democrática.

El pluralismo que se ha de respetar en las democracias también sirve

⁴⁸ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. La obediencia al Derecho. En: Estudios de Filosofía del Derecho. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho, 1979, p. 388.

⁴⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Obediencia al Derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p.177.

⁵⁰ MUGUERZA, Javier. Habermas en el reino de los fines. En: Esplendor y miseria de la ética kantiana. Coordinador: Esperanza Guisán, Barcelona: 1988, p. 126.

⁵¹ GARCÍA VALDÉS, Ernesto. Acerca de la desobediencia civil. En: Sistema Nº 42, 1981, p.90.

de base para justificar la desobediencia: “El humanismo conduce al ideal de la autonomía individual y ésta al pluralismo” que proporciona “(...) *un sólido fundamento a la exigencia de que el Derecho no debe coaccionar a una persona para que haga lo que, sostiene, es moralmente malo*”⁵².

GASCÓN ABELLÁN concluye: “*El principio de autonomía individual, y la libertad de conciencia que es su corolario, postulan el respeto y la no interferencia por parte del Estado*”⁵³.

En efecto, la objeción de conciencia es una concreción ad extra de la libertad de conciencia. Esta implica la garantía, por parte de los poderes públicos y los ciudadanos, de que el juicio personal, y la actuación que del mismo se deriva, se va a realizar sin interferencias o impedimentos de cualquier tipo. Dado que la conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas, y no a las comunidades o grupos⁵⁴.

1.3. RECONOCIMIENTO LEGAL

La objeción de conciencia, cuyo concepto pertenece al terreno de la filosofía moral o de la ética jurídica, designa un posible supuesto de desobediencia al orden jurídico. Es así, que desde dicha perspectiva, se entiende por objeción de conciencia la negativa de toda persona a someterse, por razones de conciencia, a una conducta que, en principio, le sería jurídicamente exigible; ya sea porque lo que se le obliga proviene de una norma, o porque se deriva de un acuerdo o contrato o de una resolución judicial o administrativa.

⁵² RAZ, Josep. La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1985, p.345.

⁵³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Obediencia al Derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 221.

⁵⁴ HERVADA, Javier. Libertad de conciencia y terapéutica. En: Persona y Derecho, 11: 43, 1984.

El reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha sido uno de los logros más importantes del último cuarto del siglo veinte, en el ámbito de los derechos humanos⁵⁵. Un paso decisivo en tal reconocimiento legal lo representa la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 1967. En ella se establece que la objeción de conciencia ampara cualquier “convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza”, afirmando, de forma expresa, que el reconocimiento de la objeción de conciencia deriva, lógicamente, de los derechos fundamentales del individuo, garantizados en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). Dicha convención obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión⁵⁶. Por su parte, la Constitución europea reconoce, expresamente, el derecho fundamental a la objeción de conciencia en el artículo II-70.

En este contexto, hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales regulados por cada Estado evidencian el valor y el respeto por la dignidad del ser humano, tanto en el ámbito jurídico como social. Por lo tanto, “(...) *estos derechos no son concesiones que el Estado hace sino exigencias*

⁵⁵ Ya en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Sin embargo, entre los contenidos de este derecho aún no se incluía la posibilidad de objeción al cumplimiento de las normas por motivo de conciencia.

En consonancia con lo expresado en la mencionada Declaración de Derechos Humanos, el art. 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, recoge el Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, declarando que tal derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar la religión o las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado. Asimismo, considera que la libertad de profesar una religión no puede ser objeto de más restricciones que las que se prevean en la Ley y sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar los derechos o libertades de los demás, o la seguridad, el orden, la salud y la moral pública. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, reconocen la libertad de conciencia en similares términos

⁵⁶ MARTÍN-RETORTILLO, L. “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Sistema Revista de Ciencias Sociales* (62): 18, 1984.

*interiores que dimanen del ser personal y que el Estado, si obra correctamente, no puede menos que reconocer*⁵⁷. Gracias a esta gradual y progresiva conquista jurídica y social, en muchos países occidentales numerosos jóvenes no fueron sujetos a prisión cuando decidían -por el daño moral que les producía tomar un arma o prepararse para la guerra- no incorporarse al servicio militar obligatorio.

Actualmente, el derecho a la objeción de conciencia está permitiendo también -en aquellos países en los que el Estado de Derecho garantiza el respeto a las libertades individuales- que aquellos profesionales sanitarios que no están dispuestos a cooperar en la muerte de otras personas, puedan abstenerse de participar en la realización de abortos o en procesos de eutanasia.

REINA BERNÁLDEZ señala que el reconocimiento de la objeción de conciencia “(...) *no se limita a producir una relajación hipotética de la normativa vigente en aras del respeto al hombre en su individualidad más radicalmente humana, sino que también, e incluso prioritariamente, produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el Derecho, obliga al Estado a no imponer su ideología, respeta no ya a las minorías sino al hombre individual, atrae otras axiologías distintas a la dominante para trascender de lo formalmente legítimo a lo materialmente justo*”⁵⁸.

1.4. LÍMITES

Las limitaciones a la objeción deben contar con los siguientes requisitos: a) que el interés ajeno sea relevante, que comprometa también su autonomía moral y no se cuente con su consentimiento; b) que por el volumen sociológico de la objeción la conducta del objetor cause un daño

⁵⁷ BURGOS, José María. Antropología: una guía para la existencia, Madrid, Ediciones Palabra, 2005, p. 50.

⁵⁸ REINA BERNÁLDEZ, A. “Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio”, La Ley, 676: 1, 1983.

importante o irreversible (aquí se ha de tener en cuenta la posibilidad de la sustitución del objeto); y, c) que la conducta previa del objetor no le sitúe en una posición de compromiso previamente asumido de realizar la conducta que pretende objetar⁵⁹

1.5. MANIFESTACIONES

1.5.1. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, es definida por GASCON ABELLAN como “(...) *la negativa de una persona a realizar actos, acciones o participar dentro de cualquier estructura militar, sea de manera directa (haciendo parte de ella) o indirecta (financiándola), argumentando convicciones morales, religiosas, éticas, humanitarias o políticas*”.⁶⁰

La objeción de conciencia al servicio militar, según MESSNER consiste “(...) *en negarse a prestar el servicio militar en general o el servicio militar con armas, por motivos de convicciones religiosas o morales, es decir, por razones de conciencia*”.⁶¹

COING define la objeción de conciencia como “(...) *la actitud de aquellos que se niegan a prestar servicios armados por razones de conciencia*”.⁶²

GARCÍA ARIAS la describe como “(...) *la objeción que alega una persona que se niega a cumplir el servicio militar en tiempo de paz o a actuar*

⁵⁹ LEÓN CORREA, F. “Fundamentos ético-jurídicos de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud”, Revista Conamed, Vol. 12, México.

⁶⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Obediencia al derecho y objeción por conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991, p. 47

⁶¹ MESSNER, Johannes. Ética Social Política y Económica a la luz del Derecho Natural. Madrid: RIALP, S. A, 1967, p. 1010.

⁶² COING. Helmut. Fundamentos de Filosofía del Derecho. Barcelona: Ariel, 1961, p. 223.

*como combatiente efectivo o auxiliar en tiempo de guerra, por estimar que sus convicciones religiosas o filosóficomorales, son incompatibles con el servicio de armas o con su actuación en un determinado conflicto bélico”.*⁶³

MONTORO BALLESTEROS, desde un sentido amplio y descriptivo, sostiene que la objeción de conciencia “(...) consiste en negarse, por razones o motivos de conciencia, alguno de los siguientes cometidos, o a todos ellos en bloque: a) a participar en toda guerra, por considerarla siempre ilícita e inmoral; b) a participar en la guerra moderna por considerarla siempre injusta; c) a intervenir solamente en un determinado conflicto bélico, que se cree injusto; d) a prestar servicios armados, pero sólo aquellos cuyo desempeño no exige la utilización de armas; y e) a realizar, en el curso de unas hostilidades o fuera de ellas, determinados servicios o actos contrarios a la moral, exijan o no el empleo de armas”.⁶⁴

1.5.2. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

La modalidad de objeción de conciencia más frecuente a lo largo de la historia ha sido la referente al servicio militar. Ello se debe a que la obligación de contribución militar ha estado presente en todas las sociedades y en todas las épocas, por lo que la reacción contra ella, en forma de objeción de conciencia, ha sido mucho más importante y reincidente que en el supuesto de otros tipos de objeción que se han presentado o aparecen en la actualidad⁶⁵.

A esta primera modalidad le sigue la relativa al aborto. Este tipo de objeción de conciencia también ha adquirido fisonomía propia y

⁶³ GARCÍA ARIAS. Servicio militar y objeción de conciencia. En: Revista Española de Derecho Militar, N°. 22, julio-diciembre. Instituto Francisco de Vitoria. Sección de Derecho Militar. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1966, p. 12

⁶⁴ MONTORO BALLESTEROS, Manuel Alberto. La objeción de conciencia. Consulta: 14 de julio del 2013. Disponible en www.revistas.um.es/analesumderecho/article/download/104181/99141

⁶⁵ SERRANO DE TRIANA, A. “Meditaciones viejas sobre un derecho nuevo: la objeción de conciencia”, Estudios sobre la Constitución Española, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 1221 y ss.

reconocimiento generalizado⁶⁶. Y, precisamente ello se explica debido a la capacidad que utilizan una gran parte de los profesionales vinculados a la ciencia médica de interferir técnicamente en el proceso de la vida humana.

La defensa de la vida y la promoción de la salud, como derechos fundamentales de la persona, es el objetivo de las ciencias vinculadas a la medicina. Por tal motivo, obligar al personal que labora en el ejercicio de esta profesión en abortos, puede calificarse por un lado como un atentado al ejercicio de su profesión; y, por otro lado, como una transgresión a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que están comprometidos humana y profesionalmente con la defensa de la vida humana. Y ello en atención al juramento hipocrático (siglo V a. C.), el cual recogía el compromiso del médico con el bien del enfermo, defendiendo el carácter sagrado de la vida humana desde su concepción. En este tema concreto, se expresaba las obligaciones del médico en los siguientes términos: *“...No me avendré a pretensiones que afecten a la administración de venenos, ni persuadiré a persona alguna con sugerencias de esa especie; me abstendré igualmente de administrar a mujeres embarazadas pesarios o abortivos... Cuando entre en una casa no llevaré otro propósito que el bien y la salud de los enfermos.*

VOLTAS⁶⁷ por ello ha señalado que con el aborto hay una pretendida intención de enmascarar la verdadera naturaleza de dicho acto, haciéndolo pasar por una acción médica, cuando no lo es en modo alguno, ya que contradice la finalidad para la que el médico está técnica y socialmente habilitado.

No obstante, la práctica social de la interrupción del embarazo

⁶⁶ OLIVER ARAÚJO, J. Op. cit., p. 46. Sobre esta cuestión se puede consultar: Casas, M. L. “Derechos del médico: aspectos éticos y jurídicos de la objeción de conciencia”, *Persona y Bioética*, 4 (9 y 10): 15-40, 2000.

⁶⁷ VOLTAS BARÓ, D. “Objeción de conciencia”, *Cuadernos de Bioética*, 2: 40-44, 1990.

termina convirtiendo aquellas conductas despenalizadas en auténticos derechos subjetivos de la embarazada⁶⁸. Ello es debido a que, por un lado, tal práctica conlleva para los médicos unas obligaciones de dictamen previas al aborto. Por otro lado, en el caso de médicos sometidos a un contrato laboral o régimen funcionarial, se les puede presionar en el sentido de que la práctica de un aborto sea entendida como una obligación derivada de su vinculación laboral o de su condición de funcionarios públicos. La cuestión suele presentarse bajo la apariencia de un conflicto de intereses: *“el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos, y el interés de mantener la integridad ética de la profesión médica”*⁶⁹.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO PERUANO

2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La objeción de conciencia como derecho no se encuentra regulada en forma expresa en la Constitución Política del Perú de 1993. Sin embargo, partiendo de la premisa que aquella es una expresión de la libertad de conciencia, su protección constitucional se encuentra comprendida a través de la regulación de la libertad de conciencia.

La libertad de conciencia se encuentra expresamente prevista en el artículo 2º 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”*.

⁶⁸ MORELLI, M. “La peligrosa pendiente que convierte los delitos en derechos”, Vida y Ética, 4 (2): 67-96, 2003.

⁶⁹ ARMENTEROS, J. C. Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad, Madrid, Editorial Colex, 1997, p. 23.

RUBIO CORREA al respecto señala: *“La libertad de conciencia y la de religión se refieren en primer lugar al fuero 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”*.⁷⁰

La Constitución Política de 1993 no ha reconocido la libertad de pensamiento. Sin embargo, se reconoce que dicha libertad es también un derecho fundamental, en la medida en que las ideas son elementos en la formación de la conciencia, datos o ideas que como unidades conceptuales, nutren la mente y la aprehensión de la realidad.

RUBIO, EGUIGUREN y BERNALES al respecto señalan: *“(…) es evidente, para nosotros, que el pensamiento y su libertad son una especie dentro de la libertad de conciencia y no un concepto cualitativamente distinto. Tal vez su especificación sea que es el proceso mismo, en tanto que la libertad de conciencia es el apreciarse a uno mismo en su entorno a través del entendimiento o del pensamiento, encadenado y creando el mundo de sus propias ideas. La libertad de conciencia es auto - apreciarse. La libertad de pensamiento es el discurrir de las ideas con las cuales se forma la conciencia, la auto-apreciación del entorno. Tal vez, nuestra Constitución debió enumerar la libertad de pensamiento en el artículo 2, inciso 3 pero el que no lo haya hecho no impide que consideremos, claramente, la libertad de pensamiento dentro de la libertad de conciencia”*.⁷¹

2.2. JURISPRUDENCIA

⁷⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 1. 1ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 192.

⁷¹ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los Arts. 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 19

La revisión de la jurisprudencia nacional sólo ha permitido advertir una sentencia específicamente referida a la objeción de conciencia, consistente en el fallo del Tribunal Constitucional N° 0895-2001-AA/TC.

Los hechos de la sentencia 0895-2001-AA/TC son los siguientes: con fecha 19 de agosto de 2002, el señor Lucio Valentín Rosado interpuso recurso de agravio contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la acción de amparo que interpuso contra el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga, solicitando que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de amparo ordenando que el demandante no trabaje los días sábados, debiendo la demandada adoptar las medidas necesarias para compensar las inasistencias. Sin embargo, la sentencia contó con dos votos singulares de los magistrados Rey Terry y Marsano Revoredo, quienes votaron en el sentido de declarar infundada la demanda.

En síntesis, la sentencia del Tribunal Constitucional puede resumirse en los siguientes puntos:

- En primer lugar, el Tribunal Constitucional establece que la libertad de conciencia se da en virtud de ideas mientras que la de religión tiene como contenido las creencias lo cual, como hemos desarrollado, no es el planteamiento más certero si se considera a la persona como una unidad y no una entidad de compartimientos estancos.
- En segundo lugar, establece una diferencia entre la libertad de conciencia y la libertad de religión por presentar contenidos distintos pero no desarrolla un contenido del concepto conciencia; más bien relaciona en sus fundamentos la libertad de conciencia con el libre desarrollo de la personalidad y, cuando se refiere al contenido de la libertad religiosa, se señala que la vertiente negativa de dicho derecho

garantiza una decisión “en conciencia”.

- En tercer lugar, el Tribunal Constitucional acude prima facie a la doctrina de los derechos no enumerados para fundamentar la creación de la objeción de conciencia, argumentando la finalidad del artículo 3° de la Constitución que reconoce dicha doctrina y distinguiendo los contenidos nuevos de los implícitos de un derecho, para determinar cuándo se debe configurar un derecho nuevo; sin embargo, el Tribunal termina señalando que el uso del artículo 3° no debe hacerse cuando exista algún derecho cuyo contenido pueda abarcar esa nueva manifestación que se presenta, a fin de no desvirtuar la aplicación de la cláusula contenida en el artículo 3° de la Constitución, debiendo quedar esta reservada para reconocer derechos que requieran protección del más alto nivel.
- En cuarto lugar, afirma que la libertad de conciencia tiene un contenido nuevo, cual es, la objeción de la misma y de no reconocerse esta, se afectaría la psique y dignidad de la persona. El razonamiento del Tribunal enlaza las convicciones personales con criterios de conciencia que pueden provenir de la particular confesión religiosa.
- En quinto lugar, señala que el ejercicio de la objeción de conciencia es de carácter excepcional por tratarse de un permiso para el no cumplimiento de un mandato general, de lo contrario, a criterio del Tribunal, se estaría relativizando la fuerza de los mandatos jurídicos, por lo que se exige una comprobación fehaciente de la causa alegada.

Sobre los votos discordantes, conviene destacar algunos fundamentos.

- El magistrado REY TERRY, sostiene la posición que no es constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia solicitar un trato privilegiado, que consiste en no trabajar un día de la semana por opciones de carácter religioso. Si bien reconoce como atributos fundamentales, no alcanzarían para la exoneración del trabajo solicitado.

- La magistrada REVOREDO MARSANO sostuvo que el hospital no impidió al accionante ejercer sus derechos de conciencia y de optar por una determinada religión, siendo que la exigencia del hospital es que justamente labore algunos días sábados, lo cual es precisamente el punto neurálgico de la cuestión, pues si el accionante pertenece a la Iglesia Adventista, parte del problema es que no puede laborar dicho día, y esa solicitud de exoneración la realiza como un ejercicio de la libertad religiosa.

La importancia del fallo del Tribunal Constitucional es que extrae del derecho a la libertad de pensamiento, el derecho de a la objeción de conciencia.

MOSQUERA, comentando la técnica jurídica empleada por el Tribunal Constitucional, señala: *“(...) la pregunta de si resulta oportuno reconocer la objeción de conciencia como un derecho fundamental ha sido la técnica jurídica que el TC ha utilizado para reconocer la existencia de un nuevo derecho, el de la objeción de conciencia. De un derecho ya recogido en el texto constitucional se deriva ahora otro nuevo derecho no directamente incluido, en tanto que nuevo contenido del ya reconocido. Esta opción parece adecuada cuando lo que estamos haciendo es ampliar el ámbito de aplicación de un derecho ya constitucionalizado, como dice el TC en aquellos supuestos en que, por las nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, será necesario habilitar una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, cuyo propósito no sólo es prestarles reconocimiento sino también la misma protección de que disfrutaban los derechos ya reconocidos. Pero en el caso que a nosotros nos ocupa es necesario ver si estamos ante uno de esos supuestos, un caso en el que las necesidades científicas, técnicas, sociales o culturales, exigen ampliar el contenido de un derecho ya reconocido para de ese modo, dar entrada a la protección jurídica de una faceta de ese derecho que hasta ese momento no se encontraba protegida”.⁷²*

⁷² MOSQUERA, Susana. Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002. En: Revista de Derecho, Vol. 5, Universidad de Piura, 2004, pp.469-509.

No obstante, es menester señalar que el Tribunal Constitucional no reconoce la objeción de conciencia como un derecho de constante aplicación, sino de índole excepcional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional sostiene que la objeción de conciencia guarda relación con la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, según los fundamentos 6 y 7 de la sentencia en cuestión, que a continuación reproducimos:

- **Fundamento 6:** *“Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder auto-determinarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3º de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia”.*
- **Fundamento 7:** *“El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, 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”.*

La referencia a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad era innecesaria, pues bien pudo desarrollar el concepto jurídico de conciencia funcional a efectos de generar un espacio para situar a la objeción de conciencia. Asimismo, era suficiente la recurrencia al principio de dignidad de la persona y a los principios que el artículo 3º invoca, si es que hubiese sido necesario hacer uso de la cláusula de *numerus apertus*. GASCÓN ABELLAN al respecto señala: *“Una vez demostrado que pueden surgir conflictos de conciencia derivados de la adopción de determinada ideología o de una determinada religión, debemos abordar el segundo problema planteado, esto es, si de la dependencia de la conciencia de la ideología y/o religión se deriva un peculiar concepto constitucional de conciencia. La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. La conciencia protegida por el artículo 16.1 ha de encuadrarse necesariamente en una religión o en una ideología”*.⁷³

Finalmente, el fallo del Tribunal Constitucional no es del todo completo al no quedar claro cuándo es que se acude al artículo 3º de la Constitución, pues si bien empieza su motivación acudiendo al mismo, termina señalando que en el presente caso, no es necesario acudir a dicha cláusula para reconocer como contenido de la libertad de conciencia la objeción de la misma. GASCÓN ABELLAN al respecto señala: *“De las afirmaciones precedentes se sigue que no es contradictorio afirmar que la objeción de conciencia es un derecho derivado de la libertad de conciencia y que lo es de la libertad ideológica y religiosa. Si desde el punto de vista material resulta más correcta la primera afirmación, desde la perspectiva constitucional, la segunda parece ser más acertada”*.⁷⁴

3. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

⁷³ GASCÓN ABELLAN, Marina. Objeción al Derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1990, p. 193.

⁷⁴ GASCÓN ABELLAN, Marina. Objeción al Derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1990, p. 103.

3.1. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

La objeción de conciencia a nivel de Estados Unidos de Norteamérica se efectúa en dos planos; uno jurisprudencial y otro legislativo.

3.1.1. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El estudio en Norteamérica de la objeción de conciencia pasa necesariamente por las sentencias emanadas del Tribunal Supremo norteamericano, que hacen efectivo en sus contenidos el derecho de libertad religiosa y, por ende, la objeción de conciencia. El protagonismo de la jurisprudencia estadounidense en el ámbito de la objeción de conciencia no es exclusivamente atribuible a las características propias del sistema jurídico angloamericano: supremacía de la ley, es decir, sometimiento de la actuación del Estado a la revisión judicial en sede de criterios constitucionales; tradición del precedente; concepción del proceso en la que domina el principio contradictorio; valor del case law como fuente de derecho, etc.⁷⁵ Sin embargo, existen otros factores que a lo largo de la historia del siglo XX, han generado un genuino ciclo histórico respecto a los derechos a la libertad religiosa y objeción de conciencia.

Respecto de ellos, el más importante es el denominado judicial activism. Se trata de una corriente de pensamiento en torno a la tarea del juez. Conforme a ella, el juez tiene un papel de alto protagonismo al decidir sobre la constitucionalidad y legalidad de la actuación de los otros órganos del poder (legislativo y ejecutivo). Su trasfondo es el realismo jurídico norteamericano, el interés por el law in action, el derecho como instrumento para el logro de fines sociales, la ley como

⁷⁵ E. Allan Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States, Oceana Publications 1983, pág.II. Karl N. Llewellyn, The Case Law System in America, The University of Chicago Press, 1989.

instrumento motor de cambio, etc⁷⁶. El otro gran factor jurisprudencial es el evolutionist model of interpretation, que patrocina cambios en el modo de interpretación del texto constitucional según el entorno social y del pensamiento filosófico-jurídico⁷⁷.

Judicial activism y modelo evolutivo de interpretación constitucional, son claves importantes para encuadrar adecuadamente lo que podría llamarse "ciclo histórico" en materia de objeción de conciencia ante las Cortes de Justicia de EUA. Un ciclo que nace en torno a 1940 y que parece llegar a su fin en 1990⁷⁸.

PRIMERA FASE: LAS CLÁUSULAS RELIGIOSAS Y EL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO. LA DOCTRINA DE LA "INCORPORACIÓN"

⁷⁶ Frente al judicial activism, el judicial restraint postula el respeto, la deferencia del juez ante la acción emanada de los otros órganos democráticos.

⁷⁷ Sobre el origen, influencias, redacciones, etc. de esta Primera Enmienda, me remito a los trabajos, abundantes y documentados, citados anteriormente. Sólo quiero llamar la atención sobre una cuestión particular, estudiada recientemente por Michael W. McConnell (The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion, 103 Harv.L.Rev. 1410 (1990): la posibilidad de que los autores del Bill of Rights hubieran contemplado la protección de objetores de conciencia a través de la Primera Enmienda. McConnell realiza un análisis histórico-jurídico muy exhaustivo para afirmar que dicha posibilidad es real. Apoya esta afirmación en varios motivos. Primero, la existencia de exenciones legislativas en los Estados de procedencia de los redactores. Segundo, la concepción religiosa peculiar de las gentes que forman los Estados, ajena de alguna manera a círculos de refinada y pura Ilustración (a la posición de Locke, por ejemplo). Tercero, el peso real que James Madison (una visión más acorde con la admisión de instancias transcendentales superiores a la del Estado, que este último debe respetar) tuvo en la elaboración de las cláusulas religiosas, frente a la tradicional idea del constitucionalismo americano, que atribuye a Jefferson (para quien la libertad de conciencia era libertad frente al sectarismo religioso) el papel de autor principal de la libertad religiosa en la Primera Enmienda. El excepcional trabajo de McConnell, sin embargo, arroja -en mi opinión- un simple, aun bien documentado, nihil obstat respecto de la posibilidad de exenciones religiosas. Este artículo fue uno de los apoyos fundamentales en la petición de recurso de reharing (no. 88-1213, october 1989) presentado a la Corte Suprema Federal contra la decisión Smith II, 110 S.Ct. 1595 (1990) (pérdida de subsidio de desempleo por actividades religiosas -consumo de peyote- criminalmente sancionadas no infringe la Free Exercise Clause\ vid. capítulo VIII, 6).

⁷⁸ La Rehnquist Court sería el brote emergente de una nueva tendencia, caracterizada por el judicial restraint o deference, el strict constructionism, y la defensa de los derechos de los Estados frente al poder central federal. Cfr. Derek Davis, Original Intent.- Chief Justice Rehnquist and the Course of American Church-State Relations, Prometheus Books (Buffalo, 1991). En este libro, Davis analiza cómo estos principios defendidos por el magistrado y Presidente del Tribunal Supremo William Rehnquist condicionan los resultados de las decisiones sobre libertad religiosa.

Aunque los tribunales norteamericanos habían conocido de casos relacionados con la objeción de conciencia y con la libertad religiosa individualmente considerada (especialmente en el campo de la objeción de conciencia al servicio militar)⁷⁹, antes de 1940 la Corte Suprema nunca acogió una alegación de libre ejercicio de la religión, y nunca aplicó la Primera Enmienda a los Estados de la Unión, a excepción de dos decisiones sobre financiación federal⁸⁰ y el conocido caso *Reynolds v. United States*⁸¹, sobre la práctica de la poligamia por parte de los mormones⁸².

La Doctrina de la "Incorporación"⁸³, condujo a la desmembración —en virtud de esa incorporación "selectiva"— de la hasta ahora unitaria garantía de la libertad religiosa, en dos "cláusulas" o proposiciones independientes: free exercise clause (Congress shall make no law (...) prohibiting the free exercise thereof) y establishment clause (Congress shall make no law respecting an establishment of religion). Esta desmembración cristalizó en 1947, a través de la sentencia *Everson v. Board of Education*⁸⁴. En ella, se elevó a rango de principio constitucional la separación de las iglesias y

⁷⁹ *People v. Phillips*, Court of General Sessions, City of New York (june 14, 1813), *People v. Smith*, 2 City Hall Recorder (Rogers) 77 (N. Y. 1817), ambos sobre conflicto entre sigilo sacramental de clérigos católicos y deber de testificar en juicio penal; *Simon's Executors v. Gratz*, 2 Pen. & W. 412 (Pa. 1831) sobre negativa a comparecer ante el tribunal en el sabbath', *Commonwealth v. Leshner*, 17 Serg. & Rawle 155 (Pa. 1828) y *State v. Wilson*, 13 S.C.L. (2 McCord) 393 (1823), sobre objeción de conciencia al jurado (vid. capítulo IX, 2.1.). Cfr. Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1503-1511 (1990).

⁸⁰ *Quick Bear v. Leupp*, 210 U.S. 50 (1908), que sostiene el derecho de los Indios Sioux a recibir becas estatales para desarrollar sus estudios en unas escuelas confesionales católicas; *Bradfield v. Roberts*, 175 U.S. 291 (1899), que sostiene el derecho de un hospital confesional católico del Distrito de Columbia a recibir fondos federales.

⁸¹ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

⁸² John T. Noonan, Jr, *The Believer and The Powers That Are*, xiii (1987).

⁸³ ATL incorporation. Esta doctrina tiene su primer reflejo en lo que a la libertad religiosa se refiere en la sentencia *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), sobre la distribución de literatura religiosa, articulando la decisión sobre una doble base: libertad de expresión y libertad religiosa. Cfr. Gloria M. Morán, "La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.", Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 41-43; Henri J. Abraham, *Freedom and The Court*, Civil Rights and Liberties in the United States, Oxford University Press, ed. 1982, 28-91.

⁸⁴ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), sobre el reembolso de transporte escolar en favor de los padres de alumnos de escuelas privadas confesionales. Declaró constitucional dicha práctica administrativa.

el Estado.

De esta interpretación independiente de ambas proposiciones⁸⁵, se sigue —a su vez— dos cuerpos de doctrina jurisprudencial separados, pero no comunicables. Esto ha llevado a resultados contradictorios, según la cláusula que se adopte para estudiar el supuesto. El motivo de esta contradicción es bien sencillo: la Establishment Clause (interpretada por la Corte Suprema como defensora de la separación entre la Iglesia y el Estado) generó una jurisprudencia que comienza con la metáfora del "muro de separación"⁸⁶ y culmina con el llamado Lemon test⁸⁷, criterio de decisión basado en un examen tripartito de constitucionalidad. Por el contrario, la Free Exercise Clause generó una jurisprudencia basada en el balancing test, un conflicto de valores que se resuelve a favor de la libertad religiosa si no hay un interés primordial del Estado que justifique la restricción de dicha libertad⁸⁸.

⁸⁵ Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, Structural Free Exercise, 90 Mich.L.Rev. 477, 489 (1991).

⁸⁶ El texto decisión Everson (330 U.S. at 15-16) contenía la metáfora wall of separation between church and State de Jefferson, traída a colación por el ponente, magistrado Black. Como después indicaría Rehnquist, no puede construirse una doctrina constitucional a partir de una nota de cortesía escrita por Jefferson desde Francia (cfr. Wallace v. Jafree, 472 U.S. 38, at 92, 1985).

⁸⁷ Este control, que sustituye a la poco útil wall metaphor, se compone de tres barreras cumulativas sobre la práctica o normativa de que se trate: (1) propósito secular; (2) primer efecto ajeno a la religión (neither advance nor inhibit), (3) no promocionar una relación excesiva (excessive entanglement) entre la religión y el Estado. Cfr. Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602, at 614 (1971). Para algunos autores, conlleva la consagración de la tesis separacionista en las relaciones Estado-Religión (cfr. Michael W. McConnell, The Religion clauses of the First Amendment: Where is the Supreme Court Heading?, 32 Catholic Lawyer 189, 1988-1989). En el mismo sentido, Gloria M. Morán en La Protección Jurídica de la Libertad Religiosa en U.S.A., Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 51 E incluso, el Lemon test se manifiesta en la práctica inaplicable, y en la teoría hostil hacia la religión. Cfr. Mary Ann Glendon, Raúl F. Yanes, Structural Free Exercise, 90 Mich.L.Rev. 471, 503 (1991).

⁸⁸ Developments.- Religion and The State, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1631 y ss. (1987). Si ambas cláusulas desarrollan una jurisprudencia expansiva, resultará, por ejemplo, que conforme a la Free Exercise Clause los alumnos de un colegio público tendrán derecho a ser eximidos de ciertas lecturas relacionadas con el evolucionismo o con una educación sexual contraria a sus creencias morales, mientras que bajo los criterios de la Establishment Clause el Estado debe permanecer absolutamente neutral -y más en la escuela pública- con el fin de no producirse un excessive entanglement (una relación excesiva) con el factor religioso (a este respecto, sirva de ejemplo la decisión Mozert v. Hawkins County Board of Education, 827 F.2d 1058, 6th Cir.1987). O, en el mismo campo de la enseñanza pública, un profesor tiene el derecho conforme a la Free Exercise Clause de vestir conforme a su credo religioso (barbas, túnicas, turbantes de los Sikh, cabello

No obstante, en esta primera época, la Corte Suprema no tuvo ocasión de enfrentarse a la polémica de las free exercise exemptions⁸⁹, ya que, por el momento, sólo se estaba produciendo la expansión de la establishment clause que generó la inversión del tenor literal de la Primera Enmienda⁹⁰: del derecho al libre ejercicio de la religión (primera parte de la proposición) a la neutralidad estatal a ultranza (segunda parte de la misma).

SEGUNDA FASE: LA "REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES" EN EL TRIBUNAL SUPREMO. EL BALANCING TEST COMO FORMA DE TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

Hacia la mitad de los cincuenta, surge una nueva tendencia (cuyos factores se han aludido antes) en la jurisprudencia norteamericana, dispuesta a hacer de la ley un agente de transformación social en pro de los derechos civiles. Destacados magistrados como Warren, Black, Fortas, Brennan, Douglas, Clark, White, Harían y Stewart analizarán las cláusulas religiosas bajo una nueva perspectiva, propiciada por el error histórico ya expuesto, consistente en la división de la proposición de la Primera Enmienda en dos cláusulas separadas, en virtud de la Doctrina de la "Incorporación".

La era protagonizada por Burger como Presidente del Tribunal Supremo, adopta tres principios de fondo en la protección de la libertad religiosa: derechos individuales, separacionismo o neutralidad

trenzado de los rastafari), mientras que la Establishment Clause parece obligar a que no transmita en la escuela a sus alumnos ningún mensaje de tipo religioso que pueda influenciarles hacia determinadas creencias (sobre este supuesto, vid. capítulo V, 4.).

⁸⁹ Tan sólo, de alguna forma, en *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961), sobre inconstitucionalidad de la declaración de creencia religiosa como condición de beneficios o cargos públicos en la Constitución de Maryland. Curiosamente, en esta sentencia ambas "cláusulas" o proposiciones se refuerzan mutuamente en la protección del no-creyente.

⁹⁰ Mary Ann Glendon, Raúl F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477, 492 (1991).

y defensa de minorías. La era Burger, sin embargo, acusó las dificultades de la cabal aplicación del "muro de separación".

En todo caso, a esta época pertenece la decisión Sherbert⁹¹, que supuso el reconocimiento de un espacio de constitucionalidad para la objeción de conciencia. Sherbert abrió la posibilidad —que el Tribunal no se molesta en demostrar históricamente— de exenciones a leyes primo efecto neutrales, si gravan la libertad religiosa del individuo; esa posibilidad se encauza a través de un balancing test que sopesa la libertad de ejercicio y los intereses del Estado.

En la decisión Sherbert aparece aplicado el balancing test a la objeción de conciencia. La metáfora del balancing se refiere a una teoría de interpretación constitucional que tiene sus raíces en el realismo jurídico norteamericano. Supone identificación, evaluación y comparación de intereses en conflicto o en concurrencia, dando un determinado valor o rango a esos intereses. El balancing enfoca directamente la atención a los intereses o factores en sí mismos, entendiendo que ambos tienen una legitimidad inicial, un reconocimiento en la constitución o en las leyes⁹². Su campo originario es el análisis jurisprudencial de la free speech clause y, por extensión, de los derechos civiles. El balancing test resulta provechoso, porque pone a los agentes jurídicos en contacto con la realidad, y facilita elementos de juicio cuando precisamente los dos valores gozan de protección. El inconveniente es su generalidad, su indefinición, y a falta de criterios objetivos, que hacen de él —y más en el sistema judicial norteamericano— una herramienta apta al servicio de

⁹¹ Esta decisión reconoce el derecho constitucional de un objetor de conciencia al trabajo en determinados días de la semana, a recibir subsidio de desempleo, a pesar de haber abandonado su empleo —y no aceptar otros que se le ofrecieron— por exigirle trabajar en el Sabbath, causa que no genera despido improcedente ni causa justificada de abandono del empleo. Para una exposición del caso Sherbert y su relación con las objeciones laborales, me remito al capítulo III.

⁹² T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 943, 945-946 (1987). Respecto de este artículo, resulta más que sospechoso que el Profesor Aleinikoff no estudie la aplicación del balancing test a la libertad religiosa. Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. I, p. 388.

cualquier tipo de "política judicial"⁹³.

El balancing test, en este ámbito particular de la objeción de conciencia⁹⁴, comprende la determinación de la sinceridad de las creencias del demandante⁹⁵ y, siendo esta probada, recaerá en el demandado la carga de probar la existencia de un alto o compulsivo interés estatal (compelling state interest)⁹⁶ que justifica la infracción de la libertad del demandante y que no puede lograrse a través de otros medios menos restrictivos o lesivos para la libertad infringida⁹⁷. En

⁹³ Aunque el Sherbert test pertenece al análisis constitucional del balancing, posee unas características propias, que colocan como umbral otras operaciones judiciales. Estas técnicas -processes of adjudication ~ despojan la reclamación de su ropaje antes de entrar en el balancing, y sirven para seleccionar a los auténticos objetores ó demandantes de protección vía primera enmienda, de aquellos que no lo son. Cfr. Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933, 955 y 937 (1989).

⁹⁴ Téngase en cuenta que el balancing test no es un modelo estático, sino que ha ido experimentando variaciones. Cfr. dissenting opinion de Sandra D. O'Connor en *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. at 529. Vid. capítulo V, 3.

⁹⁵ La sinceridad de las creencias aparece como criterio relevante para la ley en gran variedad de situaciones a lo largo de la historia legal angloamericana, junto con la buena fe y otros "estados mentales" con trascendencia jurídica. En la jurisprudencia sobre libertad religiosa, los conceptos sinceridad-religiosidad están estrechamente vinculados: *United States v. Kuch*, 288 F.Supp. 439 (D.D.C. 1968), is a rare instance in which to state the supposed tenets of a group is to reveal the substantial insincerity of its members. For example, the "Catechism and Handbook" contained pronouncements of Chief Boo Hoo, and the group's official songs were "Puff, the Magic Dragon" and "Row, Row, Row Your Boat". Id. at 444. The opinion affords an interesting example of how, in practice, threads of insincerity and nonreligiousness can run together. Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 780 (1984). La sinceridad se objetiva en relación con las declaraciones, conductas y afirmaciones del reclamante-objeto. Para McConnell, la sinceridad de las creencias es de alguna forma el reflejo de la histórica exigencia legislativa de pertenencia del objeto a una confesión conocida. Cfr. Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1472-1473 (1990). Sin embargo, el examen de sinceridad de creencias, no está exento de cierta crítica: Primero, por cuanto despierta, en palabras del profesor Ira Lupu, "el mal aroma de lo inquisitivo" especialmente "desagradable" en el sistema angloamericano. Segundo, porque de alguna manera el examen de insinceridad juega inconscientemente en contra de los objetores pertenecientes a confesiones minoritarias, nuevas, poco populares. Por último, porque la indagación en la sinceridad de las creencias no permite establecer criterios con valor de precedente, que fijen su objeto y alcance; este examen opera "al detalle", sobre un esquema case by case (cfr. Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933, 954, 1989).

⁹⁶ Sobre las posibles clases de intereses estatales en juego, vid. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381, 1390-1416 (1967) y Michael W. McConnell- Richard A. Posner, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, 56 U.Chi.L.Rev. 1, 46-47 (1989).

⁹⁷ The state may justify an inroad on religious liberty by showing that it is the least restrictive means of achieving some compelling state interest. *Thomas v. Review Board of Indiana Employment*

caso de que el demandado no logre demostrar la presencia de ese interés estatal, o de que exista un medio menos restrictivo para la libertad, el litigio se fallará a favor del objetor.

A la vez, Sherbert se convierte en el canal por el que la Corte Suprema norteamericana envía un mensaje a los cuerpos legislativos federal y estatales, a los organismos administrativos y a la sociedad en general: la posibilidad de lograr exenciones para las objeciones de conciencia a través de la vía instaurada⁹⁸. Los objetores religiosos podrán hacer valer sus pretensiones no sólo ante el legislativo, sino que podrán lograr protección constitucional también ante los tribunales. Realmente, este mensaje ha tenido un eco importante⁹⁹.

No obstante, hay algunas posibles claves interpretativas de Sherbert, que permiten ver la decisión desde perspectivas más amplias que un simple "cheque en blanco" a la objeción de conciencia religiosa. Primero, la *category neutrality*¹⁰⁰: tratar a la conciencia

Security Division, 450 U.S. 707 at 111 (1981); Johnson v. Motor Vehicles Division, Colo., 593 P.2d 1363 (1979), sobre fotografías en documentos de identidad (vid. capítulo V. 5.2.2.); (...) The District has not demonstrated that requiring a religious objector to provide his social security number in order to obtain a driver's license is the least restrictive means of achieving the concededly vital public safety objective at stake. En nota a pie, se especifica: Leahy observed that accommodating his objection would not require the District to establish new procedures, for the city already had in place an alternate system of numbers, used for issuing diplomatic driver's licenses. Leahy v. District of Columbia, 833 F.2d 1046, at 1049 (D.C.Cir. 1987), sobre el mismo tema. Cfr. Developments. - Religion and the State, 100 Harv. L.Rev. 1606, 1751 (1987).

⁹⁸ Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, Structural Free Exercise, 90 Mich.L.Rev. 477, 532 (1991).

⁹⁹ La resonancia jurídica de la decisión Sherbert ha sido muy grande: desde 1963 hasta mayo de 1990, las cortes federales norteamericanas han citado la decisión en 546 sentencias, y las cortes estatales lo han hecho en 393 ocasiones: 939 veces en 27 años. Cfr. Mitchell A. Tyner, Is Religious Liberty a "Luxury " We Can No Longer Afford, en Liberty: A Magazine of Religious Freedom 85 (Sept.-Oct. 1990), p. 3-7. Pero, a la vez, las religious exercise exemptions susurran al oído de los jueces la posibilidad de enfrentarse en no mucho tiempo con una cadena interminable de reclamantes demandando su exención, que lleva a los jueces no excesivamente comprometidos con el judicial activism a poner barreras previas al ejercicio del balancing test. Ira C. Lupu, Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion, 102 Harv.L.Rev. 933, 947 (1989).

¹⁰⁰ Consistente en garantizar que el Estado trata el fenómeno religioso en un plano igual a otras categorías de creencia, preferencia ó motivación, según el dissenting de Harian en la sentencia Sherbert v. Vemer, 374 U.S. 398, at 420: What the Court is holding is that if the State chooses to condition unemployment compensation on the applicant's availability for work, it is constitutionally

religiosa bajo el criterio de la igualdad con otros motivos que sí entran dentro de esa good cause o causa justificada que permite el acceso al subsidio de desempleo¹⁰¹. Por tanto, es la no discriminación el criterio decisivo para la objeción de conciencia, pero no la cabal aplicación de la dimensión individual de la libertad religiosa. Segundo, que el ordenamiento jurídico está dispuesto a reconocer la objeción de conciencia religiosa en la dimensión de conducta omisiva, con bajo impacto social. Lo que, en palabras de Tushnet, podríamos llamar, principio de marginalidad¹⁰². Tercero, Sherbert es un tipo específico y concreto, que en la doctrina norteamericana se denomina unemployment compensation case. Por tanto, su valor como precedente estará en relación con la semejanza del supuesto siguiente. Es decir, es restringible a un campo muy concreto, sin que sea sencillo trasladar sus conclusiones a otras objeciones de conciencia¹⁰³.

TERCERA FASE: LA EMERGENCIA DE LA DEFERENCE

compelled to carve out an exception -and to provide benefits- for those whose unavailability is due to their religious convictions.

¹⁰¹ Encontramos un eco de esta forma de entender la cuestión en *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986), sobre la objeción de conciencia a los números identificativos de la Seguridad Social por parte de miembros de la Abenaki Tribe. Vid. capítulo V. 2. En su voto particular, el magistrado Stevens afirmó que, existiendo un régimen legal de exenciones al requerimiento del número de seguridad social, era discriminatorio para la religión no entrar dentro de este régimen: To the extent that other food stamp and welfare applicants are, in fact, offered exceptions and special assistance in response to their inability to "provide" required information, it would seem that a religious inability should be given no less deference. For our recent free exercise cases suggest that religious claims should not be disadvantaged in relation to other claims. 476 U.S. at 692. A este respecto, cfr. Michael McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1140 (1990), al hablar de la theory of handicap discrimination.

¹⁰² Mark Tushnet, *The Constitution of Religion*, 18 Conn.L.Rev. 701, 713 (1986). El Estado está dispuesto a reconocer lo menos (una lesión "indirecta" a la libertad religiosa, encamada esta en una conducta omisiva) y lo más (como sería, por ejemplo, la proscripción de una determinada confesión ó creencia), pero no grados intermedios (objeción fiscal, o exenciones a leyes penales, por ejemplo).

¹⁰³ En efecto, de un total de 17 casos entre 1963 y 1990, la Corte Suprema no volvió a conceder free exercise exemptions más que en 4: *Frazee v. Illinois Dep't of Employment Sec.*, 489 U.S. 829 (1989); *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n*, 480 U.S. 136 (1987); *Thomas v. Review Bd. of Ind. Employment Sec.Div.*, 450 U.S. 707 (1981) (vid. capítulo III, 2.9. y 2.10 para estos casos); y *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Estaba restringiendo, de hecho, su doctrina al campo de los unemployment compensation cases.

DOCTRINE Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

En 1986, el Presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, nombra Presidente de la Corte Suprema a William Rehnquist. Comienza una nueva etapa, una solución de continuidad, caracterizada por la judicial deference, strict constructionism, vigorización del poder y de las competencias de los Estados.

Las free exercise exemptions y, por tanto, la objeción de conciencia, no son ajenas a esta nueva etapa. En concreto, la sentencia Smith 11¹⁰⁴ cerrará el ciclo de libertad religiosa individual. La Corte Suprema indica en la decisión Smith II que: si una conducta está sancionada criminalmente, no es planteable (ante la jurisprudencia) la infracción de la libertad religiosa por medio del compelling state interest', y que la sede propia para lograr exenciones a las normas jurídicas de aplicación general son las cámaras legislativas¹⁰⁵; con la posibilidad de invocar la doctrina del compelling state interest test queda circunscrita al campo de los unemployment compensation

¹⁰⁴ Employment División, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 110

S.Ct. 1595 (1990). Se denomina a esta sentencia como Smith 11, por cuanto la Corte Suprema en 1988 reenvió el caso con el fin de que la Corte Suprema de Oregon decidiera si era legal el uso de peyote en el Estado. Aunque en el capítulo V analizaré esta sentencia, es preciso traer aquí a colación el supuesto y los criterios de solución. Al igual que en Sherbert, se trata de dos peticionarios de subsidio de desempleo que fueron despedidos de su trabajo en un organismo de rehabilitación de toxicómanos, puesto que consumían peyote (sustancia clasificada como droga) en las ceremonias de la Native American Church. Tras diversos avatares en las Cortes estatales, finalmente, en recurso de writ of certiorari, la Corte Suprema Federal falla a favor de la plena aplicabilidad de la ley estatal e indica que esta no infringe la Free Exercise Clause. La diferencia material fundamental de este caso con el presentado en Sherbert es que la conducta religiosa está penalmente proscrita y que la ley criminal no deja un margen al poder ejecutivo que le permita discriminar la religión (que es lo que ocurría en el unemployment compensation case de 1963).

¹⁰⁵ (...) so also a society that believes in the negative protection accorded to religious belief can be expected to be solicitous of that value in its legislation as well. It is therefore not surprising that a number of States have made an exception to their drug laws for sacramental peyote use. (...) But to say that a nondiscriminatory religious-practice exemption is permitted, or even that it is desirable, is not to say that it is constitutionally required, and that the appropriate occasions for its creations can be discerned by the courts. It may be fairly said that leaving accommodation to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that unavoidable consequence of democratic government must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself (...) Ibid. at 1606.

cases y a aquellos supuestos que la Corte denomina hybrid cases: aquellos que comprendan no sólo libertad religiosa, sino también otra libertad fundamental constitucionalmente protegida¹⁰⁶.

Queda así cerrado un ciclo jurisprudencial que dio cobijo a la objeción de conciencia. Sobre el futuro de la misma, la doctrina espera ver cómo se pronuncia la Corte Suprema sobre el caso Church of the Lukumi Babalu Aye Inc. v. Hialeah¹⁰⁷, sobre las regulaciones municipales del sacrificio de animales, que afectan de lleno al código moral de la secta denominada "Santeros".

PROPUESTAS DOCTRINALES DE NUEVOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Ante el vacío provocado por la decisión Smith II, la doctrina propuso nuevos criterios para la evaluación jurisprudencial de las free exercise exemptions.

Las primeras propuestas corresponden a J. Morris Clark¹⁰⁸, que entiende posible un escalonamiento de la objeción de conciencia con las siguientes soluciones: primero, que el Estado intente satisfacer su interés "puenteando" la voluntad del objetor, que no vería así gravada

¹⁰⁶ Las voces de alarma no se hicieron esperar (cfr. Michael W. McConnell, Free Exercise Revisionism and the Smith Decision, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1990; James E. Wood, Abridging the Free Exercise Clause, 32 JCS 741, 1990; Douglas Laycock, The Remnants of Free Exercise, 1990 Sup.Ct.Rev. 1, 1990; James D. Gordon III, Free Exercise on the Mountaintop, 79 Cal.L.Rev. 91, 1991). Algunos sectores doctrinales, sin embargo, dieron una calurosa bienvenida al cambio de orientación de la Corte (cfr. William P. Marshall, In Defense of Smith and Free Exercise Revisionism, 58 U.Chi.L.Rev. 308, 1991). Para voces tal vez más moderadas, el paso del tiempo demostrará que Smith pasará a la historia simplemente de un caso judicial que refleja la lucha anti-droga en EUA (cfr. Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, Structural Free Exercise, 90 Mich.L.Rev. 477, 532, 1991), un caso que en la práctica no afectará a los supuestos de que eran amparados en la jurisprudencia antes del cambio de orientación (cfr. James E. Ryan, Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment, 78 Va.L.Rev. 1407, 1429 y ss., 1992) o un caso mal construido y sin trascendencia histórica.

¹⁰⁷ Church of the Lukumi Babalu Aye Inc. v. Hialeah, Florida, No. 91-948. 9 RFR 341. (1989).

¹⁰⁸ J. Morris Clark, Guidelines for the Free Exercise of Religion, 83 Harv.L.Rev. 327, 345 (1969).

su conciencia por un mal consentido (teoría del "falso conflicto"); segundo, si no logra de ese modo su objetivo, entra en juego el balancing test, pero de acción limitada: el Estado puede hacer prevalecer su legislación prohibiendo conductas activas, salvo que el individuo objetor se encuentre motivado por razones morales que le fuerzan a una actuación que sólo afecta a él y a sujetos que consienten con plena capacidad.

Por otro lado, un artículo del Yale Law Journal de 1980¹⁰⁹, propone el establecimiento de un "conflicto de leyes", una concurrencia de fuentes de autoridad (la estatal/la religiosa, con su correspondiente rango normativo) para la resolución de los casos.

Hay otros intentos más que podemos destacar. El profesor Pepper, por ejemplo, sugiere que las Cortes determinen si hay un "real, tangible (mensurable, concreto, no simplemente especulativo) daño a un legítimo interés del Estado"¹¹⁰. McConneü propuso inicialmente, tras la sentencia Smith II, un criterio sencillo: determinar si la práctica religiosa atenta contra la paz o seguridad del Estado¹¹¹. Y para el caso de que el supuesto sea alegado por grupos religiosos minoritarios, propuso un criterio distinto: ¿es tan importante el interés estatal como para imponer un gravamen de esta magnitud en la mayoría con el fin de lograr ese interés?¹¹². El profesor Ira Lupu, por su parte, propone un common law test: la actuación del gobierno es lesiva si esa misma acción, cometida por un particular, es demandable (actionable), bajo los principios generales del derecho (más

¹⁰⁹ Religious Exemptions Under the Free Exercise Clause: A Model of Competing Authorities, 90 Yale L.J. 350, 362 (1980).

¹¹⁰ Stephen L. Peeper, The Conundrum of the Free Exercise Clause- Some reflections on Recent Cases, 9 N.Ky.L.Rev. 265, 289 (1982).

¹¹¹ Michael W.McConnell, The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion, 103 Harv.L.Rev. 1409, 1461 (1990).

¹¹² Michael W.McConnell, Free Exercise Revisionism and the Smith Decision, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1147 (1990)

propia, del common law)¹¹³.

3.2. ESPAÑA

La objeción de conciencia se encuentra regulado en el derecho español en dos textos principales, como son la Constitución Política del Estado y la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria.

El artículo 30.3 de la Constitución Política del Estado de España señala: *“La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”*.

SORIANO cuestiona la técnica del constituyente español para la regulación de la objeción de conciencia, señalando: *“La objeción de conciencia, tal como es contemplada por el constituyente español, da la impresión de ser un derecho de segunda categoría, en el mejor de los casos, o ni siquiera un derecho secundario, sino una mera excepción de un deber fundamental, el deber de servir a la patria militarmente. A esta conclusión se llega por la forma de inclusión de la objeción de conciencia en un artículo destinado a la regulación de los deberes militares y en un apartado del texto constitucional que no está agraciado con las garantías y protección que la Constitución dispensa al conjunto de derechos y libertades fundamentales”*.¹¹⁴

DE ALFONSO, en el mismo sentido crítico, sostiene: *“Es claro que la objeción de conciencia no está asistida de las garantías de otros derechos fundamentales – reserva de ley orgánica, sistema rígido de reforma constitucional –*

¹¹³ Ira C. Lupu, Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion, 102 Harv.L.Rev. 933, 966 (1989).

¹¹⁴ SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. Revista de Estudios Políticos Nº. 58. 1987, p. 64.

incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título I. Incluso la rapidez de acceso al Tribunal Constitucional por violación del artículo 30.2 de la Constitución se explica por evitar roces con la jurisdicción militar y no por un deseo de máxima protección de este derecho. (En la demanda ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho a la objeción de conciencia no es necesario el previo agotamiento de la jurisdicción ordinaria.)”¹¹⁵.

La doctrina española sostiene que hubiese sido más correcto la ubicación de la objeción de conciencia en el artículo 16º de la Constitución Española como una determinación de la libertad ideológica, como hace la Constitución portuguesa¹¹⁶. SORIANO al respecto señala: “(...) *con ello se hubiera evitado este carácter de derecho devaluado o de segunda categoría, que inconfundiblemente se vislumbra en la forma de constitucionalización de la objeción de conciencia*”.¹¹⁷

En este sentido, la objeción de conciencia no está en el título I, capítulo 2º, sección 1.a, de la Constitución Española, que es donde aparecen el listado de las libertades públicas, sino en la sección segunda de estos capítulo y título referidos, como excepción a las obligaciones militares de los españoles. El texto del art. 30.2 de la Constitución reza así: “*La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria*”.

El constituyente español, ante una situación de colisión de un deber jurídico con un derecho fundamental, resuelve por la prevalencia del derecho

¹¹⁵ DE ALFONSO, A. El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia. En: Revista Jurídica de Cataluña, Nº, 1, 1983, p. 211.

¹¹⁶ El artículo 41.5 de la Constitución portuguesa, de 1976, expresa: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Los objetares estarán obligados a prestar servicio no armado con duración idéntica a la del servicio militar obligatorio.” Es uno de los cuatro párrafos (del 2 al 5) del artículo 43 protectores de diversos supuestos de violación de la libertad de conciencia, religión y culto reconocida en el párrafo primero de este artículo.

¹¹⁷ SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. Revista de Estudios Políticos Nº. 58. 1987, p. 64.

fundamental (la objeción de conciencia). SORIANO al respecto señala: *“La objeción de conciencia es la excepción condicionada del deber de todo ciudadano de cumplir con sus obligaciones militares. La objeción de conciencia no es secundaria respecto al deber prevalente de una prestación de servicio al Estado, sino en relación con una determinada forma de esta prestación-, el servicio de armas”*.¹¹⁸

No obstante haberse consignado a la objeción de conciencia en la Constitución Española, de la lectura de la norma que la regula, se aprecia que la misma no responde a las conclusiones de una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional. SORIANO al respecto señala: *“En principio, el art. 30.2 ha de ser puesto sistemáticamente en conexión con los arts. 16.1 (reconocimiento de la libertad ideológica) y 53.2 (aplicación del recurso de amparo a la objeción de conciencia)”*.¹¹⁹

La objeción de conciencia es una forma de libertad preferente al deber jurídico del servicio de armas, respecto al que, en términos del art. 30.2 de la Constitución, es una causa de exención El deber jurídico de las obligaciones militares es uno de los deberes ciudadanos respecto al Estado, una de las formas de los deberes ciudadanos, que al parecer obtiene del constituyente un tratamiento jurídico privilegiado.

Además, la recepción constitucional de la objeción de conciencia deja bastante que desear por otras razones, aparte de la anteriormente indicada: aparecer como la excepción a un deber jurídico, que ni siquiera es un deber general, sino un deber concreto, el deber de servir a la patria con las armas.

a) La escasa extensión de la objeción de conciencia, como tal objeción, en la regulación constitucional; si la objeción viene considerada como una excepción a un derecho o deber fundamental, el constituyente podría haberla ampliado a otros preceptos constitucionales, aunque la solución idónea hubiera sido incluirla como una concreción de la libertad ideológica del

¹¹⁸ SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. Revista de Estudios Políticos Nº. 58. 1987, p. 64.

¹¹⁹ SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. Revista de Estudios Políticos Nº. 58. 1987, p. 64.

artículo 16 de la Constitución, en el mismo sentido que antes he indicado. Pero, si esto no es así, cabría preguntarse por qué la objeción de conciencia afecta exclusivamente a los deberes militares y no a otros deberes y derechos constitucionales, b) El excesivo laconismo del precepto constitucional, que ofrece escasas garantías para el respeto del contenido esencial del derecho y deja carta libre al desarrollo legislativo. Creo que el constituyente debería de haber fijado, al menos, la duración límite del servicio social sustitutorio, para que éste no se convierta, al gusto del legislador de turno, en una especie de pena encubierta para la negativa de prestación del servicio militar y, asimismo, el enunciado suficientemente generoso de los motivos personales de la objeción de conciencia, aun cuando esta generosidad se deduce implícitamente de la conjugación del artículo 30.2 con el artículo 14 —igualdad de los españoles sin discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social— y otros preceptos constitucionales, c) Además del laconismo el artículo 30.2 de la Constitución incurre en cierta ambigüedad al precisar que *“la ley regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia”*. Hay divergencias de opinión sobre qué se debe de entender por la expresión “debidas garantías”, ya que el punto de referencia tanto puede ser los derechos del objetante como los derechos de los ciudadanos en general y de los poderes públicos a no ser engañados por un falso objetor. SORIANO concluye: *“Creo que no valen exclusiones y que la voluntad del constituyente debe ser entendida generosamente, como la voluntad de garantizar el derecho de objeción en función del interés particular del objetor y de los intereses generales de la sociedad, aunando los imperativos de la conciencia de los objetores y el principio de igualdad en las prestaciones sociales al Estado”*.¹²⁰

¹²⁰ SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. Revista de Estudios Políticos Nº. 58. 1987, p. 64.

CAPÍTULO IV
EL RIESGO DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS
HIJOS MENORES DE EDAD POR EL EJERCICIO ILIMITADO DE LA PATRIA
POTESTAD ANTE LA PROYECCIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE
LOS PADRES

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

1.1. DESCRIPCIÓN

El reconocimiento de la configuración del sistema jurídico por reglas y principios lleva implícita la posibilidad de confrontación, denominando al primer caso antinomia jurídica (conflicto normativo) y al segundo colisión de principios.

Uno de los supuestos de colisión de principios es aquel que se genera entre el derecho a la vida y el derecho a la objeción de conciencia ante determinados tratamientos médicos.

La objeción de conciencia es la negativa del individuo, por razones de conciencia, al cumplimiento de una obligación que, en principio, le resulta jurídicamente exigible. Con ella no se pretende justificar el incumplimiento de los mandatos legales por la satisfacción de un capricho o un interés egoísta, sino se busca la protección del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión, expresamente consagrado en el artículo 2º inciso 3 de la Constitución Política del Estado de 1993.

No obstante reconocer, con las objeciones éticas y jurídicas del caso, que en la actualidad el derecho a la objeción de conciencia posibilita a una persona humana mayor de edad incluso negarse a tratamientos médicos que devengan en su muerte, aquella proyección -hasta cierto punto ilimitada- se ve enfrentada cuando de por medio se encuentran inmersos menores de edad, ya sea por considerar que debido a su minoría de edad aún no

cuentan con la madurez mental para la plena comprensión de las repercusiones de sus actos, como por el hecho de considerar que los padres, aun cuando disfruten del pleno ejercicio de la patria potestad, no pueden afectar los derechos fundamentales de terceros, esto es el de sus propios hijos.

En efecto, si bien existe el derecho de los padres a la libertad religiosa, a la dignidad propia y a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, dicho derecho debe ceder frente al derecho a la vida y a la salud de los mismos; toda vez que ellos son terceros que para la ley carecen de discernimiento para adoptar una convicción religiosa propia y si bien los padres de hijos menores ostentan el ejercicio de la patria potestad, éste no debe ser ejercido de modo ilimitado ni arbitrario. Al no poder decidir el menor por sí mismo, el derecho a la vida goza de primacía por ser un bien insustituible una vez que se pierde.

En caso de oposición de los padres de los menores o representantes de los incapaces a que se efectúe la transfusión de sangre y que el médico lo considere imprescindible para salvar la vida, se debe recurrir a la autoridad judicial para que otorgue la correspondiente autorización, radicando en éste aspecto último el problema pues si bien, por un lado, existen medios para lograr aquella autorización no concedida por los padres (como el proceso constitucional de Amparo); por otro lado, actualmente, no existe un mecanismo disuasivo de aquella conducta que genera la puesta en riesgo de la vida e integridad del niño.

En efecto, si bien la Ley N° 30323 – Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves, ha modificado el Código del Niño y del Adolescente, disponiendo en el literal h) del artículo 77 la suspensión de la patria potestad: “ *Por haberse abierto proceso penal al padre o la madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos ... 125° del Código Penal...*”; así como la pérdida de la patria potestad regulada en el

literal d) del artículo 77 del Código del Niño y del Adolescente, el cual 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 cualquiera de los delitos previstos en los artículos ... 125 del Código Penal...”*; cabe precisar que si bien se ha regulado como sanción y consecuente pérdida de la patria potestad la conducta de exposición a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud a un menor de edad por parte de quien esté legalmente bajo su protección o que se hallen bajo su cuidado, en el presente caso los padres; tales modificatorias no dan solución efectiva al problema materia de investigación, existiendo 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 frente al ejercicio ilimitado de la patria potestad producto de la indebida invocación de la objeción de conciencia de los padres.

1.2. JUSTIFICACIÓN

La versión moderna¹²¹ de los Testigos de Jehová fue fundada en la década de 1870 por Charles Taze Russell (1852-1916), en Pittsburgh, Pensilvania. Los dirigentes sucesores han sido: Joseph Franklin Rutherford (1869-1942), Nathan Homer Knorr (1905-1977), Frederick William Franz (1893-1992), Milton George Henschel (1920-2003) y, Don Aldem Adams (1925-).

Han tenido diferentes nombres a lo largo de su historia: "Russellistas", "Gente de la Aurora del Milenio", "Milenarios", "Los ungidos del Señor", "Seguidores en las pisadas de Jesús", "(Asociación Internacional de) Estudiantes de la Biblia", "Estudiantes sinceros de la Biblia", "(Asociación del) Púlpito del pueblo", "Sociedad (Bíblica) de publicaciones de la Torre del Vigía" y, "El Reino Teocrático"; a raíz de la escisión de varios grupos

¹²¹ Pimentel-Pérez AG. Los Testigos de Jehová y el consentimiento informado. Rev Méd IMSS 2002;40(6):495-504.

disidentes (Asociación de Estudiantes de la Biblia, Amanacer; Movimiento Standfast, Movimiento Paul Johnson-posteriormente, Movimiento Laico de Misiones Domésticas-, Movimiento de la Voz de Elías, Sociedad del Águila e, Instituto Bíblico Pastoral de Brooklyn), durante la directiva del juez JF Rutherford, para distinguir entre los cismáticos y los seguidores del juez, en una convención celebrada en Columbus, Ohio, en 1931, adoptaron la denominación actual, que oficialmente es Watch Tower Bible and Tract Society, con base en Isa 43:10-11.23 55 58 70.

Los miembros, proclamadores o misioneros, publican o proclaman, de puerta en puerta, la doctrina dedicando de 15-50 horas/semana para el evangelismo personal y, la obra misionera. Los pioneros dedican 100 horas/mes a realizar la obra de la Sociedad, a nivel de la congregación 10 Los lugares de reunión (tres veces por semana) de la congregación se llaman Salones del Reino. En cada congregación hay ancianos o superintendentes o supervisores, los cuales reciben ayuda de los siervos ministeriales. Los circuitos están formados por 20-22 congregaciones que son visitados (en una semana) por un ministro itinerante. Los circuitos en Estados Unidos, en 1993, se organizaban en 22 distritos; los distritos se constituyen a su vez en ramas. En 1989 se celebraron unas 1,000 convenciones de “Devoción Divina”, en 107 países, entregándose en todas el libro La Biblia ¿Palabra de Dios o del hombre?. Cada año hay asambleas en donde se reúnen las congregaciones y se bautizan, por inmersión, los nuevos discípulos. La central mundial de los Testigos de Jehová está en Columbia Heights, NY, y en ella se encuentra el Cuerpo Gobernante.⁶¹⁻¹⁰ Su página web oficial está en 387 idiomas.

La negativa de los Testigos de Jehová a aceptar la transfusión de sangre se basa en la Biblia, que menciona la palabra “sangre” aproximadamente más de 400 veces, pero de los dos Testamentos que la forman, sólo en una ocasión, en el Nuevo. Entre los más de 1,000 diferentes grupos religiosos que se consideran cristianos en todo el mundo, sólo los Testigos de Jehová plantean la no aceptación de la introducción de sangre al

cuerpo, por cualquier vía (comida en forma de morcilla, rellena o moronga o inyectada por transfusión o por autohemoterapia) lo cual se basa en una analogía. Los pasajes bíblicos en que los Testigos de Jehová apoyan su negativa son los siguientes: En Génesis 9: 3-4, Dios prohíbe la ingesta de sangre a Noé y sus hijos tras el diluvio universal "(...) *sólo carne con su alma - su sangre- no deben comer*". Unos 850 años después, dicha prohibición se repite en la ley mosaica dada a Moisés: "(...) *por eso he dicho a los hijos de Israel: ninguna alma de ustedes debe comer sangre, y ningún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes debe comer sangre*" (Levítico 17: 10-16), "(...) *la sangre es la vida; así que no deben comer la vida junto con la carne. Lo que deben hacer es derramarla en la tierra como agua. No la coman y les irá bien a ustedes y a sus hijos por hacer lo recto*" (Deuteronomio 12: 23-25). En el siglo I, 16 años tras la muerte de Jesucristo se celebró un concilio del cuerpo gobernante cristiano que incluyó a los apóstoles. Se decidió que los cristianos no tenían que observar el código dado a Moisés, pero debían seguir absteniéndose del consumo de sangre: "(...) *que se guarden de lo sacrificado a los ídolos así como también de la sangre y de lo estrangulado y de la fornicación*" (Hechos 15: 20, 28 y 29).

Los Testigos de Jehová consideran que la prohibición del consumo de sangre no es una simple restricción dietética sino un serio requisito moral, y que es aplicable tanto a la vía oral como a la intravenosa o cualquier otra, y se extiende al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un periodo de tiempo.¹²²

Los hemocomponentes de la sangre total inaceptables para las Testigos de Jehová son: concentrados de hematíes, leucocitos, concentrados plaquetarios y plasma, ya sea provenientes de donación directa o de donación preoperatoria autóloga;¹²³ la mayoría no suelen oponerse a procedimientos en donde haya circuitos no preparados con

¹²² Green M. Biblical laws relating to blood transfusion: the Judaic law and principles. Trans Med Rev 1991;5(4):247-252.

¹²³ Bodnaruk ZM, Wong CJ, Thomas MJ. Meeting the clinical challenge of care for Jehovah's Witnesses. Transfusion Med Rev 2004;18(2):105-116.

sangre alogénica, tales como la hemodiálisis.¹²⁴

Entre las alternativas medicamentosas propuestas por los Testigos de Jehová para que les sean administradas en caso de pérdida súbita e importante de sangre que, desde el punto de vista médico habitual, requiriera de transfusión, se encuentran: dextrán, polivinilpirrolidón (peristón N®), gelatina (Haemaccel®), colágeno (de la vejiga del esturión) + levadura (isinglass ® = “cola de pescado”), amygen, ácidos epsilon aminocaproico y tranexámico, desmopresina, eritropoyetina, soluciones salina y de Hartmann (lactato de Ringer), hidroxietilalmidón, aprotinina, estrógenos conjugados, perfluoroquímicos, hierro, celulosa y, diversas técnicas, como: recapturador de eritrocitos, oxígeno hiperbárico e hipotermia/hipotensión controladas. Algunas de estas alternativas medicamentosas se han usado también en forma profiláctica preoperatoria y terapéutica postoperatoria.¹²⁵

La mayoría de los Testigos de Jehová sí aceptan otros hemoderivados como las vacunas, fibrinógeno, albúmina, gammaglobulina, etc. por lo que algunos consideran razonable que si no donan sangre, tampoco deberían beneficiarse de estos recursos; así mismo, con respecto a las medidas efectuadas para reducir la necesidad de transfusiones, estos mismos aclaran que, en el mejor de los casos, la necesidad de transfusión se reduce, pero no desaparece.¹²⁶

La doctrina de los Testigos de Jehová de prohibición de transfusiones de sangre, data desde julio de 1945, bajo la presidencia de N Homer lo cual ha dado origen a conflictos ético-médico-legales que, incluso, han propiciado casos fatales, pero también, han contribuido a la investigación en la búsqueda de alternativas.

¹²⁴ Crookston KP. Approach to the patient who refuses blood transfusion. Jehovah's Witnesses. En: Basow D UpToDate®, 2009.

¹²⁵ MENESES C, CAMPOS G, ACOSTA E, DE ROSSI R. Corrección de anomalía total del retorno venoso pulmonar en un lactante Testigo de Jehová sin utilización de sangre. Arch Argent Pe- diatr 2005;103(3):244-246.

¹²⁶ VÁZQUEZ OR, GONZÁLEZ CR, GALLO RM, ARROYO BG, CERVANTES F. Transfusión, cirugía y Testigos de Jehová. Cir Gen 2001;23(1):60-63.

1.3. CONSECUENCIAS

La conducta de los padres que profesan la religión de los Testigos de Jehová, de oponerse a la transfusión de sangre a favor de sus hijos genera dos consecuencias concretas: 1º) en primer lugar, representa una afectación de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del niño; y, 2º) en segundo lugar, constituye un ejercicio abusivo de la patria potestad.

Analicemos a continuación cada uno de aquellos efectos, sobre la base de la doctrina formulada al respecto:

1.3.1. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y A LA SALUD DEL HIJO

El niño o niña, en tanto sujetos de derecho, tienen derecho a la a la salud y a su integridad física, pues ambos forman parte del derecho a la vida.

En este contexto, resulta necesario reproducir los instrumentos internacionales, la Constitución Política del Estado de 1993 y el Código de los Niños y Adolescentes que regulan aquel derecho fundamental.

El Principio 2 de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 1386 (XIV), 20 de noviembre de 1959, señala: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”*.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: *“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”*.

El artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado de 1993 señala: *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”*.

El artículo 1 del Código de los Niños y Adolescentes, señala: *“El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”*.

La negativa de los padres de autorizar la transfusión sanguínea a sus hijos menores de edad, sin duda alguna conlleva una afectación del derecho fundamental a la vida y a la salud, pues aquella decisión de los padres pone en riesgo la propia existencia del hijo, lo que bajo ningún contexto resulta justificable, aún basado en otro derecho fundamental como la objeción de conciencia, el cual forma parte de la libertad de conciencia.

1.3.2. EJERCICIO ABUSIVO DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, conforme se ha desarrollado, es un conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en tal período.

La patria potestad constituye un derecho –además de un deber– conferido por el ordenamiento legal a favor de los padres, con el objetivo de ofrecer protección a los hijos, lo cual responde a la necesidad de que éstos últimos cuenten con el cuidado necesario que implica su estado cronológico para un desarrollo y maduración normal.

En este contexto, resulta necesario reproducir los instrumentos internacionales, la Constitución Política del Estado de 1993 y el Código del Niño y Adolescente que justifican el derecho-deber a la patria potestad de los padres, por encontrarse en aquellos el fundamento para un ejercicio adecuado y no abusivo.

El Principio 6 de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, señala: *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”*.

El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: *“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

El artículo 6 de la Constitución Política del Estado de 1993 señala: *“Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a*

sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

El artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, señala:
“Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: a) Velar por su desarrollo integral;”.

La negativa de los padres de autorizar la transfusión sanguínea a sus hijos menores conlleva un ejercicio abusivo de la patria potestad, pues no se condice con la finalidad de aquel derecho, esto es, brindar el cuidado necesario que permita su subsistencia y desarrollo, pues con aquella decisión basada en la objeción de conciencia del padre se estaría poniendo en riesgo la vida y la salud del niño.

En efecto, si bien la patria potestad sobre los hijos corresponde a los padres, como titulares de la patria potestad, son aquellos quienes pueden ejercitarla libremente, de la forma que consideren más conveniente. Empero, la directriz del ejercicio de aquel derecho es el interés superior del niño y del adolescente, por lo que al haberse afectado aquel – mediante la puesta en riesgo de la vida o la salud del niño- se justifica la intervención del Estado a efectos de asegurar el restablecimiento del fin que justifica la patria potestad, esto es, el interés del menor.

2. EXPERIENCIA EXTRANJERA

2.1. ESPAÑA

La revisión de la jurisprudencia española ha permitido identificar dos fallos judiciales, originados de un mismo hecho, en donde se debatió precisamente los límites de la libertad religiosa de los padres frente al derecho a la vida y salud de los hijos. Los referidos fallos fueron la Sentencia

950/1997 (Casación Nº 3248/1996) del Tribunal Supremo de Justicia y la Sentencia Nº 154/2002 de 18 de julio del Tribunal Constitucional.

La Sentencia 950/1997 (Casación Nº 3248/1996) del Tribunal Supremo de Justicia español examina el supuesto de exigencia de responsabilidad penal (homicidio por comisión por omisión) a los padres de un menor de edad que finalmente fallece como consecuencia de no haber practicado la transfusión de sangre, único tratamiento posible por el cuadro clínico que presentaba el propio menor, en el momento adecuado.

La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia español plantea una situación particular, caracterizada por aquéllos supuestos en los que la persona o paciente que requiere la transfusión de sangre, es un menor de edad. Y es que la misma viene a decidir un supuesto en que los padres de un menor son acusados y finalmente condenados por un delito de homicidio, al negarse a someter a su hijo menor a una transfusión de sangre, alegando motivos religiosos (Testigos de Jehová).

El criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia español consintió que en los casos en los que el paciente menor de edad precisa de la transfusión para salvar la vida o para evitar un daño irreparable, resulta totalmente legítimo y obligado el ordenar el tratamiento pertinente, aún en contra de la voluntad de los padres puesto que, se señala en la sentencia mencionada anteriormente, “(...) *el derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si estos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre, se genera una responsabilidad penalmente exigible*”. La pasividad de los médicos en estos casos y la actitud negativa de los padres merecerían reproche y por tanto, serían susceptibles de responsabilidad penal.

El Tribunal Supremo de Justicia español destaca que “(...) *la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso*

de conflicto o colisión, puede estar limitada por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resulten afectados son los derechos de otras personas”.

La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia español permite extraer la premisa que una cosa es el derecho constitucionalmente reconocido a profesar una u otra confesión o creencia religiosa (derecho que le corresponde también a los menores de edad), y otra diferente es pretender, con base en tal derecho, fundar un derecho a la disponibilidad de la propia vida. Por lo tanto, puede decirse que la diferencia fundamental aunque no la única, que existe entre los casos en los que el paciente es un menor y aquéllos en que se trata de una persona mayor de edad y capaz, es que en los primeros la pasividad o la negativa ante las transfusiones de sangre o ante cualquier otro tratamiento médico necesario para salvar la vida, puede traer consigo responsabilidades penales para los representantes legales del menor y para los médicos que lo atienden. Por el contrario, si el paciente es perfectamente capaz y en consecuencia, su consentimiento ha sido prestado con todas las condiciones y requisitos legalmente exigidos, los hechos que de su negativa se deriven sólo serían en principio atribuibles a la esfera de responsabilidad del propio paciente cuya libertad de autonomía ha sido respetada, y no cabría exigir ningún tipo de competencia a la intervención de terceros, en este caso a los médicos. Por tanto, el derecho a rechazar el tratamiento que a todo paciente reconoce la Ley, y el derecho en consecuencia a arriesgar su propia vida, sólo pueden ejercerse personalmente, es decir, que se exige plena capacidad de comprensión y de asunción de consecuencias, no siendo posible suplir la voluntad a través de los representantes legales cuando el paciente sea menor.

Finalmente, es menester advertir la existencia de un elemento fáctico sin duda excepcional en la Sentencia 950/1997 del Tribunal Supremo de Justicia español, que provocó con posterioridad el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002 de 18 de julio. El hecho excepcional constituyó la reacción del propio menor, que en la época de los

hechos contaba con trece años de edad. La reacción consistió en una oposición feroz del menor (incluso con “terror”, describe en su sentencia el propio Tribunal Supremo) a la injerencia ajena en su propio cuerpo, negando también con ello la práctica de la transfusión de sangre.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002 de 18 de julio señaló que “(...) aunque “*el menor fallecido.....no tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa, y dicha decisión del menor no vincule a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar*” señala sin embargo que dicha reacción, “.... pone de manifiesto que había en el menor unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que le fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a estos”.

En el momento en que el menor perdió la conciencia debido a su estado crítico, de nuevo la decisión de aceptar o no la transfusión, sólo podía solicitarse a sus padres. Y prueba de que no existen opiniones unánimes al respecto, es que el Tribunal Supremo y el Constitucional mantienen posiciones diversas sobre el mismo caso. Mientras que para el primero, los padres son finalmente responsables del delito de homicidio por comisión por omisión (aunque con aplicación de atenuantes muy calificadas, incluso mostrándose favorable al indulto), el segundo concede a los padres del menor fallecido el amparo solicitado, considerando que aquéllos siguieron procurando las atenciones médicas al menor, intentando encontrar alternativas y aceptando tácitamente incluso la orden judicial de proceder a la práctica de la transfusión, que fue solicitada por los médicos del Hospital que atendió en primer lugar al menor y que fue ordenada por el Juzgado de guardia. Concluye su sentencia el Tribunal Constitucional considerando que la actuación de los padres estuvo amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1 C.E.) y que la sentencia del Tribunal Supremo vulneró tal derecho con sus consideraciones. Para concluir, y debido a la

enorme dificultad para resolver lo que constituye un desafío ético, moral y/o religioso para la comunidad médica, podemos decir que algunas opiniones vertidas en el seno de la doctrina jurídica, y que tienen en cuenta la posición “vulnerable” en la que se encuentra el médico, al tener que tomar decisiones valorando y sopesando aspectos que van más allá de sus propias funciones, sostienen que deben ser los jueces los que han de indicar a los médicos, cuál ha de ser la actuación correcta en cada caso concreto. Y a ello deberíamos añadir la regla general marcada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002 de 18 de julio, que entiende que “(...) *cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante*”.

2.2. COLOMBIA

La revisión de la jurisprudencia colombiana ha permitido identificar un fallo judicial referido al tema de la negativa de los padres Testigos de Jehová a la transfusión de sangre a su hijo. El referido fallo es la Sentencia T-474 de 1996 evaluada por la Sala Octava de Revisión, en la cual se revisa una tutela interpuesta en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga.

Con motivo de esta sentencia, el padre de un niño interpuso acción de tutela contra el hospital que atendía a su hijo y a los representantes de los “Testigos de Jehová” de su jurisdicción; en el primer caso, por falta de atención médica, y en el segundo, por haber influenciado en la decisión de su hijo hasta tal punto de atentar contra su vida.

Dicho niño tenía 16 años de edad, habiéndosele diagnosticado cáncer en una rodilla, lo que motivó que los médicos concluyeran que lo más conveniente era amputar la pierna derecha del paciente, y procedieron a solicitar la respectiva autorización, la cual fue otorgada tanto por el paciente, menor de edad, como por su padre. Sin embargo, posteriormente, el niño se

negó a recibir sangre vía endovenosa, debido a que la religión que profesaba, pues era Testigo de Jehová, le prohibía hacerlo. La Corte consideró que la difusión y divulgación de los principios y fundamentos de un determinado credo religioso constituían una conducta legítima de los predicadores. Asimismo, dicha Corte considerando lo dispuesto en la legislación colombiana le reconocía al menor adulto suficiente capacidad para ejercer sus derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; por lo anterior, la tutela no era procedente respecto de los jerarcas de la Iglesia de los Testigos de Jehová. Sin embargo, admitió como procedente la acción contra el Instituto de los Seguros Sociales, por cuanto esta institución debió haber atendido las directrices y la autorización del padre, titular de la patria potestad, dando en todo caso prevalencia al derecho a la vida del menor. La Corte Constitucional colombiana señaló: *“(...) si en cumplimiento de tales preceptos (la libertad religiosa) pretende adoptar decisiones que ponen en peligro su propia vida, como es rehusar un tratamiento médico que en opinión de los especialistas es esencial dada la gravedad de su estado, el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho fundamental a la vida sin el cual no sería posible la realización de los demás derechos que consagra la Carta Política”*. Lo anterior por cuanto el ejercicio de la patria potestad le permitía a los padres orientar y participar en las decisiones de sus hijos menores adultos, y exigir que se diera prevalencia a las que ellos adoptaran, en caso de enfrentamiento o contradicción que pusiera en peligro el derecho fundamental a la vida de sus hijos. La Corte concedió la tutela, ordenando al Instituto de los Seguros Sociales que prosiguiera con el tratamiento conforme a la autorización de los padres.

3. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La legislación nacional, actualmente, con la dación de la Ley N° 30323 – Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por delitos graves, ha incorporado nuevas causales de suspensión y pérdida de la patria potestad, dentro de las cuales se ha regulado un mecanismo para hacer frente a una situación como la

planteada, al regularse en primer lugar en el art. 75° del CNA como causal de suspensión: “ ...por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos, en específico al haber cometido el delito previsto en el art. 125° del Código Penal, el cual refiere: “ *El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años*”; sin embargo, la Ley N° 30323 resulta cuestionable, en el sentido que ha regulado la pérdida de la patria potestad por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión del delito previsto en el art. 125 del Código Penal, de conformidad a lo dispuesto en el literal d) del art. 77° del CNA.

Al respecto, si bien es cierto existe dicha conducta disuasiva (suspensión de la patria potestad) a fin de lograr una atención médica al menor aun cuando exista oposición del padre testigo de jehová; sin embargo consideramos que dicha norma cuando regula la pérdida de la patria potestad por el mismo hecho, atenta contra otros derechos fundamentales del niño y adolescente: derecho a vivir en familia, junto a sus padres y, en consecuencia, no responde a solucionar y dar preponderancia al Interés Superior del Niño.

En este sentido, proponemos como mecanismo legal disuasivo la suspensión temporal de la patria potestad del padre o la madre que se negó a brindar la autorización requerida a efectos de lograr que el personal médico atienda a su hijo con una transfusión de sangre, más no la pérdida de la patria potestad; por cuanto de ocurrir se estaría atentando contra el derecho del niño a vivir con sus padres, a tener una familia y a desarrollarse en el seno de la misma, hecho que contribuye a su íntegro desarrollo físico, psíquico y emocional.

CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas.
2. El niño(a) y adolescente, en tanto sujeto de derecho, es titular de derechos fundamentales, cuyo ejercicio puede ser realizado por el propio menor o puede valerse de un representante que ejercite parte de su contenido en su nombre.
3. El reconocimiento de los derechos fundamentales del niño(a) y adolescente se encuentra previsto a nivel nacional en la Constitución Política del Estado de 1993 y el Código del Niño y del Adolescente, y a nivel del derecho internacional en los siguientes instrumentos: 1º) La Declaración de los Derechos del Niño; 2º) Declaración Sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado; 3º) Convención sobre los Derechos del Niño; 4º) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; 5º) Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); 6º) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing"); 7º) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; y, 8º) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.
4. La patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende

un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas.

5. La objeción de conciencia persigue la excepción de un determinado deber jurídico para el objetor, porque el cumplimiento del mismo entra en colisión con su propia conciencia. No se puede afirmar que la misma se dirija ni contra el conjunto normativo ni contra determinadas instituciones jurídicas, lo que derivaría en otras tipificaciones diversas como pueden ser el caso de la resistencia o desobediencia civil, las cuales no entran en el objeto de nuestro estudio. Se trata, por tanto, de un comportamiento activo u omisivo frente a la obligatoriedad de la norma para el propio objetor.
6. La objeción de conciencia deben contar con los siguientes requisitos: a) que el interés ajeno sea relevante, que comprometa también su autonomía moral y no se cuente con su consentimiento; b) que por el volumen sociológico de la objeción la conducta del objetor cause un daño importante o irreversible (aquí se ha de tener en cuenta la posibilidad de la sustitución del objeto); y, c) que la conducta previa del objetor no le sitúe en una posición de compromiso previamente asumido de realizar la conducta que pretende objetar.
7. Actualmente, 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, 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.

8. 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 de 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.
9. La jurisprudencia extranjera, a diferencia de la peruana, sí se ha pronunciado en relación a los límites del ejercicio de la objeción de conciencia, proyección de la libertad de conciencia y de religión, cuando se pone en riesgo la vida e integridad física de los hijos, resolviendo por la prevalencia del derecho a la vida y el derecho a la salud de éstos últimos basados en la primacía de un interés superior del niño.
10. En efecto, si bien la patria potestad sobre los hijos corresponde a los padres, como titulares de la misma, son aquellos quienes pueden ejercitarla libremente, de la forma que consideren conveniente. Empero, la directriz del ejercicio de aquel derecho es el interés superior del niño y del adolescente; por lo que al resultar afectado aquel – mediante la puesta en riesgo de la vida o la salud del niño- se justifica la intervención del Estado a efecto de asegurar el restablecimiento del fin que justifica la patria potestad, esto es, el interés del menor.

RECOMENDACIÓN
PROPUESTA DE LEGE FERENDA

La recomendación central de la presente investigación constituye en la propuesta de incorporación en el Código del Niño y del Adolescente de una norma disuasiva al ejercicio abusivo e ilimitado de la patria potestad, consistente en la suspensión automática de la patria potestad por la negativa a que los hijos menores de edad sean sometidos a tratamientos médicos regulares, como es el caso de la transfusión sanguínea, debido a que aquella conducta pone en riesgo los derechos fundamentales de los hijos menores de edad como el derecho a la vida o a la salud, producto del indebido ejercicio de aquella potestad legal.

En este sentido, y a manera de propuesta de *lege ferenda*, proponemos el siguiente texto legal:

**ARTÍCULO 75 DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.-
SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.**

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

- j. Por no brindar la autorización inmediata para que el niño sea sometido a tratamientos médicos regulares.**

**ARTÍCULO 75-A DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.-
SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DE LA PATRIA POTESTAD.**

En el caso de la causal j, ante la negativa de los padres a someter a su hijo a tratamiento médico regulares basados en la libertad de religión o la objeción de conciencia, el personal médico competente deberá avisar dentro del plazo de 12 horas al Fiscal de Familia de turno, a efectos de constatar la negativa y disponga la inmediata implementación del tratamiento médico requerido. Asimismo, dispondrá las medidas necesarias tras la intervención médica respectiva.

La suspensión de la patria potestad opera de manera automática y se recupera tras la verificación del Fiscal de Familia que el menor se encuentra en un mejor estado de salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACINAS, Juan Claudio. Sobre los límites de la desobediencia civil. En: Sistema 97, 1990.

AGUILAR LLANOS, Benjamín. La familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones Legales, 2008,

AGUILERA PORTALES, Rafael, Teoría Política y Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2008

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, I, Introducción y Parte General. 16ª ed. Madrid: EDISOFER, S.L., 2004,

ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En: Constitucionalismo(s). Editor: Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2009

AMERIGO CUERVO-ARANGO, La objeción de conciencia al servicio militar, en Anuario de Derechos Humanos, instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 3, 1985.

APARISI MIRALLES, Ángela. Ética y Deontología para juristas, Pamplona: Eunsa, 2006,

ARIÈS, Phillipe. El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen. Madrid: Taurus, 1987

ARMENTEROS, J. C. Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad, Madrid, Editorial Colex, 1997.

BALAREZO REYES, Emilio José. Breves reflexiones en torno a la patria potestad en la normatividad civil peruana. Consulta: 15 de julio del 2013. Disponible en <http://www.editorialjuris.com/nueva/descargaDoc.php?idDoctrina=60>

BASTIDA FREIJEDO, Francisco, Constitución, soberanía y democracia, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 8, 1991,

BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984. En: Derecho Nº.45. Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, 1991

BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II. México: Cajica, 1945,

CÁMARA VILLAR, G. La objeción de conciencia al servicio militar. Las dimensiones constitucionales del problema, Madrid, Civitas, 1991

CAÑAL GARCÍA, F. J. "Perspectiva jurídica de la objeción de conciencia del personal sanitario", Cuadernos de Bioética, 19: 224, 1994.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil. Madrid: Reus, S. A., 1941,

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. La patria potestad. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960,

CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Director: Walter Gutiérrez. Tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2005

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Buenos Aires: Depalma, 1998,

COING. Helmut. Fundamentos de Filosofía del Derecho. Barcelona: Ariel, 1961

COLÍN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Familia. México: Porrúa. 1988

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 226.

DE ALFONSO, A. El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia. En: Revista Jurídica de Cataluña, Nº, 1, 1983,

DE ASÍS ROIG, R. "Juez y objeción de conciencia", Sistema Revista de Ciencias Sociales, 113: 57, 1993.

DE LORENZO, R. "La objeción de conciencia y el aborto: Sobre el concurso de plazas para las Unidades de Reproducción Humana", Cuadernos de Bioética, 2: 45, 1990.

ESCOBAR ROCA, G. La objeción de conciencia en la Constitución española, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de derecho civil español. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959,

FERNÁNDEZ, E. Introducción a la Teoría del Derecho, Valencia: Tirant lo blanch, 1994,

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los Derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005,

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. Trad. Miguel Carbonell, Cuestiones Constitucionales, Nº. 15, julio-diciembre, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006,

FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. 1ª reimp. Buenos Aires: Siglo XXI. 2002

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca de la desobediencia civil. En: Sistema Nº 42, 1981

GASCÓN ABELLÁN, Marina y PRIETO SANCHÍS, Luis. Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 5, 1988-1989,

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Obediencia al Derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 264).

GORDILLO, J. L. La objeción de conciencia: ejército, individuo y responsabilidad moral, Barcelona, Paidós, 1993

HABERMAS, Jurgen. Facticidad y validez, Madrid: Trotta, 1998

HART, H. L. A. El concepto de Derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968

KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Vol. 2. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1979,

LACRUZ BERDEJO, José Luís. Elemento de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo, Negocio jurídico. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2000.

LACRUZ BERDEJO, José Luís. Elementos de Derecho Civil, IV, Familia, 2ª ed. Madrid: Ed. Dykinson, 2005

LEÓN CORREA, Francisco Javier. Fundamentos ético-jurídicos de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud. Revista CONAMED 2007

LLAMAZARES, D. Derecho de la libertad de conciencia, 2ª ed. t. I, Madrid, Civitas, 2002

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Patria potestad, tutela y curatela. Buenos Aires: Depalma, 1993

LÓPEZ GUZMÁN, José. Objeción de conciencia farmacéutica, Barcelona, Eunsa, 1997,

MONTORO BALLESTEROS, Manuel Alberto. La objeción de conciencia. Consulta: 14 de julio del 2013. Disponible en www.revistas.um.es/analesumderecho/article/download/104181/99141

MOSQUERA, Susana. Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002. En: Revista de Derecho, Vol. 5, Universidad de Piura, 2004,

MUGUERZA, Javier. Habermas en el reino de los fines. En: Esplendor y miseria de la ética kantiana. Coordinador: Esperanza Guisán, Barcelona: 1988, p. 126.

MUÑOZ PRIEGO, Blas Jesús. La objeción de conciencia. Consultado: 25 de julio del 2013. Disponible en: http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf

MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo III. Derecho de Familia, Segunda Parte, Lima: Gaceta Jurídica

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. La objeción de conciencia: ¿un derecho constitucional?. Consultado: 25 de julio del 2013. Disponible en: http://www.sociedadandaluzadebioetica.es/docs/objecion_conciencia_GRANADA_Paco_Oliva.pdf

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999,

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid: Tecnos, 1995

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid:

Tecnos, 1984

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido por: José Fernández González, Editora Nacional, México, 1971

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo III. Derecho de Familia, Segunda Parte, Lima: Gaceta Jurídica

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derecho de Familia. 2º ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2002

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil; México: Harla; 1997

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo II. México: Cárdenas Editor, 1991

PRIETO SANCHÍS, Luis. La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho. Sistema Revista de Ciencias Sociales (59): 1984,

PUIG PEÑA, Federico. Tratado de derecho civil. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957,

RAWLS, John. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1985

RAZ, Josep. La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1985

RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los Arts. 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011

RUBIO CORREA, Marcial. El ser humano como persona natural. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1992

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 1. 1ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999,

SOKOLICH, María. Apuntes relativos a la Patria Potestad y a la tenencia. En Normas Legales, Tomo Nº 334. Vol. II .Marzo 2004,

SOLOZABAL ECHAVARRIA Juan José. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. (Consulta: 22 de marzo del 2013). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27093>

SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. En: Revista de Estudios Políticos nº 58, Nov/Dic 1987

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo III. Derecho de Familia, Segunda Parte, Lima: Gaceta Jurídica,

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Grijley, 2004.

ANEXOS

EXP. N.º 0895-2001-AA/TC

LAMBAYEQUE

LUCIO VALENTÍN ROSADO ADANAQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, con los votos singulares de los Magistrados Rey Terry y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 128, su fecha 5 de julio de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 31 de enero de 2001, interpone acción de amparo contra el Seguro Social de Salud-ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, a fin de que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

Afirma que presta servicios a la emplazada como médico desde el 4 de febrero de 1988, y que, durante los últimos cinco años, la demandada ha establecido los horarios de trabajo mediante la estructuración de un rol mensual que incluye los días y las horas de labor que corresponden a cada profesional de la salud. Sostiene que desde el comienzo no se le incluyó en los días sábados, puesto que sus jefes inmediatos y la alta dirección del hospital conocían que pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos conlleva la observancia del día sábado como día dedicado al culto, pues es el "Día del Señor o Día de Reposo Cristiano". No obstante esto a partir de la expedición del rol de trabajo correspondiente a febrero de 2001, se le ha programado para laborar los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus preceptos doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido.

EsSalud propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, indicando que el demandante no ha formulado ningún reclamo previo ante la propia institución demandada antes de interponer la demanda, y contesta la demanda señalando que la orden laboral de distribución equitativa de los días sábados entre los médicos se justifica por necesidad institucional y no constituye discriminación alguna, pues responde a un trato de igualdad del horario laboral. Aduce que las prácticas religiosas no pueden obligar a las instituciones públicas a modificar, a favor de algún trabajador, la distribución de los turnos laborales.

El Séptimo Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 20 de marzo de 2001, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda, por considerar que el recurrente no se encontraba comprendido en alguna de las excepciones previstas en el artículo 28º de la Ley N.º 23506.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Dado que tanto la resolución de primera instancia como la recurrida se amparan en la falta de agotamiento de la vía administrativa para desestimar la acción de autos,

antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, es preciso analizar si ésta debió agotarse.

La exigencia de agotarse la vía administrativa antes de acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, antes de acudir a la sede jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos. No obstante su obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito perverso, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata. En tales casos, se exime al administrado de cumplir esta obligación. Las variables, en sentido enunciativo, de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 28° de la misma Ley N.º 23506.

2. En el caso de autos, si bien en la fecha en que se interpuso la demanda (31 de enero de 2001) aún no se habían incluido los días sábados en el rol laboral del demandante, lo cierto del caso es que dicha programación se llevó a cabo en el mes de febrero del mismo año, circunstancia que es debidamente advertida por el recurrente en su escrito de fecha 2 de febrero de 2001, obrante a fojas 46. Por tanto, cuando se interpuso la demanda, no solo se estaba frente al supuesto de una amenaza de lesión de derechos constitucionales ante la cual no cabía exigirse el agotamiento de la vía previa, sino, incluso, cuando esta se materializó con la orden contenida en la Carta N.º 139-GMQ.HNAAA.GRALA.ESSALUD.2000 (por medio de la cual se exigía la programación de las actividades laborales de los médicos del servicio "distribuyéndoles equitativamente en todos los días laborales de la semana"), la amenaza que se cuestionaba se había convertido en un acto concreto que, al haberse ejecutado inmediatamente, tampoco era exigible impugnarse en sede administrativa.

En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no era exigible el agotamiento de la vía administrativa, por lo que cabe ingresar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

3. La libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunos de sus postulados, son dos derechos de distinto contenido.

El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.

Por otra parte, la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente

negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita.

En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.

Ambos derechos que, por lo demás, gozan de pleno reconocimiento internacional (artículo 18° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros) bien pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como podrían ser la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público. Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, al mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia.

4. En el caso de autos, el recurrente exige que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora (asistir a laborar los días sábados), en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla. Estamos pues ante un caso de lo que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha venido en denominar "objeción de conciencia". Siendo que el Estado Constitucional promueve la formación en los individuos de sus propias convicciones y la formación de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones.
5. Es de advertirse que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos".

Es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.

Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.

Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.

Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

6. Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.
7. El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, 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. Así, 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. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor 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. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente.

8. En el presente caso, conforme se desprende del documento obrante a fojas 21, el recurrente pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día desde el 6 de noviembre de 1993; lo que significa que, con el transcurrir del tiempo, el recurrente incorporó a su patrimonio ideológico determinadas convicciones que se desprenden de la doctrina profesada por la Iglesia antes referida, uno de cuyos preceptos ordena el reposo durante los días sábados. Asimismo, según se observa de un documento que contiene lo señalado en la Sesión de Directorio N°. 23.-D-DPTAL-LAMB-ESSALUD-2000, de fecha 1 de diciembre de 2000, obrante a fojas 45, que si bien en dicha reunión se planteó la interrogante respecto de las razones por las cuales el demandante no registra producción laboral los días sábados, en la misma sesión se da respuesta a la disyuntiva cuando el propio director indica que "se tiene conocimiento de que dicho profesional practica la religión adventista, cuyos integrantes toman descanso los días sábados". Es claro entonces que la emplazada tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa del recurrente, razón por la que se puede presumir con razonable objetividad que éste fue el motivo por el que no se le programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio. Y es que de conformidad con el artículo 7º, numeral 7.1, de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de aplicación al caso de autos, en virtud de la Primera Disposición Transitoria, numeral 2), de la misma ley, los actos de administración interna en el sector público se orientan a la eficiencia y eficacia; no habiéndose acreditado en autos si el acto ejecutado en contra del recurrente se ha orientado hacia tales principios, el Tribunal Constitucional estima que este es irrazonable y desproporcionado.

La vaga referencia a las "razones de necesidad institucional" que la emplazada formula en su contestación de la demanda parecen ser, desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes. Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximencia de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el demandado ha demostrado, a través de la documentación que obra de fojas 6 a 13, que cumple durante los días lunes a

viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar. Ello, sin perjuicio de que, a diferencia probablemente de otros médicos, pueda señalarse como día laborable, si es el caso, los domingos.

9. De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la citada excepción y **FUNDADA** la acción de amparo; ordena a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUILLERMO REY TERRY

1. La Constitución Política del Estado reconoce y respeta la libertad de credos religiosos existentes en la República dentro de la irrestricta libertad de conciencia y creencia consagradas en la Carta Magna.
2. La legislación positiva sobre relaciones laborales que, a su vez, se inspira en el concepto de libertad de trabajo como un deber y un derecho, no ampara diferencias basadas en las modalidades laborales vinculadas a creencias religiosas.
3. No es constitucionalmente aceptable, a juicio del suscrito, que un trabajador, cualquiera que sea su credo religioso, se ampare en este para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por considerar que en ese día, de acuerdo con su fe, se encuentra proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas.
4. Debe tenerse en cuenta, además, que la modalidad de trabajo solicitada por el profesional médico, en el caso específico, no se compadece, a criterio del suscrito, con la tarea encomendada, cual es el cuidado de la salud afectada de los pacientes, quienes podrían requerir sus servicios precisamente en el día en que no labora.
5. En consecuencia, no resulta constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia el hecho de solicitar, basándose en estos atributos fundamentales, un trato privilegiado que comporta el hecho de no laborar un determinado día de la semana amparándose en una opción de carácter religioso, aunque pudiera completar en los otros días el total de la jornada ordinaria establecida en la legislación pertinente.
6. Como se afirma que el solicitante ha venido tomando descanso en un día de la semana en razón de su credo, ello no puede perennizarse alegando que ha devenido en una suerte de costumbre, porque esta –concebida por la doctrina *costumbre integrativa*– se lleva a cabo en el desarrollo eventual o al margen de la ley, pero no en forma contraria a ella, y que, sin embargo, los demás trabajadores observan cumplidamente bajo un ineludible sentido de igualdad laboral, por cuanto la costumbre, en tal caso, no es sino fuente supletoria de derecho, no pudiendo por ello anteponerse a la ley, que es fuente inmediata y primordial de derecho, y menos aún derogarla, porque según nuestra Constitución, una ley se deroga solo por otra ley.
7. Finalmente, según la función directriz que orienta la gestión responsable del empleador y el principio *jus variandi* que le es inherente, este puede efectuar cambios y regularizar actividades laborales sin incurrir en discriminación alguna, en procura de alcanzar cumplidamente los objetivos establecidos en la entidad a su cargo y dentro de la observancia estricta de las regulaciones legales.

Por estas consideraciones, el suscrito estima que la petición del recurrente debe declararse INFUNDADA.

S.

REY TERRY

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO MARSANO

1. Como expresan mis colegas en el fundamento 3, los derechos de conciencia y de libertad de religión invocados por el demandante están vinculados a la libertad de ideas y a la libertad de creencias, respectivamente.
2. Opino que, en este caso, el hospital no ha prohibido al accionante ejercer su derecho de conciencia ni le ha impedido optar por la religión de su elección. Prueba de ello es que ha optado, desde hace años, por la doctrina de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

La exigencia laboral del hospital se refiere, exclusivamente, a que el demandante trabaje algunos días sábados por requerirlo así la salud de los pacientes y la organización interna del nosocomio.

3. La exigencia de trabajar algunos días sábados conforme al rol establecido, trae como consecuencia, para el demandante, que no pueda dedicar esos días al culto de su elección, que le exige reposo en esos mismos días.
4. Nótese que ha sido el propio demandante quien libremente decidió ser profesional médico –con todas las limitaciones que a la libertad personal y al reposo exige dicha profesión–, así como que fue él quien decidió, libremente y sin condiciones, trabajar en la entidad demandada. También, que fue el propio demandante el que optó por elegir como religión a la Adventista del Séptimo Día, con las restricciones laborales –en los días sábados– que esa religión impone.
5. Estamos, entonces, frente a dos necesidades de satisfacción excluyente. El Tribunal Constitucional debe decidir cuál de ellas pesa más desde el punto de vista constitucional, a fin de preferir su satisfacción.
6. Es razonable pensar que el demandante, al escoger la medicina como profesión, conocía de antemano los sacrificios que esa carrera implica respecto a la libertad personal y, especialmente, al reposo. También es razonable deducir que, al aceptar trabajar en un hospital, conocía que debía ceñirse a la organización laboral que imponían sus autoridades. El demandante, además, no condicionó su contratación laboral en dicho centro médico a no trabajar los días sábados. Él sí –y no la institución– sabía del impedimento religioso antes de celebrar el contrato laboral.

Por otra parte, es obvio que los pacientes no pueden elegir los días en que se enferman y es igualmente evidente que también hay necesidad de servicio médico –y generalmente más que en otros– los días sábados.

El hecho de que las autoridades anteriores permitieron al demandante no trabajar esos días, no es fundamento válido para obligar a todas las autoridades futuras del hospital a hacer lo mismo, salvo que ello constara en su contrato de trabajo, que no es el caso. El buen funcionamiento del hospital y la atención a la salud de los pacientes son valores que la ley pone por encima de autorizaciones benevolentes por razones de culto, aunque tales concesiones hayan sido reiterativas.

7. Debe considerarse, también, que todos los médicos que trabajan en la entidad demandada tienen iguales derechos constitucionales.

En teoría, entonces, –si se establece que un profesional tiene el derecho de no laborar ciertos días por necesidades de culto– todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión. El principio de igualdad exige que estas inevitables restricciones al reposo semanal se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca

ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la posibilidad negativa de tener que conceder igual ventaja a todos los que protegen el orden público. Mas bien, se creará un desorden público, pues esta sentencia permitirá – porque a igual razón, igual derecho– que todos los que profesan la religión de la Iglesia Adventista –que son muchísimos– dejen de trabajar tanto en el sector público como en el privado, los días sábados, y, congruentemente, permitirá también que todos los trabajadores católicos de ambos sectores, público y privado – que son la mayoría–, dejen de trabajar los días domingos. Esto es inaceptable tratándose de la salud de la población, que exige ser atendida de forma inmediata e ininterrumpida. El Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto. Así lo reconocen la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18.º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.º y el artículo 12.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permiten expresamente restricciones al derecho de conciencia y de religión cuando se trata de la salud.

Mi voto, entonces, es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

REVOREDO MARSANO

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO PENAL**

SENTENCIA Nº: 950/1997

Excmos.

D. Ramón
D. Carlos
D. Roberto García-Calvo y Montiel

Monteo
Granados

Sres.:
Fernández-Cid
Pérez

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca que absolvió a {} y {} del delito de homicidio de que eran acusados, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, siendo parte recurrente el Ministerio Fiscal, y estando como recurridos los acusados antes citados representados por la procuradora Sra. González Díez.

I. ANTECEDENTES DE DERECHO

1.- El Juzgado de Instrucción de Fraga instruyó con el número 2/05, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Huesca que, con fecha 20 de noviembre de 1.996, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** " Los acusados {}, agricultor , y su esposa {}, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, en el mes de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro venían residiendo en Ballobar (Huesca) junto con su hijo {}, quien entonces tenía trece años de edad. Pues bien, el menor {}, tuvo una caída con su bicicleta el día tres de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia, tres días después, el día seis , sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; y el jueves día ocho lo hizo más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de {} donde aconsejaron el traslado del menor al hospital {} de Lérida, traslado que ambos acusados hicieron con su hijo ese mismo jueves, llegando a dicho centro alrededor de las nueve o las diez de la noche. Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor, los dos acusados, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, por lo que entonces solicitaron los acusados el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ella peligraba la vida del menor, el cual también procesaba activamente la misma religión que sus progenitores rechazando, por ello, consciente y seriamente, la realización de una transfusión en su persona. Así las

cosas, el centro hospitalario, en lugar de acceder al alta voluntaria solicitada por los acusados, por considerar que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó a las cuatro horas y treinta minutos del día nueve autorización del Juzgado de guardia el cual, a las cinco de la madrugada del citado día nueve de Septiembre, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedía, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación del menor, neutralizado el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en consecuencia el tratamiento procedente.

Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada por impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas: es más, los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron. Haciendo uso de la autorización judicial los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico TERROR, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esa razón, los médicos desistieron de la realización de transfusión procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consistiera, cosa que no lograron. Al ver que no podían convencer al menor, el personal sanitario pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, acompañados por otras personas de su misma religión, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios, no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida.

Así las cosas, no logrando convencer al menor, el caso es que los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión en contra de su voluntad, por estimarla contraproducente, por lo que, sin intervención alguna de los acusados, tras desechar los médicos la práctica de la transfusión mediante la utilización de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado, después de "consultarlo" telefónicamente con el Juzgado de guardia, considerando que no tenían otro tratamiento alternativo para aplicar, en la mañana del día nueve viernes, aunque pensaban, repetimos, que no existía ningún tratamiento alternativo, accedieron los médicos que lo trataban a la concesión del alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo, permaneciendo no obstante el niño en el hospital {}de Lérida unas horas más pues los padres, los acusados, pedían la historia clínica para poder presentarse en un nuevo centro, no siéndoles entregada hasta alrededor de las catorce horas, procediendo los dos acusados, ayudados por personas de misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico. No obstante, por causas que se ignoran, probablemente por considerar el centro hospitalario que entrega la historia clínica la presencia del menor dentro del centro ya no tenía ningún objeto si no le podían aplicar la transfusión que el niño precisaba, por la tarde del día nueve de septiembre, viernes, los acusados llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el lunes día doce de Septiembre, siempre de mil novecientos noventa y cuatro, en el

Hospital {} de Barcelona, al que, siendo aproximadamente las diez de la mañana, se trasladaron los acusados acompañando a su hijo. Una vez en dicho Hospital el niño fue reconocido en consulta siéndole diagnosticada un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplasia medular o la infiltración leucémica, considerando urgente nuevamente, la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo hemorragia y anemia y proceder, a continuación a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido, redactado en una hoja con membrete del Hospital {}. Así las cosas, como quiera que en este centro nadie creyó procedente pedir una nueva autorización judicial para efectuar la transfusión, ni intentar nuevamente realizarla haciendo uso de la autorización judicial emitida por el Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión de los mismos médicos adoptada, en defensa de la vida, por encima la determinación tomada, por motivos religiosos, por el paciente y sus padres pues el caso es que los acusados, los padres del menor, acompañados por personas de su misma religión, pensando que pecaban si pedían o aprobaban la transfusión, como quiera que deseaban la salvación de su hijo, al que querían con toda la intensidad que es usual en los progenitores, antes de llevar al menor a su domicilio se trasladaron con él al Hospital {}, centro privado cuyos servicios habrían de ser directamente sufragados por los acusados, en el que nuevamente, con acierto, reiteraron los médicos la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente la determinación de rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas, por considerarla pecado, sin que nadie en este centro tomara nuevamente la determinación de realizar la transfusión contra la voluntad del menor y de sus padres, por su propia decisión o usando la autorización del Juez de Lérida, que conocían en el centro, o solicitando una nueva autorización al Juzgado que correspondiera de la ciudad de Barcelona, por lo que los acusados, no conociendo ya otro centro al que acudir, emprendieron con su hijo el camino de regreso a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes día trece de Septiembre donde permanecieron durante todo ese día, sin más asistencia que las visitas del médico titular de {}, quien por su parte, consideró que nada nuevo podía aportar que no estuviera ya en los informes hospitalarios, no estimando pertinente ordenar el ingreso hospitalario pues el menor, quien permanecía consciente, ya provenía de un ingreso de esa naturaleza, según pensó el médico titular de la localidad, por lo que así permaneció el niño hasta el miércoles día catorce de Septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), en cuyo partido judicial se encuentra Ballobar (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esta última localidad informando sobre la situación del menor, acompañado de un informe emitido por el médico titular ese mismo día catorce (en el que se constataba que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, que requería con urgencia hemoderivados), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de ese mismo día catorce, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba, en los términos que el facultativo y el forense del Juzgado consideraran pertinente, es decir, para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste estaba ya con un gran deterioro psicofísico (respondiendo de forma vaga e incoordinada a estímulos externos), procediendo los acusados, una vez más, después de declarar sus convicciones religiosas, a acatar la voluntad del Juzgado, siendo el propio padre del menor quien, tras

manifestar su deseo de no luchar contra la Ley, lo bajó a la ambulancia, en la que el niño, acompañado por la fuerza pública, fue conducido al Hospital de {} donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los acusados quienes, como siempre, no intentaron en ningún momento impedirla una vez había sido ordenada por una voluntad ajena a ellos, siendo el niño trasladado, por orden médica, al Hospital {} de Zaragoza, al que llegó hacia las veintitrés horas y treinta minutos del día catorce de septiembre con signos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a la veintiuna horas y treinta minutos del día quince de septiembre de mil novecientos y cuatro.-

Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto plazo y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta ala ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida que por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **"FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente los acusados {} y {} del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes; declarando de oficio el pago de las costas causadas".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala segunda del Tribunal supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**
Unico:- En el único motivo del recurso, formalizando al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 138 y 11 del Código Penal vigente.

5.- Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando concludos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento por el fallo, se celebró la votación prevenida del día 19 de junio de 1.997.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 138 y 11 del código penal vigente.

El Ministerio Fiscal defiende el recurso, sustancialmente, en base a los siguientes argumentos:

- a) El consentimiento del menor -en este caso de trece años de edad- carece de relevancia jurídica en orden a aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico, correspondiendo dicha facultad a los padres, tutores o guardadores de hecho.
- b) En todo momento los padres tuvieron el dominio del hecho. Así actuaron y lo entendieron todos los que se relacionaron con ellos.
- c) Los padres, al no consentir que fuera prestada la asistencia sanitaria necesaria para la vida de su hijo realizan la conducta prevista en el artículo 138 del Código Penal (homicidio) en la modalidad de comisión por omisión dolosa por concurrir en ellos la condición de garantes (artículo 11.a del Código Penal) y existir nexo causal entre la omisión y el resultado.
- d) La conducta omisiva descrita en el relato fáctico de la sentencia y atribuida a los procesados vino motivada por las creencias religiosas de aquellos contrarios al concreto tratamiento médico exigido.
- e) La vulneración del derecho a la vida no puede justificarse jurídicamente por la invocación del también derecho a la libertad religiosa que únicamente podrá tener un valor modificativo-atenuatorio de la responsabilidad criminal contraida.

La defensa de los acusados, que resultaron absueltos por el Tribunal de instancia, impugna el recurso del Ministerio Fiscal y razona su oposición, entre otras, con las siguientes alegaciones:

- a) El Ministerio Fiscal no respeta escrupulosamente los hechos que la sentencia de instancia declara probados y niega que sus patrocinados impidieran que se atendiera médicamente a su hijo, ya que, como consta en los hechos probados, acataron la decisión del Juzgado que les fue notificada de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara.
- b) Tampoco respeta el ministerio Fiscal los hechos probados en cuanto trata de encontrar fundamento a su acusación de homicidio en la modalidad de comisión por omisión, en los sucesivos acontecimientos y en la actitud de los acusados frente a los mismos cuando en los hechos probados se dice taxativamente que "los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron", por lo que se niega que tuvieran en todo momento dominio del hecho.
- c) Frente a los que se sostiene por el Ministerio Fiscal, insiste la sentencia en los hechos probados en que el comportamiento de los acusados es ajeno respecto del resultado de muerte, tanto en el momento en el que inicialmente renuncian los médicos a la transfusión, como en el peregrinaje posterior a diversos centros hospitalarios buscando la salvación del niño, y que la actitud de los acusados no fué la de oponerse a la transfusión sino la de salvar la vida de su hijo a toda costa.
- d) Si no hay comportamiento relevante, es decir, si los acusados nada hicieron contra la orden de transfundir la sangre, falta el soporte fáctico para fundamentar el nexo causal, el dolo eventual, la posición de garante y la irrelevancia del consentimiento del menor.
- e) Interesa advertir, frente a las insinuaciones del recurso, que la sentencia recurrida en absoluto se aparta de la doctrina jurisprudencial expresada en los Tribunales Constitucional

y Supremo, sobre la primacía del valor "vida humana" sobre el resto de valores o bienes jurídicos protegidos por el Derecho.

Expuestos los principales argumentos esgrimidos a favor y en contra del recurso del Ministerio Fiscal, procede entrar en el examen del único motivo del mismo que, por los razonamientos que se expresan a continuación, debe ser estimado.

Son diversas y trascendentes las cuestiones que presenta el supuesto que nos ocupa y antes de entrar en el estudio de la concurrencia de los elementos que caracterizan al tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio, en la modalidad de comisión por omisión de que acusa el Ministerio Fiscal, procede hacer unas consideraciones previas.

La confesión de los Testigos de Jehová, a la que pertenecen los protagonistas del supuesto que examinamos, prohíbe a sus miembros la práctica de transfusiones sanguíneas, por ser contraria a ciertos libros Sagrados, y esa objeción de conciencia a dicho tratamiento médico ha suscitado serias cuestiones en el ámbito jurídico y más especialmente en el área penal.

Conforme al artículo 14 de la Constitución todos los españoles son iguales ante la Ley, cualquiera sea su religión. Esta no da origen a ningún privilegio ni a ningún menosprecio. Se protege en plano de igualdad como creencia y como libertad. Y dentro del amplio cuadro de derechos y libertades que proclama la Constitución, en un grupo preferente, sólo superando por el derecho a la vida y a la integridad física y moral, su artículo 16.1 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Se ha escrito con todo acierto que la mención al orden público no se ciñe a su perturbación material, sino que tiene un significado jurídico institucional más profundo ya que por tal hay que entender los y los fines generales y básicos que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado. El alcance y contenido de la libertad religiosa, acorde con lo que se dispone el artículo 10.2 de la Constitución, se interpretará de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España y, entre ellos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 18, tras proclamar en su apartado 1º que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión..", establece en su apartado 3º que "la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás..." En términos similares se pronuncia el artículo 9º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la Ley Orgánica de la Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 admite, entre otras limitaciones de dicho derecho, la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

Por todo lo que se acaba de exponer, resulta evidente que la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de las otras personas.

Sin salir de estas consideraciones generales, si bien adentrándonos más en el puesto que es objeto de este recurso, el conflicto entre la objeción de conciencia y determinados tratamientos médicos y en concreto las transfusiones de sangre, adquiere especial relevancia cuando entran en colisión las convicciones religiosas con el derecho a la vida.

Este planteamiento de la cuestión requiere, por lo tanto, una ponderación de los derechos en conflicto en la situación concreta de que se trate.

Y esa ponderación varía substancialmente si la vida que corre peligro por la negativa u oposición a la necesaria transfusión sanguínea es la de un menor. El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar su vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si éstos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible.

Hechas las anteriores consideraciones generales, procede ya entrar a examinar si los acusados son criminalmente responsables del delito de que les acusa el Ministerio Fiscal por la muerte de su hijo {}, ocurrida cuando tenía trece años de edad.

Es cierto, como se alega por la defensa de los padres, que el cauce procesal utilizado por el Ministerio Fiscal para formalizar el presente recurso, exige el más riguroso respeto al relato histórico de la sentencia de instancia.

Son totalmente opuestas las lecturas que el Ministerio Fiscal y la defensa hacen del contenido del relato de hechos que se declaran probados. Y a ello puede haber contribuido los distintos momentos en los que se desarrolla el proceso que culmina con el fallecimiento del niño.

Estos distintos tiempos, cuya narración es de especial importancia, se produjeron de la siguiente manera:

Se declara como cierto que el día 8 de septiembre de 1.994 los médicos detectaron que el menor se encontraba en una situación de alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que en consecuencia se oponían a la misma, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, solicitando los padres el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo.

Se declara como cierto que a las cinco horas del día 9 de septiembre el Juzgado de Guardia autoriza la práctica autorizada de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del niño, como así sucedía, y cuando los médicos se dispusieron a realizar la transfusión el menor la rechazó con auténtico terror, reaccionado agitado y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral, desistiendo de su realización, sin que consiguieran convencer al menor para que la consintiera por lo que pidieron a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales no accedieron a ello.

Se declara como cierto que tras esta situación, los médicos autorizaron el alta médica que anteriormente habrán solicitado los padres, que llevaron al hijo a su casa donde permaneció hasta el día 12 del mismo mes, fecha en la que trasladaron al niño al Hospital {}, donde le fue diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave debido a una plaxia medular o a infiltración leucémica, considerándose urgente, nuevamente, la práctica de una transfusión para neutralizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa

de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedía aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido.

Se declara como cierto, que los padres, desde el Hospital {}, trasladaron al niño al Hospital {}, donde los médicos reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, regresando a su domicilio, al que llegaron a la una de la madrugada del día 13 de septiembre, y donde permanecieron hasta que, al día siguiente, el Juzgado de Instrucción de Fraga, tras recibir un informe médico en el que se hacía constar que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica que requería con urgencia hemoderivados, dispuso autorizar la entrada en el domicilio del menor para que recibiera la asistencia médica que precisaba, es decir para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste ya padecía un grave deterioro psicofísico, respondiendo de forma vaga e incoordinada a estímulos externos. Por orden médica se procedió al traslado al Hospital de {} donde llegó en estado de coma profundo, realizándose la transfusión sanguínea ordenada judicialmente, siendo luego el niño trasladado, por orden médica, al Hospital {} de Zaragoza, al que llegó hacia las 23,30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral falleciendo a las 21,30 horas del día 15 de septiembre de 1.994.

Hecho el precedente relato cronológico, es importante dejar consignado que, igualmente, declara como cierto que si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones de sangre que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y largo plazo tal cosa ya dependía de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta y el ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida que por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a lo largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío.

Y por último, no cabe duda de que se declara como cierto que las transfusiones de sangre eran el único tratamiento para salvar la vida del niño, sin que existiera ninguna otra alternativa.

Efectuadas las anteriores consideraciones previas, procede examinar si los elementos del hecho que se dejan expresados se subsumen en el tipo penal de que acusa el Ministerio Fiscal que lo es el delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión, previsto en los artículos 138 y 11 del vigente Código Penal.

El nuevo Código Penal contiene en su artículo 11 una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general.

La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala (cfr., entre otras muchas, sentencia de 19 de enero de 1.994) no se ve desautorizada por el artículo 11 del nuevo Código Penal. El tipo objetivo se integra por las siguientes notas: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su acusación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por

su posición de garante. Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concentradas en el citado artículo 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos: "a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar" y "b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido.

No plantea cuestión que los padres tienen respeto a sus hijos menores la específica obligación legal a la que se refiere el citado apartado a) del artículo 11 del Código Penal, por venir así exigido por el ordenamiento jurídico. El artículo 39.1 de la Constitución consagrara el deber que tienen los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y el artículo 110 del Código Civil dispone que los padres están obligados a velar por los hijos menores, incluso aunque no ostenten la patria potestad.

En el supuesto que examinamos, resulta bien que los padres, que se encontraban en el ejercicio de la patria potestad, estaban en posición de garantes de la salud de su hijo, correspondiéndoles el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para hacer efectivo dicho deber, en aras de evitar cualquier situación que ponga en peligro su salud o su vida, estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado.

No se comparte el criterio sustentado por el Tribunal de instancia de que, en este caso, los padres habían perdido su condición de garantes una vez que habían reclamado la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles y dando entrada a los mecanismos de sustitución que nuestra sociedad tiene previstos para actuar al amparo de los menores. De la lectura del relato histórico de la sentencia de instancia, queda constando que los padres no hicieron entrega de las funciones y deberes que lleva aparejado el ejercicio de patria potestad y que las continuaron ejerciendo en los momentos y tiempos que fueron cruciales para la vida del niño como lo evidencia su negativa a la transfusión, que llegaron a hacer constar por escrito, ante los médicos del Hospital {}, cuando éstos les informaron de la urgencia de la transfusión, y que nuevamente rechazaron ante los requerimientos de los médicos del Hospital {} cuando les reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, hechos que confirman la vigencia de su posición de garantes en momentos que podían salvar la vida de su hijo, y que igualmente ejercieron cuando trasladaron a su hijo a su domicilio, donde permaneció desde el día 9 hasta el día 12 de septiembre, fecha en la que lo llevaron a Barcelona.

La posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. Como destaca el Ministerio Fiscal, en los razonamientos de su recurso, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida.

Los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron como les era exigido, un resultado de muerte que de haber prestado su consentimiento no se hubiera producido. Con esa omisión se generaba una situación equivalente a la acusación del resultado típico. Todo ello permite afirmar la presencia de la imputación objetiva del resultado de muerte en cuanto los padres que se hallaban en posición de garantes, con su oposición al tratamiento

transfusional, incrementaron la situación de peligro para la vida de su hijo que se concretó en su fallecimiento, que hubiesen podido evitar mediante la acción que les era exigible y omitieron.

El dolo en los delitos de la omisión ha sido objeto de especial consideración en la doctrina de esta Sala. Así la sentencia de 19 de enero de 1.994, haciendo referencia a otra de 30 de junio de 1.988, destaca que en los delitos de omisión el dolo " se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. Y en su caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

Los acusados tuvieron pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, no se les ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era exigida para salvarle la vida. Asimismo, no cabe duda de que los acusados estaban impuestos y tenían conocimiento de su capacidad de acción, es decir la imposibilidad de autorizar una transfusión que hubiera evitado la muerte de su hijo y, por último, no ofrece tampoco la menor duda que los acusados tuvieron conocimiento de las circunstancias que fundamentaran su posición de garante, a las que antes nos hemos referido, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción de resultado.

Es cierto que los padres no querían la muerte de su hijo haciendo denodados esfuerzos para buscar alternativas a la rechazada transfusión de sangre, a pesar de que se les había informado, reiteradas veces, que tales alternativas no existían. Pero en cuanto con su negativa a la transfusión impedían que se pudiera prestar a su hijo el único tratamiento médico que podía salvarle la vida, forzosamente se tuvieron que representar un máximo peligro para su vida, con una muerte casi segura, que no les impidió mantener su oposición a la transfusión en momentos en que de haberla prestado se hubiera salvado la vida de su hijo. El conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía aunque les estuviera prohibida por sus convicciones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada. Así las cosas, debe afirmarse la presencia del dolo eventual que no queda excluido por el deseo vehemente de que no hubiese producido el resultado de muerte.

Presentes los elementos que caracterizan el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión de que acusa el Ministerio Fiscal, debe examinarse la concurrencia de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal y la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que produzcan obcecación, prevista en el artículo 21.3 del vigente Código Penal, cuya apreciación como muy cualificada, igualmente interesa el Ministerio Fiscal.

Ciertamente, la capacidad de culpabilidad de los acusados se ha visto seriamente mermada por el conflicto de conciencia que se les presentó al tener que optar entre el respeto a sus convicciones religiosas, que les prohíben la practicare transfusiones de sangre, y la vida de su hijo cuya salvación estaba supeditada a la aplicación de un tratamiento hemotransfusional. Esta Sala, en sentencia de 27 de marzo de 1.990, apareció la circunstancia atenuante del número 8º del artículo 9º del anterior Código Penal -hoy 21.3- como muy cualificada, en un supuesto de Testigos de Jehová, en la que se declara que "el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que da, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de

conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruísmo, conformado por dichas creencias, que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones transcendentales que surgen de un particular exégesis de los Textos Sagrados, pueden conducir y de hecho conducen, a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto...." La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos, máxima cuando la perturbación es aún más intensa al estar en juego la vida de un hijo, cuya muerte de ningún modo deseaban como se patentiza por los denodados esfuerzos que hicieron para encontrar soluciones alternativas, a pesar de que se les había informado que no existían. La seria afectación de su capacidad para conocer lo injusto del hecho y para conducir su comportamiento hacia esa comprensión determina que esta circunstancia deba ser apreciada igualmente como muy cualificada, acorde con lo se dispone en el artículo 66 del vigente Código Penal, por lo que procede imponer la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley.

En orden a la agravante mixta de parentesco, a pesar del criterio sustentado por esta Sala de que suele operar con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, las razones que se dejan expresadas para apreciar, en este caso, como muy cualificada la atenuante de obcecación aconsejan que el elemento objetivo de parentesco resulte, a estos efectos, irrelevante, como ha estimado esta Sala en otras ocasiones cuando concurren estímulos poderosos que impulsan el hecho delictivo - cfr. sentencias de 22 de marzo y 10 de octubre de 1.988 - en las que la relación de parentesco no es expresión de mayor culpabilidad del agente.

Por último, la apreciación de la atenuante como muy cualificada y las muy especiales razones que se han dejado expresadas para su aplicación en el presente caso, determina que se imponga la pena inferior en dos grados, que se concreta en la mínima de dos años y seis meses de prisión, y por las mismas excepcionales situaciones de este caso, esta Sala está en predisposición de informar favorablemente un indulto parcial caso de que así se solicitara por los acusados.

Con este alcance, procede, estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

III.PARTE DISPOSITIVA

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1.996, en causa seguida por delito de homicidio, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas causadas y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, lo mandamos y lo firmamos.

El Pleno del Tribunal Constitucional

compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

[Ponente: Magistrado don Pablo Cachón Villar]

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

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

I. ANTECEDENTES

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

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

a) El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario, por el procedimiento ordinario, con el número 2/95 por el fallecimiento del menor Marcos Alegre Vallés, en el que, abierto el

juicio oral, fueron acusados los ahora recurrentes en amparo. Vista la causa en juicio oral y público por la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó Sentencia con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: "Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Pedro Alegre Tomás y Lina Vallés Rausa del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas". El delito de que se les acusaba, en concepto de autores, por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas era el de homicidio por omisión, previsto y penado en el art. 138, en relación con el art. 11, ambos del Código penal de 1995, por estimarse aplicable como norma más favorable. Se estimaban concurrentes la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que producen obcecación, como muy cualificada, y la circunstancia agravante de parentesco, previstas respectivamente en los arts. 21.3 y 23 de dicho Código. Se pedía para cada uno de ellos la pena de cuatro años de prisión, accesorias y costas.

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

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

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

clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día quince de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.- Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío".

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

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

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

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

Señala, al efecto, la demanda de amparo que el art. 18.1 PIDCP proclama el derecho de toda persona a la "libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", y que los límites de la libertad religiosa se hallan relacionados en el art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, el cual se refiere a la "protección del derecho de los demás" y a la "salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley". De ello deduce que tales límites "no entran en juego en el caso individual de un paciente que se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes públicos y no individuales", e indica que "la salud pública actuaría como límite al ejercicio de la libertad religiosa", de modo que la negativa a un tratamiento "sería inoperante si no existiera riesgo alguno para la salud pública en la expresión de tal negativa".

Recuerda también la demanda de amparo, con explícita referencia a la Convención de los derechos del niño, que el menor, según previsión explícita de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, "tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión" (art. 6.1) y tiene igualmente "el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal", derecho que podrá ejercitar por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio (art. 9).

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Finalmente se suplica en la demanda de amparo que se dicte Sentencia "declarando la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas de fecha veintisiete de junio de mil novecientos noventa y siete y ambas —primera y segunda— con número 950/97, dictadas en recurso de casación nº 3248/1996, casando y anulando la sentencia nº 196/96 de la Audiencia Provincial de Huesca, de veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis". Todo ello, según concluye a continuación la demanda, en interés de que se otorgue a los ahora recurrentes "el amparo en los derechos que se garantizan en los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española ... y en consecuencia queden exonerados del delito de homicidio por omisión por el que les condena tal sentencia al entender que, siendo irrelevante el consentimiento de su hijo de trece años, que se negó al tratamiento transfusional por razones de su conciencia religiosa, les era exigible a mis representados una acción disuasoria de la voluntad de su hijo, contraria a éste y a sus propias convicciones religiosas".

4. Por providencia de 12 de febrero de 1998 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Tribunal Supremo, a la Audiencia Provincial de Huesca y al Juzgado de Instrucción de Fraga, para que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, testimonio del recurso de casación núm. 3248/96, del rollo de sala núm. 48/95 y de la causa núm. 2/95, interesando al propio tiempo que se emplazase a quienes

habían sido parte en el mencionado procedimiento, con excepción de los recurrentes, para que, en el plazo de diez días, pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

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

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

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

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

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

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

En el desempeño de la patria potestad, los padres han de responder, en todo caso, de la vida y salud del menor como, en particular, establecen el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 154 del Código civil. Y, en el presente caso, los padres, manteniendo el dominio de la situación tanto en la petición de alta del hijo en los diferentes centros sanitarios, como en

la doble negativa por escrito a practicar la transfusión de sangre así como en el traslado al domicilio familiar de donde salió por denuncia de la autoridad, hicieron siempre su voluntad y no entregaron dicho dominio ni a la autoridad judicial ni a los médicos. Y esta afirmación —dice el Ministerio Fiscal— constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional.

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

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

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

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

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

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

fundamentales garantizados por los artículos 15 y 16 de la Constitución Española y por razón de los cuales les fue admitido".

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

Señala, asimismo, que aunque el art. 11 del vigente Código penal carecía de homólogo en el Código penal derogado, no obstante, había adquirido carta de naturaleza durante la vigencia de éste la figura jurídica del delito de comisión por omisión. Y añade, al efecto, que "tal figura penal, sin embargo, era producto y creación de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no de la Ley, y menos aún de Ley obligadamente orgánica, por exigencia de los textos internacionales y constitucionales que consagran el principio recogido en el evocado art. 25.1 de la Constitución". Añade que "quizás por ello se estimó que, dado el carácter complementario del ordenamiento jurídico que atribuye el art. 1.6 del Código Civil a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ... se había producido en este supuesto el indispensable requisito de la concurrencia del 'cuerpo legal y demás leyes especiales que se derogan' con 'las disposiciones del presente Código' si éstas son más favorables para el reo, para determinar la aplicación de estas últimas. Arregladamente al entendimiento de que 'para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la cuantía de la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código'. - Todo ello en los términos en que se expresan las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del vigente Código Penal".

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

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

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

El Ministerio Fiscal recuerda, en relación con tal cuestión, las posiciones que se mantenían al respecto: "a) La de quienes pensaban que los delitos de comisión por omisión no quedaban cubiertos por los tipos de la Parte Especial y que, al aplicarse éstos, se producía una analogía in malam partem prohibida, que vulneraba el principio de legalidad; ya que se estaban sancionando tipos no escritos en relación con los tipos legales; proponiendo un

sistema de tipos específicos. b) La de quienes opinaban que los delitos de comisión por omisión quedaban al margen del principio de legalidad, pero que era preferible, antes que la tipificación específica de cada delito de esta clase, la introducción de una cláusula genérica de cobertura en la Parte General. c) La de quienes entendían que no era necesario ni lo uno ni lo otro (ni cláusula específica ni genérica) pues tanto la comisión activa como la comisión por omisión resultan de una correcta interpretación de los tipos y no de una analogía". Y añade que "en esta última postura se enmarca la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido pacíficamente valiéndose del artículo 1 del Código Penal anterior ... en relación con los tipos de resultado de la parte especial (ejemplo: homicidio) para enjuiciar los supuestos de comisión por omisión. En definitiva, ha entendido la comisión por omisión como una mera omisión cualificada por una especial intensidad del deber (llamado deber de garante), como una variedad de la conducta omisiva sancionada con carácter general, y por ello prevista en la ley, en el artículo 1 del CPA y aplicable a cada tipología en su caso".

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

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

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

a) en primer lugar, la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; b) en segundo lugar, la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995); c) en tercer lugar, la conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a

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

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

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

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

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

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

3. La determinación del objeto y alcance de la demanda de amparo exige que previamente precisemos cuáles son los concretos hechos sobre los que se sustentan las cuestiones

jurídico-constitucionales que aquélla suscita y cuál la respuesta de las Sentencias recurridas a tales hechos.

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

a) El menor Marcos, de trece años de edad, hijo de los recurrentes en amparo, tuvo unas lesiones por caída de bicicleta, a consecuencia de las cuales fue llevado por sus padres al Hospital Arnáu de Vilanova, de Lérida, el día 8 de septiembre (jueves) de 1994 hacia las nueve o diez de la noche. Examinado el menor por los médicos, éstos les informaron de que se hallaba en situación de alto riesgo hemorrágico por lo que era necesaria una transfusión de sangre. Los padres se opusieron a la transfusión por motivos religiosos y, habiéndoles hecho saber los médicos que no había tratamientos alternativos, solicitaron el alta de su hijo para llevarlo a otro centro sanitario. El centro hospitalario, en lugar de acceder al alta, por entender que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó del Juzgado de guardia (siendo las 4:30 horas del día 9) autorización para la práctica de la transfusión, que fue concedida a continuación para el caso de que fuera imprescindible para la vida del menor.

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

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

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

e) A las 10 horas de dicho día 12 ingresó el menor en este Hospital. Tras reconocerle en consulta, consideraron los médicos que era urgente una transfusión de sangre a fin de neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia para, a continuación, realizar las pruebas diagnósticas pertinentes. El menor y sus padres manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar la transfusión, firmando estos últimos un escrito en dicho sentido. Por otra parte, en el centro nadie creyó procedente pedir una autorización judicial para proceder a la transfusión ni intentar realizar ésta (sea haciendo uso de la autorización

concedida por el Juzgado de Lérida sea por propia decisión de los médicos). Así las cosas, los padres del menor se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habían de ser directamente sufragados por los particulares.

f) Los servicios médicos del Hospital General, al igual que en los centros anteriores, consideraron necesaria la transfusión por no haber tratamiento alternativo. La transfusión fue nuevamente rechazada por motivos religiosos por el menor y sus padres. Nadie en dicho centro tomó la decisión bien de realizar la transfusión, fuera por propia voluntad, fuera contando con la autorización concedida por el Juez de Lérida (que era conocida en este centro médico), bien de solicitar una nueva autorización, esta vez del correspondiente Juzgado de Barcelona. Por todo ello los padres, no conociendo ya otro centro al que acudir, regresaron con el menor a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes, 13 de septiembre.

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

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

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

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

a) La Sentencia de la Audiencia Provincial, en relación con el llamado derecho del paciente a la autodeterminación, se pregunta por el momento a partir del cual "puede el menor que conserva la consciencia decidir sobre si se le aplica o no un determinado tratamiento, si cuando deja de serlo (menor) por alcanzar la mayoría de edad, o ... cuando tiene suficiente juicio (cosa que en nuestro derecho se puede dar incluso antes de alcanzar los doce años, artículo 92 del Código Civil), o cuando puede consentir una relación sexual (doce años para el artículo 181 del vigente Código Penal), etc. ... ". Y, en relación con ello, señala (para el

caso de que haya de ser negado tal derecho a quien sea menor) la eventualidad de una quiebra o vulneración del art. 15 CE, en atención a la reacción observada en el caso que nos ocupa por el hijo de los ahora recurrentes, ante la perspectiva de la práctica de la transfusión, a la que se opuso mediante "una reacción de auténtico terror que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada, con empeño, por todo el personal sanitario".

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

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

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

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

Además, según la expresada Sentencia, los padres del menor fallecido "tuvieron pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar", de modo que "no se les ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era exigida para salvarle la vida". E indica, al efecto, que "estaban impuestos y tenían conocimiento de su capacidad de acción, es decir de la posibilidad de autorizar una transfusión que hubiera evitado la muerte de su hijo", y que asimismo "tuvieron conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante ... es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado".

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

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

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

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

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

Para proceder al precitado examen hemos de exponer previamente, en primer lugar, cuáles son, según nuestra doctrina, el contenido y límites propios del derecho a la libertad religiosa y, en segundo lugar, cuáles son las características peculiares del caso que nos ocupa que pueden afectar —y, en su caso, en qué sentido— al ejercicio del derecho a su libertad religiosa por los recurrentes en amparo. A todo ello nos referiremos en los cinco fundamentos jurídicos siguientes.

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

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

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, FJ 9, la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, "junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)". Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es "con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales" (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

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

7. La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho —que no es ilimitado o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones.

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

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

Es esta limitación la que, además, resulta de los textos correspondientes a tratados y acuerdos internacionales que, según lo dispuesto en el art. 10.2 CE, este Tribunal debe considerar cuando se trata de precisar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, el art. 9.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, prescribe que "la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás". Por su parte, el art. 18.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, dispone que "la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

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

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que "todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)".

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

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

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

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

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del "derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" (art. 14.1), sin perjuicio de "los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades" (art. 14.2). Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que "la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

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

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

(SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)".

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

En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

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

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

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

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

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

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

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

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica —descrita en el relato de hechos probados— pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.

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

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

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

Por ello, en lo que respecta a lo que constituye el propio objeto de este recurso de amparo, es obligado hacer una afirmación desde la perspectiva constitucional que nos corresponde: los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante

haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente —por lo que ahora específicamente interesa— del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE. Es ésta la cuestión que debemos examinar ahora.

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

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte". En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

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

13. Una vez realizada dicha ponderación no concurría ya ningún otro elemento definidor de los límites al ejercicio de la libertad religiosa. Concretamente, el art. 16.1 CE erige el orden público como límite de las manifestaciones de este derecho. Pues bien, entendido dicho

límite en el plano constitucional, cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales su preservación se garantiza mediante la delimitación de éstos, tal y como se ha efectuado en este caso.

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

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

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

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

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

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

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la

transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

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

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

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

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

F A L L O

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

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

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

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

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