

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

ESCUELA DE POSGRADO

SECCIÓN DE POSGRADO DE DERECHO



**LIBERTAD RELIGIOSA DE PADRES Y CONSENTIMIENTO
DEL MENOR EN TRATAMIENTOS MÉDICOS SIN SANGRE**

Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho con mención en
Derecho Constitucional y Administrativo

Autor:

Villanueva Zegarra, Joseph Gerson

Asesora

Urquiaga Juárez, Evelyn Marcia

Código ORCID 0000-0002-6740-8225

Chimbote - Perú

2021

Palabras clave: en español e inglés - Línea de investigación

Palabras clave.- Libertad religiosa, consentimiento, menor de edad, tratamiento médico sin sangre.

Keywords.- Freedom of religion, consent, minor, transfusion alternatives.

Línea de Investigación: Según OCDE

| | |
|-------------------------------|--|
| Línea de Investigación | Instituciones del Derecho Constitucional |
| Área | Ciencias Sociales |
| Sub área | Derecho |
| Disciplina | Derecho |

Título de la investigación

**LIBERTAD RELIGIOSA DE PADRES Y CONSENTIMIENTO DEL MENOR
EN TRATAMIENTOS MÉDICOS SIN SANGRE**

Resumen

La presente investigación tiene por objetivo describir los alcances y la tutela de la libertad religiosa de los padres en tratamiento médico sin sangre en menor de edad, así como analizar la conexión entre la libertad religiosa y el consentimiento informado del menor de edad.

El método de investigación empleado fue el siguiente: Investigación Básica, de nivel descriptivo, y la metodología de Investigación jurídica empleada fue jurídico-formal. El diseño de investigación fue documental.

Los resultados obtenidos a partir del análisis doctrinario, jurisprudencial y casuístico indicaron que es posible armonizar la libertad religiosa con los tratamientos médicos sin sangre en menor de edad, sin implicar perjuicio del derecho a la vida y el principio de interés superior del menor, de tal manera que la investigación penal contra los padres que ejercen su derecho a la libertad religiosa resulta desproporcional; además, si es el caso, el menor con capacidad de discernimiento podría emitir consentimiento para el acto médico (tratamiento sin sangre).

Abstract

The present research aims to describe the legal implications of the elementary right to freedom of religion of parents in order to choose transfusion alternatives to a child, also his/her own right to freedom of religion and informed consent in the medical relationship.

The research methodology used was: Basic research, Legal Research. The research design used was documental.

The results obtained from the doctrinal, jurisprudential and casuistic analysis was that the right to freedom of religion is compatible with transfusion alternatives, according to right to life and best interest of child principle. So that, parents are free from criminal action for their freedom of religion; and also mature child would be able to give informed consent (transfusion alternatives).

Índice

| | |
|--|------------|
| Palabras clave: en español e inglés - Línea de investigación | ii |
| Título de la investigación | iii |
| Resumen | iv |
| Abstract | v |
| Índice | vi |
| Introducción | 1 |
| I. Antecedentes y Fundamentación Científica | 3 |
| A) Antecedentes: | 3 |
| B) Fundamentación Científica: | 10 |
| 1. La libertad religiosa y objeción de conciencia en el ámbito clínico. | 10 |
| 2. El consentimiento informado como derecho del paciente: panorama y perspectivas. | 27 |
| 3. Derecho de objeción de conciencia por convicciones religiosas para solicitar tratamiento médico sin sangre en menor de edad e investigación penal contra los padres. | 59 |
| II. Justificación de la investigación | 89 |
| III. Problema | 95 |
| IV.- Conceptualización y operacionalización de las variables | 98 |
| V.- Hipótesis | 101 |
| VI. Objetivos | 102 |
| VII. Metodología | 103 |
| Resultados | 109 |
| Resultado 1 | 109 |
| Resultado 2 | 110 |
| Resultado 3 | 111 |
| Análisis y Discusión | 114 |
| Respecto al Resultado 1 | 114 |
| Respecto al Resultado 2 | 121 |
| Respecto al Resultado 3 | 129 |
| Conclusiones | 144 |
| Recomendaciones | 148 |
| Referencias bibliográficas | 150 |

| | |
|--|------------|
| Agradecimientos | 159 |
| Anexos y apéndice..... | 160 |
| Anexo 1: Disposición de archivo definitivo de denuncia penal..... | 160 |
| Anexo 2: Sentencia Tutelar. Negativa de padres testigos de Jehová a transfusión sanguínea en menor de edad por convicción religiosa | 165 |
| Anexo 3: Matriz de consistencia o coherencia | 171 |
| Apéndice A: Formato de consentimiento informado para transfusión sanguínea, derivado del Manual de Hemoterapia del Ministerio de Salud - Instituto Nacional Materno Perinatal del año 2008 | 172 |
| Apéndice B: Formato de consentimiento informado para transfusión sanguínea, del Ministerio de Salud de Japón del año 2014..... | 173 |
| Apéndice C: Alternativas médicas a la transfusión sanguínea. Parte pertinente del “Compendio para el uso clínico de sangre y componentes”. Programa nacional de hemoterapia y bancos de sangre (PRONAHEBAS), 2005, Ministerio de Salud..... | 178 |
| Apéndice D: Comités de Enlace con los Hospitales | 181 |

Introducción

En los últimos años, el contenido del derecho a la libertad religiosa viene siendo delimitado en su ejercicio; es en especial en el ámbito clínico en el que se ha vinculado también con el consentimiento informado para practicar el acto médico. Así, en el caso de negativa a la transfusión sanguínea por parte del representante legal, la investigación en el tema se ha enfocado (a) en el ejercicio de su libertad religiosa y el análisis de la responsabilidad legal del padre en el caso concreto, asimismo, (b) desde el derecho constitucional y derecho de los niños y adolescentes, se ha debatido si el consentimiento informado puede ser practicado o no por el menor maduro que ejerce un derecho a la libertad religiosa.

Así, algunas interrogantes son por un lado: ¿es constitucionalmente posible ejercer el derecho a la libertad religiosa en el ámbito clínico? ¿Resulta proporcional o no la investigación penal contra padres que por convicción religiosa, solicitan tratamientos médicos sin sangre como atención médica para evitar una transfusión de sangre en el paciente menor de edad?

Por otro lado, cabe un análisis jurídico de cómo se debería tutelar la libertad religiosa en el menor adulto o adolescente -a partir de dieciséis años- con capacidad de ejercicio aunque restringida, es decir: ¿puede rehusarse o no a cierto tratamiento médico por atentar contra su conciencia y libertad religiosa?

Si bien es reconocido ampliamente tanto el derecho a la libertad religiosa, como la objeción de conciencia en el contexto clínico estudiada profusamente por la Bioética, sin embargo, se ha analizado desde la teoría de derechos fundamentales si es posible compatibilizar dicha libertad con el derecho a la vida. Asimismo, por cuanto el menor también es objeto de especial protección -por su autonomía progresiva- se ha fundamentado si el menor maduro puede ejercer su libertad religiosa en el ámbito clínico, también desde un enfoque de la teoría de los derechos fundamentales.

Para la presente investigación documental, se utilizó la recopilación y análisis documental como técnicas de recolección de datos.

Ante ello, se tuvo el siguiente planteamiento del *problema*: ¿De qué manera se tutelaría la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre?

Se formuló la siguiente hipótesis general: La libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor en tratamientos médicos sin sangre, se tutelaría con la no investigación penal a los padres del menor que ejercen su derecho de objeción de conciencia y por la autonomía progresiva del menor.

Se tuvo como objetivo general: Analizar y fundamentar de qué manera se tutelaría la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre.

Y finalmente, se tuvo los siguientes objetivos específicos desarrollados:

- a) Analizar la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor en tratamientos médicos sin sangre.
- b) Fundamentar si el ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los padres del menor los exime de investigación penal.
- c) Fundamentar si la autonomía progresiva del menor o su consentimiento exime de investigación penal a los padres del menor.

Con esta investigación se pretende aportar los elementos de fundamentación sobre la tutela a la libertad religiosa en el ámbito clínico por el cual los padres solicitan tratamientos médicos sin sangre en el menor de edad, para generar una actitud de respeto a la libertad religiosa, sin que los padres por convicciones religiosas sean objeto de investigación penal por el Estado, que resulta desproporcional, conforme al análisis constitucional efectuado.

Asimismo se ha fundamentado la posibilidad de ejercer un derecho al consentimiento informado por parte del menor de edad para negarse y/o consentir determinado tratamiento médico acorde a su libertad de conciencia y de religión protegidos constitucionalmente.

I. Antecedentes y Fundamentación Científica

A) Antecedentes:

Habiendo indagado en las diferentes bibliotecas de las Universidades del país, no hemos encontrado un ensayo o Monografía, Tesina ni Tesis alguna sobre el tema de investigación planteado; sin embargo, algunas Tesis halladas están relacionadas en cierta forma; como las que se refieren a continuación:

1. Tesis Extranjeras:

1.1. Rueda García, Alfredo (2015) en su tesis para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana de México, titulada “La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas y los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad mexicano”.

Se tiene las conclusiones siguientes

En México a partir de la modificatoria al artículo 24 de la Constitución de fecha trece de julio de 2013, es válido que cualquier persona por motivo de su conciencia o de convicciones personales pueda plantear su negativa -objeción de conciencia- a recibir el uso de sangre alogénica como tratamiento médico.

La negativa de un eventual objetor al uso de sangre alogénica por motivos de conciencia está directamente vinculada al derecho a la salud, en tanto que las disposiciones en la materia derivadas del artículo 4 de la norma fundamental garantizan el derecho a la salud en los máximos estándares que la ciencia y la tecnología pueda avalar.

Este derecho que se encuadra en el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 27) además implica gozar los beneficios del adelanto científico.

Será susceptible recurrir vía amparo a la justicia federal, para que de esta forma se puedan hacer justiciables tanto la negativa del objetor como el acceso a los beneficios del progreso científico en tanto derecho humano.

Se verifica que es posible armonizar la objeción de conciencia con el derecho a la salud y gozar de los beneficios de los adelantos médicos científicos, como parte de los derechos humanos.

1.2. Sánchez Fonseca, Angie (2003) en su tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica, titulada “Los testigos de Jehová y la negativa a la sangre, implicaciones jurídicos-religiosas, su posición frente a las técnicas modernas de tratamientos médicos sin sangre”.

La precitada tesis concluye que en resguardo de la libertad de religión, y dignidad, los Testigos de Jehová tienen derecho a tratamientos alternativos a las transfusiones sanguíneas, y el respeto de su conciencia y convicción de negarse a recibir transfusiones sanguíneas.

Inferimos que el respeto a la libertad religiosa de los testigos de Jehová es en síntesis el respeto a su dignidad pues en tanto persona es un ser complejo que merece calidad de vida ligado a una atención médica de calidad; así el respeto comprende no solo a su libertad religiosa sino a su conciencia y convicciones. Además implica no solo la salvaguarda de la integridad física sino también moral y psicológica.

1.3. Sales Solé, Carlota (2016) en su tesis para obtener el grado en Derecho en la Universidad de Lleida, titulada “Objeción de conciencia a tratamientos médicos”.

La citada tesis concluye que la objeción de conciencia, es la lucha entre la moral y las normas jurídicas, en la que para el objetor prevalece la primera ante todo.

El tratamiento jurídico depende del sujeto y en función de su capacidad en cada situación en particular. Así pues los adultos, en el caso de que sea un sujeto capaz, tienen el derecho a que les sea respetada la voluntad de no recibir determinados tratamientos médicos.

En el caso de los menores, en muchos supuestos se discute sobre la madurez de éste para poder objetar al tratamiento. Y en caso se requiera urgentemente para la salvaguarda de la vida, este se aplicará sin informar al Juez.

La objeción de conciencia es de gran impacto en la sociedad, sin un conocimiento jurídico sobre éste. A la vez, es muy escasa, compleja y se verifica la falta de regulación legal en el ámbito de objeción a tratamientos médicos. Aunque en España con la Circular de la Fiscalía, la cual es relativamente nueva, se deja entrever que sigue siendo un problema muy actual.

De ello analizamos lo que implicaría reconocer la objeción de conciencia en el ámbito clínico, cuando se aplica la norma jurídica en dicho ámbito, cuya coercibilidad que conlleva, implica una actuación del poder estatal (o investigación penal) contra el objetor (padres).

En España, la objeción de conciencia se deriva de la libertad ideológica. Para el caso del menor de edad se requiere su madurez, aunque en situación urgente real se le aplicará la transfusión inmediata.

Así, existe un dilema entre permitir la libertad del sujeto objetor frente a la posibilidad de pérdida de la vida del sujeto cuando se trata de un menor de edad, sin olvidar que el menor maduro quizá exprese su opinión al respecto.

Queda claro que la vida es el valor por el cual opta la legislación, y cabe el análisis si el solicitar la aplicación de otro tratamiento médico o sustitución de la transfusión implica ir por ese mismo camino, o por el contrario implica la afectación del derecho a la vida del menor, análisis bajo la labor jurisprudencial y la casuística.

2. Tesis Nacionales:

2.1. Solórzano Barrera, Enrique (2004) en su tesis para obtener título de especialista en Medicina Interna en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), titulada “Uso de Transfusiones Sanguíneas y de Hemocomponentes en el Hospital Daniel Alcides Carrión durante el año 2001”.

Se tuvo la siguiente conclusión: Se determinó 1245 transfusiones sanguíneas indicadas injustificadamente, que representa el 30 % del total ese año, en el Hospital Daniel Alcides Carrión, originado en menor o mayor medida por los servicios médicos del Hospital, por lo que el tema alcanza una dimensión institucional (Solórzano, 2004).

Se verifica la existencia de transfusiones innecesarias, lo que significa que se aplica la transfusión como una práctica rutinaria, sin analizar las posibilidades de tratamiento sin sangre o posibles alternativas a la transfusión. Así pues, no toda intervención en la que el facultativo indica o requiere transfusión, es urgente desde el punto de vista médico, cuando en verdad mediante el empleo de estrategias médicas resultaría en mayor beneficio del paciente.

2.2. Ballenas Loayza, Martha Patricia (2013) en su tesis para obtener el Grado de Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada “La Objeción de conciencia en el Perú. ¿Derecho autónomo o manifestación de las libertades de conciencia y religión?”

Se tiene las siguientes conclusiones:

La objeción de conciencia es atribución de la conciencia frente a algún deber jurídico en conflicto con la persona. No es un supuesto de desobediencia al Derecho, porque no todo incumplimiento implica desobedecer al Derecho.

Frente a mandatos estatales, se debe tomar en cuenta la libertad de conciencia y religión que implica creencias fundamentales.

Para el Tribunal Constitucional la objeción de conciencia es señalada como libertad religiosa, aunque solo en su sentencia (STC 0895-2001-AA/TC), señala que de forma excepcional, la libertad de conciencia contiene la “objeción de conciencia”.

En una colisión con un mandato, la persona, en su conciencia, puede exonerarse del cumplimiento. La objeción de conciencia por convicciones morales (no religiosas) o religiosas está regulada en la Ley de Libertad Religiosa (Ballenas, 2013).

En nuestro país, la objeción de conciencia como expresión del derecho a la libertad religiosa pero también libertad de conciencia, permite eximirse del cumplimiento de un deber jurídico o mandato estatal. Por tanto, en cada caso concreto amerita analizar la existencia de un deber jurídico y si ello da lugar a invocar la objeción de conciencia, no debiendo ser, por otro lado, usada la norma jurídica en el contexto clínico como medio para perseguir la libertad religiosa (creencias) u opinión del sujeto, prohibida constitucionalmente.

2.3. Quiroz Avilés, Luis (2014) en su tesis para obtener el Grado de Magíster en Bioética en la UNMSM, titulada “Análisis ético del consentimiento informado en pacientes tratados por tuberculosis”.

Se tiene las conclusiones siguientes:

El documento del consentimiento informado no posee información suficiente ni lenguaje claro que el paciente tenga derecho a conocer, configurándose meramente como documento de exoneración de responsabilidad.

El informante es personal de enfermería, en lugar del propio médico.

Existe carencia de explicación de efectos y reacciones adversas, por lo que los pacientes sienten vulnerados su dignidad y sus derechos en salud (Quiroz, 2014).

En ese sentido, verificamos que ligado a la libertad religiosa, encontramos al consentimiento informado del paciente, en ejercicio del derecho a su salud, que pide la obtención de información sobre los beneficios, riesgos y alternativas de algún tratamiento o procedimiento, siendo importante no avalar información sesgada para obtener dicho consentimiento informado solo para exonerar supuestamente una responsabilidad médica, en cuanto si bien se pretende la recuperación de su salud, el paciente conforme a la doctrina del consentimiento informado sigue siendo el eje para la toma de decisiones.

2.4. Peña Machuca, Carmen Rosa (2017) en su tesis presentada a la Universidad Ricardo Palma para obtener el Título de Abogado, titulada “El consentimiento informado y su defensa por parte del Estado”.

Con las conclusiones siguientes:

El derecho a la salud implica mantener y restablecer la normalidad orgánica física y mental, cuyas acciones corresponden al Estado con los recursos necesarios para asegurar una mayor calidad de vida a las personas, e instituciones prestadoras de salud fortalecidas, cuyo correlato es la obtención del consentimiento informado del paciente, siguiendo el principio de autonomía.

Dicho consentimiento va más allá de firmar un documento y tiene como propósito defender el derecho a decidir de los pacientes. La falta de información es una transgresión a la Lex Artis que a su vez constituye violación directa a la autonomía de cualquier paciente, con la consiguiente responsabilidad directa del médico tratante.

Los médicos en general aún no se convencen sobre la necesidad que el paciente participe en la toma de decisiones. Se subestima el procedimiento informado que simplemente se le ve como un documento legal obligatorio firmado, justificándose cualquier medio por el cual se obtenga.

Se verifica que el consentimiento informado va más allá de una firma de una exoneración de responsabilidad, debiendo ser lo correcto que beneficio de la relación médico-paciente la decisión gire en torno al paciente debidamente informado y que dignamente desea que se respete su decisión, por ello creemos que en principio no se le podría exigir una decisión o amenazar en el sentido de cesar la atención médica por no consentir lo que el médico indica.

3. Reseña de tesis

La Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico (2014) según la Reseña de Tesis *Negativa a recibir tratamiento médico: análisis desde la Bioética Jurídica para el caso peruano*, señala que el paternalismo basado en motivos de beneficencia al paciente limita intencionadamente su autonomía, por decidir sobre los directamente implicados a criterio del profesional mismo. En respeto de los derechos de los pacientes, la búsqueda del bienestar para el paciente se debe integrar con el principio de justicia.

Por otro lado, en la reseña de tesis precitada, se analiza si respecto al derecho a rechazar las medidas para prolongar artificialmente la vida en un paciente terminal implicaría vulneración del derecho a la vida, indicando que se debe entender la vida no solo en su dimensión biológica, también en su dimensión biográfica esto es, el *bienestar y el proyecto individual*, entendido ello como vida digna.

Aunque no es el tema de la presente tesis, es un argumento para indicar que el tratamiento sin sangre no implicaría necesariamente vulneración al derecho a la vida.

Del paso del paternalismo a la autonomía ha evolucionado el núcleo duro protegido por el derecho a la vida, de modo que el paciente como sujeto capaz tomará la decisión, a pesar que el médico posea los conocimientos científicos.

Ahora bien, tocante a la presente investigación para el consentimiento informado del menor de edad, se requiere la representación legal ejercida por sus padres, siendo que el menor no es capaz legalmente y su autonomía es limitada,

salvo que haya operado el cese de su incapacidad civil según los supuestos contemplados por el derecho civil (capacidad de obrar o de hecho).

Sin embargo, cabe preguntarse si el menor maduro puede emitir un consentimiento informado, en ejercicio de su *libertad religiosa*, sin ser un requisito sine qua non cumplir los supuestos normativos del Código Civil por cese de incapacidad (matrimonio, obtención de título oficial o ejercicio de la paternidad), sino con base a su libertad de opinión, autonomía progresiva y discernimiento suficiente.

B) Fundamentación Científica:

1. La libertad religiosa y objeción de conciencia en el contexto clínico.

1.1. Alcance de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales que limitan el poder estatal se originan en el nacimiento y establecimiento del Estado de Derecho, cuyo sistema jurídico enfoca su actividad en el respeto del individuo y sus derechos.

Los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos romano-germánicos, siempre serán los que están reconocidos y protegidos constitucionalmente por cada Estado, expresados en sus textos constitucionales.

Empero, los derechos fundamentales también comprende los expresados en tratados internacionales que el Estado Peruano es parte y cuyos derechos expresados y su interpretación integran el Derecho interno.

En contraste, los Derechos Humanos, figuran en tratados internacionales, pudiendo surgir otros derechos y posteriormente ser recogidos en textos internacionales, que a su vez sean expresados en los textos constitucionales a nivel nacional.

Sin embargo, se afirma que los derechos humanos, fundados en la dignidad, son exigibles a todos los Estados aun si no son parte firmante de un tratado internacional, por integrar estos el Derecho Internacional de Derechos Humanos (Nogueira, 2003).

Bidart Campos (como se citó en Nogueira, 2003) señala que al mismo tiempo que existe el Estado existe el Derecho así como “un orden natural que coincide con los *valores jurídicos objetivos* [cursivas añadidas] y transcendentales, que valen por sí mismos”, entre los cuales se encuentra el valor **justicia**.

Agrega Nogueira (2003) que la formulación en norma escrita permite invocar los derechos humanos y lograr su aplicación sociológica o reparación si han sido vulneradas, a través de la vía jurisdiccional.

Desde la II Guerra Mundial se difunde los derechos humanos, con el consiguiente *respeto* a los individuos por parte de los Estados, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos. A nivel del continente americano, se instituyó en la Convención Americana de Derechos Humanos, y también el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nogueira, 2003).

Los derechos fundamentales, son objeto de la mayor protección posible por el Estado, preexisten a este y se deducen directamente de la dignidad y autonomía de la persona (Guzmán, 2015).

Según Roca (1993) los derechos fundamentales son aquellos derechos que son “exigencias morales positivizadas, se condicen con la naturaleza humana y con los fines perfectivos de la persona” (p. 217).

De modo que los valores éticos y jurídicos deben ser los objetivos a los cuales se dirija la conducta humana tanto del médico como del paciente, y en su caso, el representante legal que expresa una negativa a determinado a tratamiento, todos los cuales se adecúan a una conciencia y cultura.

1.2. La libertad religiosa de padres como derecho fundamental y su objeción de conciencia.

1.2.1. Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad.

Landa (2002) refiere que según la teoría liberal, en caso de colisión de derechos fundamentales no es aplicable el *in dubio pro libertate*, sino es a través del principio de armonización y *proporcionalidad* que sirve para *integrar* los derechos fundamentales pero sin afectar su núcleo duro o contenido esencial.

Tocante a la intervención en el ámbito de los derechos, Luis Prieto (2009) menciona que la carga de la prueba o argumentación incumbe al poder ante los conflictos entre ley y derechos de los individuos.

Se verifica que para la teoría de los derechos fundamentales se trata de *integrar* en armonía *dichos derechos* y su protección debe ser amparada por encima de la ley que trate de restringirlos, con carácter de proporcionalidad, sin ser sacrificada de manera que vacíe de contenido al derecho fundamental en cuestión.

Sobre el *principio de proporcionalidad*, Grández (2010) refiere que es como un “procedimiento” para la *concreción* de los derechos fundamentales en cada caso, debiéndose aplicar a un caso concreto el test de proporcionalidad de una medida que restrinja un derecho fundamental.

Ahora bien, desde otra visión sobre el posible conflicto de los derechos fundamentales, Serna y Toller (tal como se citó en Burga, 2011, p. 263) señalan que “los bienes humanos de los derechos son compatibles entre sí” y por tanto para resolver un conflicto no se puede establecer jerarquizaciones.

Asimismo, siguiendo la tesis no conflictivista, no se trata de *límites* de los derechos fundamentales, sino de “su contenido, que se ajusta en cada caso concreto” (Roca, 1993, p. 217).

En ese sentido, Burga (2011) señala que lo que hay no es un conflicto de derechos fundamentales, sino un *conflicto de pretensiones*, que en un caso concreto,

una pretensión insatisfecha no implica la supremacía de un derecho sobre otro sino la prevalencia de una pretensión sobre otra, debiéndose utilizar el principio de proporcionalidad como garantía de racionalidad vinculante para el legislador.

De ello se infiere una conexión con el principio de *unidad* de la Constitución, esto es, que dentro de las normas constitucionales respecto a derechos fundamentales (tocante a su interpretación) no hay un orden jerárquico, pudiendo armonizarse, **ajustarse** en un caso concreto y protegerse el contenido de los derechos fundamentales implicados.

De modo que es necesario una *interpretación teleológica y sistemática*, y conforme a los principios constitucionales, basado en valores individuales y sociales, en unidad armónica del Derecho; siendo responsabilidad del Estado la protección efectiva de los derechos fundamentales, fundado en la dignidad de la persona (Burga, 2011). Dignidad en la que se basa tanto la libertad religiosa, como la integridad física y moral de la cual es parte el consentimiento informado.

1.2.2. La libertad religiosa.

El autor Peces-Barba (1989), señala que la libertad jurídica es un principio de organización social y derecho fundamental que contribuirá a hacer posible la moralidad, cuyo recorrido inicia desde la libre elección de diversas *alternativas*, pasando por la elección libre de metas de realización personal siendo ello la plenitud posible de la vida moral.

Asimismo, continúa dicho autor que los derechos individuales no son un fin en sí mismo, sino que son medios para la autonomía del ser humano dentro de una sociedad. (Peces-Barba, 1989).

Además, dentro del modelo de Estado constitucional de derecho, por las libertades constitucionales o el libre desarrollo de la personalidad todo lo que no está prohibido u ordenado en la Constitución, está permitido. Así, el respeto de dicha

libertad constitucionalizada dota de validez en sentido material a las normas jurídicas -actos administrativos, judiciales y actos de los particulares- (Bernal, 2008).

Así, la libertad religiosa es comprendida como derecho humano, en tanto se la considera como dimensión religiosa que forma parte de la dimensión humana (Hernández, M., 2013).

Según Romeo (1994), la libertad ideológica y religiosa constitucionalmente garantizada como derecho significa *asumir* determinadas ideologías o *creencias*, y además **actuar** en la esfera personal *coherentemente* con dichas creencias.

En el mismo sentido, López Álvarez (como se citó en Garay, 2000, p. 25) precisa que siendo el caso que ni el juez ni el legislador tiene competencia alguna sobre lo que cada persona quiere pensar, la protección constitucional no recae en la libertad en sí misma, sino en su manifestación o no y actuar acorde a ello, como derecho.

Por otra parte, Olavarría (2011) refiriéndose a la libertad religiosa, señala que esta implica la elección de la confesión religiosa que gobernará nuestro comportamiento, que forma parte de nuestra *identidad* y en la que creemos (p. 87), si bien, por otro lado, el autor Combalía (como se citó en Díaz, O, 2003, p. 869) considera como límite de la libertad religiosa el respeto de los derechos de terceros.

Así pues, cabe el análisis en qué medida la libertad religiosa ejercida en el contexto clínico vulnera el derecho a la vida del paciente.

A mayor abundamiento, la autora Carazo Liébana (como se citó en Rosas, 2015, p.197) señala que la libertad religiosa se ejerce frente a los poderes públicos y es *protegida ante toda discriminación*. Por ello, refiere que el derecho a la libertad religiosa significa *ausencia de consecuencia legal* ante ejercer una religión.

Contrariu sensu, una consecuencia legal a partir de creer y practicar una religión, es decir, si se genera una consecuencia por evitar una transfusión de sangre basado en convicciones religiosas, por ejemplo una persecución penal contra el padre de familia testigo de Jehová, se incurrirá en una vulneración a su libertad religiosa.

Por lo visto el ejercicio de la libertad religiosa, como derecho humano, implicar actuar acorde a las creencias, que se ha considerado como parte de su identidad, y se protege cuando se exime de consecuencias legales.

Dentro de la rama del Derecho eclesiástico del Estado, los principios cumplen una función integradora y de interpretación. Así, la libertad religiosa es un principio/derecho, pues tiene una doble dimensión: como principio del Derecho eclesiástico del Estado y como derecho fundamental. En la dimensión objetiva, como señalan Saldaña y Orrego (como se citó en Mosquera, 2018) implica remover los obstáculos que impiden el ejercicio de la libertad religiosa por parte del Estado. Por tanto, ese núcleo interno de la libertad religiosa está garantizado por el Estado como *inmunidad de coacción* por parte de terceros y además una libertad de acción: *agere licere* que permite tener, practicar y manifestar las creencias de un sujeto (Mosquera, 2018).

En su dimensión subjetiva, las manifestaciones indispensables del derecho a la libertad religiosa son: la facultad de *profesión*, abstención, cambio y declaración pública de la creencia religiosa o abstenerse de manifestar, que conforme al artículo 2 inciso 3 e inciso 18 de la Constitución en concordancia con el artículo 50 de la norma fundamental constituyen el **contenido esencial** del derecho a la libertad religiosa (STC Exp. N° 3283-2003-AA/TC, 15/06/2004, f. j. 18). Es decir, contiene una vertiente positiva (interna y externa) y una vertiente negativa (*inmunidad de coacción*), teniendo como límites la moral y el orden público.

La libertad religiosa está conectada también al principio/derecho de *igualdad y no discriminación*, por la cual, “como principio implica un postulado con proyección normativa que constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático” (Mosquera, 2018, p. 70); y como derecho fundamental importa un trato equitativo a los demás en relación a situaciones coincidentes, a fin de evitar los privilegios o desigualdades, prohibiéndose la discriminación, entendido como trato desigual injustificado, cuyo análisis para determinar la vulneración o no del derecho fundamental a la igualdad se hace con criterio de proporcionalidad.

1.2.3. La objeción de conciencia y tratamiento médico.

Relativo a la conciencia de la persona, Rubio Correa (como se citó en Rosas, 2015, p. 191) señala que está integrada por un conjunto de ideas con las que la persona asume el mundo y se conduce en sociedad.

Respecto a la libertad de conciencia, Guzmán (2015) lo conceptúa como “la profesión de las ideas que el fuero interno prefiera”, de modo que por la objeción de conciencia se impida procedimientos médicos (p. 181).

Concluye dicho autor que la libertad de conciencia es objeto de protección en un Estado de Derecho, cuya limitación “tendría que sustentarse debidamente y su desplazamiento operaría únicamente ante otros derechos fundamentales” (Guzmán, 2015, p. 181). Pero como hemos referido siempre que operen criterios de proporcionalidad.

Respecto al ámbito clínico (tratamiento médico), el autor Alain Garay (2000), señala que en tanto el paciente en plena capacidad rehúse a cierto tratamiento en cuestión por atentar contra su conciencia, pero que si el médico suministrare dicho tratamiento, atenta contra la libertad religiosa del paciente y análogamente la autoridad pública que solicite u ordene la autorización.

Si bien ello se refiere al paciente con plena capacidad, no obstante, revela una verdad en el sentido que si se atenta contra la libertad religiosa o de conciencia al suministrarse el tratamiento rechazado, “igual atentado” cometería la autoridad judicial que autorizase el procedimiento o tratamiento médico objetado, o también sería gravoso si el objetor, en calidad de representante legal del paciente, es investigado -o peor hasta acusado- penalmente por ejercer su libertad religiosa (convicción moral y religiosa) plasmada en la negativa a transfusión y alternativa de tratamiento en paciente menor de edad.

No olvidemos que los padres no se eximirán de cumplir su convicción religiosa y manifestarán dicha convicción a la hora de decidir por posibles alternativas de tratamiento, tanto para sí, como para su hijo menor de edad en

atención a una fuerte convicción moral y religiosa. Por el momento, vale anticipar que aun ante situación de emergencia médica resulta difícil que claudiquen en su convicción profunda.

Respecto a la objeción de conciencia, esta figura contiene a la libertad de conciencia y de religión, por tanto, “comprende ideas, creencias y convicciones tanto de carácter religioso o no” (Roca, 1993, p. 217).

Nos adherimos a lo señalado por Navarro-Valls y Martínez-Torrón (2012) respecto a la objeción de conciencia, que la definen como el rechazo del individuo a portarse conforme a una conducta jurídicamente obligatoria, basado en razones religiosas.

Parejo (2018) refiere que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria contempla “distintos y variados posibles casos de objeción de conciencia” (p. 127).

Por otro lado, se sostiene que se perdería la calidad de verdadera objeción si una normas los regulase expresamente, con lo cual el deber jurídico se flexibiliza y deja de ser tal (dejar de ser una obligación para convertirse en norma dispositiva), por lo que la objeción adquiere más relevancia cuando solamente la ley la regule de manera general y no contenga supuestos de objeción determinados (Ballenas, 2013).

Así pues, se afirma que la objeción a tratamientos médicos por razones de conciencia, no es un verdadero supuesto de objeción de conciencia, “en la medida en que es excepcional en los distintos ordenamientos la existencia de un mandato de la ley que imponga como obligatorio los tratamientos médicos”, por lo que no existe un deber a la propia salud sino que, en la más estricta técnica jurídica, se suele hablar de objeción impropia (Parejo, 2018, p. 136), precisando por nuestra parte que ello no exime de la necesidad del consentimiento del paciente.

Además, como apunta Ballenas Loayza (2013), la objeción debe ser expresa y ejercida ante un deber jurídico incompatible con el objeto. En ese mismo sentido, Gómez (1997) señala que la objeción de conciencia debe ser manifestada efectivamente, no es tácita, en tanto en primera línea quienes ejercen la patria

potestad cuentan con sus obligaciones inherentes -en el ordenamiento peruano están reguladas en el artículo 235 del Código Civil-.

Para algunos, ello lleva a opinar que la libertad religiosa puede limitarse cuando se objeta tratamiento médico para el hijo menor de edad (Peña, 2017).

Cabe decir, en primer lugar, que propiamente no existe objeción a los tratamientos médicos, máxime si el deber de brindar atención médica al menor es cumplido por los padres, por lo que no hay un incumplimiento de un deber jurídico que constituya objeción propiamente (en realidad, *prima facie* no constituye deber jurídico aceptar una transfusión para el menor hijo si va en contra de las convicciones religiosas de los progenitores).

Ahora bien, las obligaciones de tutela y asistencia al hijo están legalmente establecidas, sin embargo, los padres no se encuentran obligados a renunciar a sus propias convicciones religiosas (Gómez, 1997).

La oposición a recibir un determinado tratamiento puede ser motivado por razones religiosas o no -uno considerado como objeción por conflicto de conciencia y otro por libre voluntad del sujeto, considerado como derecho del paciente en favor de su libertad- (Gómez, 1997).

En realidad, los padres no sustraen al menor de la atención médica sino de un determinado tratamiento para el que solicitan uno distinto en su reemplazo. ¿El objetar una transfusión puede llevar a limitar la libertad religiosa?

En la doctrina, existen posiciones contrarias cuando se trata de casos de emergencia, es decir, situaciones extremas (Olavarría, 2011). En ese sentido, la postura de los Testigos de Jehová entra en discusión en la doctrina, dado que los creyentes han decidido, en obediencia a un mandato bíblico, rechazar la transfusión de sangre como tratamiento y ampararse en su derecho a la negativa a tratamiento determinado (Olavarría, 2011, p. 93).

Cabe aclarar que a priori la indicación médica de transfusión implicaría una urgencia, sin embargo, como se analizará más adelante en la casuística (véase punto

3.3.2.), fue posible aplicar tratamiento sin sangre a pesar de la urgencia expuesta por el médico (urgencia relativa).

Por otro lado, Herbsman refiere que muchos cirujanos no se atreven a aceptar como pacientes a testigos de Jehová por temor a las consecuencias legales (Dixon y Smalley, 1981). Por cuanto los padres Testigos, por razones morales, más allá del riesgo de las transfusiones, solicitan el empleo de tratamientos permitidos en sentido religioso (se sustituya la transfusión sanguínea) y procuran que se brinde buena atención para sus hijos (Dixon y Smalley, 1981) dado que en principio, como toda persona o usuario del servicio de salud, merece la atención médica.

Sin embargo, se acota que la objeción planteada por el médico no es absoluta ya que este profesional de salud tiene la obligación o su centro hospitalario de referir a dicho paciente a otro médico que sí acceda a colaborar con tal postura ético-religiosa (Rueda, 2015), por la cual debería haber un contacto profesional con el nuevo médico a referir.

Vemos que a nivel doctrinario y jurisprudencial se permite la objeción de conciencia, pero en el contexto clínico se reduce su aplicación siendo una objeción impropia, en tanto el objetor no rechaza un determinado deber jurídico sino que solicita en virtud de su libertad religiosa un tratamiento adecuado a sus principios éticos religiosos.

A nivel interamericano, la libertad religiosa se ampara en el artículo 18 incisos 1 al 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles: nadie puede menoscabar la libertad de adoptar las creencias religiosas de su elección y *manifestarlas* con las únicas *limitaciones* descritas por la ley.

Así como en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 12 incisos 1 al 3). Con lo que queda reafirmado su categoría de derecho humano y garantizado a nivel supranacional.

1.2.4. La libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano.

Se ratifica la garantía de la libertad de religión y de conciencia a nivel constitucional (numeral 3 del artículo 2) en tanto no hay persecución por razón de ideas o creencias. Asimismo a nivel legislativo se garantiza dicho derecho con la Ley N° 29635.

El Tribunal Constitucional (TC) peruano, mediante Sentencia Exp. 3283-2003-AA/TC, define a la libertad religiosa como un conjunto de *creencias* y de *normas* para ajustar la conducta individual, cuyo *límite* es el orden público definiéndolo como “el conjunto de valores (...) y pautas de comportamiento, destinados al adecuado desarrollo de la vida coexistencial” (f.j. 8).

En dicha sentencia, el TC indica el **contenido esencial** del derecho a la libertad religiosa, admitiendo cuatro facultades siguientes: *Profesión* de la creencia religiosa, la facultad de abstención de profesión, cambiar de creencia, y la facultad de declarar públicamente o de abstenerse de manifestar la pertenencia a una creencia religiosa. (f. j. 18)

No obstante, existe la Sentencia Exp. N° 5680-2009-PA/TC, que al resolver un caso sobre obligatoriedad de asistencia a celebraciones religiosas a los trabajadores, por su vínculo de subordinación, determinó que la libertad de conciencia es: “la facultad de optar por una determinada concepción deontológica o estimativa de la vida (...) como una capacidad para razonar o *comportarse* [cursiva añadida] con sujeción a la *percepción ética o moral* con la que se auto-conciba cada persona”. Su manifestación es la objeción de conciencia.

En ese sentido, en el caso resuelto por la sentencia precitada, el TC protege la libertad religiosa en el ámbito laboral, que no debe ser vulnerada por la obligatoriedad de asistir a las actividades o celebraciones religiosas, por tener vínculo de subordinación.

La autora Ballenas (2013) menciona que el TC peruano entiende a la objeción de conciencia como derecho fundamental siguiendo los Tratados internacionales,

mientras que en la doctrina es un atributo de la libertad de conciencia y religión, y en la legislación como una exención del cumplimiento de normas.

De lo expuesto, se verifica que desde la jurisprudencia constitucional es posible ejercer la objeción de conciencia ante un deber jurídico, como por ejemplo la amenaza de ser denunciado penalmente para firmar el consentimiento informado y aceptar una transfusión que va en contra de las convicciones del objetor.

Así pues, la objeción de conciencia tiene carácter de derecho fundamental, sin embargo teóricamente la objeción de conciencia a tratamiento médico, es una objeción impropia, en tanto no se encuentra un deber legal expreso de atención médica mediante un determinado tipo de tratamiento o procedimiento.

1.3. La libertad religiosa del menor maduro y su objeción de conciencia.

1.3.1. La libertad religiosa del menor de edad y su capacidad o autonomía progresiva.

Como se señaló anteriormente, la libertad religiosa es entendida como dimensión religiosa de la dimensión humana, comprendida así como derecho humano (Hernández, M., 2013).

En el ámbito jurídico, respecto a la capacidad civil se refiere a “la *aptitud general* para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del Derecho Privado, y, más comúnmente, en el ámbito tradicional del Derecho Civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales” (Ossorio, 2012. p. 152).

Así la capacidad civil es entendida como capacidad de goce en el ámbito civil para ser sujeto (o titular) de derechos civiles y derechos fundamentales.

Por ello, indica O. Díaz (2003) que hay una tendencia al pleno reconocimiento de titularidad de derechos del menor y *reconocimiento de su capacidad progresiva*, pudiendo “*ejercer* el derecho de libertad religiosa”, correspondiendo a los padres cooperar a tal ejercicio por parte del menor conforme a

su grado de madurez (p. 872; véase Art. 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Así, refiere el autor O. Díaz (2003) que la ley le puede otorgar al menor ejercer sus derechos primordialmente concernientes a los derechos humanos y de la personalidad, teniendo capacidad para obrar restringida a dichos actos relativos directamente a su esfera personal. En opinión del referido autor dicha *capacidad natural* (o madurez) del menor en materia de libertad religiosa se presumiría desde los 14 años, con cargo a un análisis caso por caso.

Esto tiene ligazón con la etapa de la pubertad del menor, concebida como la edad a partir del cual se manifiesta la aptitud para la reproducción (Ossorio, 2012). Entonces podemos deducir que la edad de referencia para la madurez del menor entendido como capacidad natural empieza a partir de los 14 años y ejerza sus derechos de la personalidad; decimos referencial, porque la pubertad también es distinta en cada caso, pero se acepta dicha edad, a partir del cual se puede calificar al menor como maduro y con capacidad natural.

Por otra parte, respecto a la autonomía del menor y la libertad religiosa, la autora D. Díaz (2014) señala en cuanto a la libertad religiosa del menor una postura doctrinaria que sostiene que si bien toda persona es titular de dicha libertad religiosa desde su nacimiento, inclusive el niño y adolescente, empero el ejercicio de dicha libertad parte de la autonomía y posibilidad de elegir.

Por lo que si bien el menor de edad es titular, solo la ejercerá si tiene autonomía *plena*, es decir, cuando obtenga la mayoría de edad, aun cuando a lo largo de la niñez, los menores de edad se ven inmersos con prácticas religiosas en su entorno familiar y social.

No obstante, prosigue en su reflexión la autora D. Díaz (2014): ¿Pueden ejercer este derecho los menores de edad desde sus propias características de personas en desarrollo? ¿Todos los derechos son iguales para adultos y para niñas y niños? No.

Según Joel Feinberg (como se citó en Díaz, D., 2014) los divide en tres grupos: el primero consiste en aquellos derechos que son aplicables a adultos y niñas y niños; el segundo incluye únicamente a adultos, y el tercero a niñas y niños, solo que estos últimos no pueden tomar decisión pues están en desarrollo. En ese sentido, si bien el menor no tiene autonomía plena, sin embargo, señala la autora D. Díaz que *el menor tiene una autonomía progresiva*, conforme se señala a continuación.

Resulta que acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 12) las niñas y niños pueden ejercer su derecho a la libertad religiosa a partir de sus propias características conforme a sus capacidades en desarrollo. Así, tienen derecho a opinar e **involucrarse** en las decisiones en función de su madurez, que debe ser valorada (Díaz, D., 2014).

Son sujetos de derechos, que no tienen autonomía plena, pero sí tienen **autonomía progresiva**; que significa que el *grado de ejercicio* de sus derechos aumentará conforme va desarrollándose y que le permite ejercer su derecho evolutivamente participando en las decisiones (Díaz, D., 2014).

Con lo que se verifica que el menor que cumple con el requisito de madurez suficiente tiene un nivel de ejercicio en la toma de decisiones en virtud de su autonomía progresiva y dignidad personal, si bien dicha autonomía es limitada opera en función a su desarrollo personal.

1.3.2. Objeción de conciencia del menor maduro a tratamiento médico.

Escobar (1993) afirma que “solo quien tiene y manifiesta sus convicciones morales es titular *strictu sensu* del derecho fundamental de objeción de conciencia” (p. 218). Por lo que nos preguntamos ¿puede un menor maduro tener y manifestar convicciones morales?

Respondemos afirmativamente cuando el menor maduro que manifieste sus convicciones expresamente y declare públicamente tales convicciones, lo que

significa *contrariu sensu* que el menor que no manifiesta sus convicciones no podrá invocar la objeción de conciencia.

Gómez (1997) considera que en una atención hospitalaria voluntaria (vale decir una situación no urgente), pero que se opone a cierto tratamiento médico por convicciones religiosas, se debe prestar asistencia médica conforme a las creencias del paciente, en caso contrario, se debe rechazar la oposición del menor que atente contra su vida (situación urgente). En principio vemos que la solución no se corresponde con la premisa (situación de hecho)

Gómez (1997) agrega que “no es preciso que la norma sea considerada injusta por el objetor, basta con que provoque un *conflicto real* con los dictados de la propia conciencia” (p. 72), refiriendo que se debe mantener la regla general en favor de la vida del sujeto.

Al respecto, el seguir los dictados de la propia conciencia no implica ir en contra de la propia vida, más bien, se consigue tal objetivo con la aplicación de un tratamiento que no sea el rechazado, con lo que se respeta no solo la vida sino también la integridad, conciencia y salud del objetor.

En teoría, la objeción del menor adulto se desplegaría en la situación de urgencia, en la que a pesar de la urgencia médica el menor maduro se opone a la transfusión sanguínea para solicitar tratamiento médico sin sangre (Véase Caso 01 *infra* 3.3.1.)

Por otra parte, para Romeo (1998) aun en caso de madurez suficiente del menor y tenga las mismas convicciones que sus padres, aunque tiene el derecho de ser informado y oído, debería aplicársele la terapéutica, por motivo que el ejercicio de su libertad religiosa -según cree- “es muy dudoso” pudiendo llevarlo a extremas consecuencias (Díaz, O., 2003, p. 877).

Sin embargo, Hervada (como se citó en Díaz, O. 2003, p. 862) señala que cuando la persona solo está dispuesto a salvarse la vida por cualquier medio moralmente lícito (no inmoral) no hay una voluntad de perder la vida (*voluntad*

occisiva), sino todo lo contrario. Esto debido a que se acepta los límites de la capacidad humana por un medio (o tratamiento) que se considera como una imposibilidad moral.

En ese sentido, aunque no es el caso precisamente ello, el extinto Dr. Carlos Fernández Sessarego (como se citó en Zavala, Sogi, Cárdenas y Delgado, 2012, p. 75) señala que esperar la muerte natural sin hacer nada para impedirlo debido a un accidente imprevisto no buscado, no se puede considerar suicidio, porque en este último la persona voluntariamente decide quitarse la vida; y por tanto, tal decisión no se trata de imposibilidad moral, situación distinta a la objeción de conciencia en la que converge tal imposibilidad no física sino moral.

1.3.3. La libertad religiosa del menor en el sistema interamericano (OEA) y de la ONU.

A nivel supranacional se reconoce al menor como titular de la libertad religiosa, asimismo el derecho de los padres de formar a sus hijos según sus propias convicciones religiosas, es decir principios religiosos familiares (**Artículo 18**, Pacto Internacional de Derechos Civiles).

Sylvie Langlaude (como se citó en Díaz, D., 2014, p. 243) refiere acerca del derecho de los padres de formar en la educación moral y religiosa de sus hijos, en cuya decisión no puede interferir el Estado. En ese sentido está reconocido dicho derecho a favor de los padres, que no restringe los derechos de niñas y niños.

Por ello, la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) concede en su **artículo 14** a niñas, niños y adolescentes la *titularidad* del derecho a la libertad religiosa y reconoce el deber de los padres de guiar el ejercicio de este derecho acorde al desarrollo del menor. Claro está es un cambio que implica el reconocimiento de este derecho, siendo el niño un *sujeto pleno de derechos*.

Pero hay un cambio significativo en ambos instrumentos internacionales, se diferencian en que **la CDN** es la que propiamente establece el derecho a la libertad

religiosa de niñas y niños, y adicionalmente el derecho de los padres de guiar este derecho -solo guiar- sin ser una derecho amplio como se regula en el PDICP.

Con ello el derecho de los padres de formar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas (facultad plena) pasa a únicamente **guiar** el *ejercicio del derecho del menor de edad* (Díaz, D., 2014).

No obstante, la CDN no deja de establecer que para el ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor se requiere de la guía de sus padres o representantes legales, por no estar establecido expresamente que el niño tenga el derecho a decidir de manera autónoma (Díaz, D., 2014).

Esto significa que existe un equilibrio entre la decisión que tomen los padres respecto al niño o niña, el derecho de estos a ser escuchados y oportunamente involucrarse en la toma de decisiones, y la guía que deben dar los padres tocante a los principios religiosos familiares.

1.3.4. La libertad religiosa del menor en el ordenamiento peruano.

En nuestro ordenamiento, se encuentra regulado el derecho a la libertad de opinión y objeción de conciencia así como la libertad de religión del menor de edad (artículos 9 al 11, Código de Niños y Adolescentes).

Lo que va permitir que el niño forme su propio criterio es el derecho a ser escuchado, por lo que su participación debe ser tomada en cuenta, como valor fundamental también de la CDN, siendo uno de sus principios generales, el derecho de *no discriminación*, el derecho a la vida e interés superior del niño (Díaz, D., 2014).

Ballenas (2013) considera como elementos para que se aplique la objeción de conciencia y negativa a la transfusión sanguínea: (i) a partir de los 14 años, y (ii) la negativa de los padres en base a sus creencias religiosas, puesto que de lo contrario no cabe aplicar la objeción de conciencia, aun si el menor actuara con discernimiento.

Asimismo prosigue dicha autora que un requisito para la objeción de conciencia que resulta un caso difícil para el médico, es si en el caso concreto existe la obligación jurídica de brindar y de recibir atención médica (que solamente ocurre ante una situación de emergencia), cuya negativa por el paciente configura la objeción de conciencia; agregando finalmente que la negativa a la transfusión puede ampararse en el derecho de toda persona a la *integridad física* -inciso 1, artículo 2° de la Constitución-, como derecho concurrente (derecho al propio cuerpo) (Ballenas, 2013).

Según el Código de Niños y Adolescentes (en adelante CNA), en virtud de la capacidad de obrar limitada o especial del menor, ejercerá sus derechos fundamentales o derechos de la personalidad según las circunstancias especiales en cada caso, sin prescindir el interés superior del menor, considerándose dentro de dichos derechos el de la libertad religiosa.

Así pues en el caso del menor que ante un determinado tratamiento opina o decide no aplicarse por convicción religiosa está ejerciendo su libertad religiosa de carácter fundamental.

2. El consentimiento informado como derecho del paciente: panorama y perspectivas.

2.1. La doctrina del Consentimiento informado.

La tradicional relación médico-paciente consideraba el principio de beneficencia (medicina paternalista) que luego fue abriendo paso a *la autonomía* del paciente en la ética médica, en tanto centro de su relación con el médico (modelos de relación más horizontales). El paciente en esta relación tiene expectativas de salud y voluntad de atención de calidad, de modo que resulta necesario el compromiso y la actualización del médico en los avances científicos y tecnológicos para la intervención de un paciente.

Por ello, primero veremos los alcances del consentimiento informado y posteriormente la fundamentación jurídica para que el menor maduro emita tal consentimiento concomitante a las posibilidades fácticas para tal ejercicio.

2.1.1. Concepto y requisitos de consentimiento informado.

a. Concepto.

Desde el punto de vista médico, el cirujano Quiroz (2014) se refiere al Consentimiento informado como proceso constante relativo a la información brindada y dialogada con el paciente en el transcurso de su tratamiento y enfermedad. Algo muy importante que agrega Quiroz para el éxito del tratamiento médico y colaboración del paciente es que se requiere que la información al paciente debe ser adecuada, clara y suficiente.

Así que la información proporcionada por el personal médico no debe ser sesgada o parcializada, sino adecuada y proporcional a los fines conjuntos del médico y paciente; en atención al principio de autonomía.

Desde un enfoque jurídico, señaló el extinto Dr. Carlos Fernández Sessarego (como se citó en J.C. García, 2016, p. 6), que el consentimiento informado es un derecho *sui generis* del paciente que ejerce su libertad y protege diversos derechos fundamentales, y en base a dicha aceptación informada del paciente, puede el médico actuar en su cuerpo, reconociéndose que el paciente puede suspender o **rehusar** continuar con el tratamiento.

Sin embargo, menciona Fernández (como se citó en Zavala et al., 2012, p. 72) que un sector minoritario de la doctrina, sostiene con argumentos razonables, que el derecho a la vida ha de prevalecer sobre la libertad que la sustenta y otro sector mayoritario sostiene por el contrario, que la libertad prevalece sobre el derecho a vivir. Ahora bien, cabe precisar que no es tema de análisis del presente trabajo el que deba prevalecer un derecho fundamental sobre otro.

Por otra parte, entiende también J. García (2011) que del consentimiento informado deriva el *derecho al rechazo del tratamiento* sustentado también en la libertad religiosa, no obstante, el paciente tiene derecho a tomar decisiones de una manera libre y no coartada sobre su salud (derecho a la Autonomía del paciente). Si bien existe este derecho –otro derecho de envergadura y objeto de tutela- debe quedar claro que no es planteamiento de los testigos de Jehová el rechazar la atención médica en absoluto o todo tratamiento médico.

Teniendo en cuenta que el paciente debe conocer lo que consiente, existe el principio *nihil volitum quem praecognitum*, es decir, el paciente debe conocer los riesgos y posibles efectos de la actuación médica, así como conocer sobre las alternativas de tratamiento, pero que sin significar una lección por la que el paciente no está preparado (Aguilar-Guevara, 2001, p. 220).

Por ello, el “consentimiento del paciente busca *proteger* la libertad personal”, salvo intervención de emergencia en la que no se requiere consentimiento previo (Varsi, 2001, pp. 112, 113). El consentimiento informado se sustenta en los principios siguientes: “Dignidad, autonomía, integridad y proyecto de vida de las personas”. Inclusive se puede afirmar que se fundamenta en la *libertad personal*, la cual no puede ser sujeto de disposición de terceros, como derecho personalísimo (Comisión de publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, 2014, p. 277).

Asimismo, desde la bioética, se aceptan tres elementos del consentimiento informado: (a) información, (b) competencia (facultad psicológica de comprensión) y (c) voluntad (discernimiento, intención y libertad); respecto al elemento de información, “el paciente debe tener conocimiento de (...) información *relevante*” que comprende los riesgos, los efectos, y los beneficios (Peña, 2017).

Por otro lado, para Beauchamp y Childress (como se citó en Quiroz, 2014), una acción autónoma se configura cuando se hace “intencionadamente, con comprensión y sin influencias (externas)” es decir, de manera libre. En ese sentido, se encuentran los principios: No maleficencia, Beneficencia, Autonomía y Justicia.

b. Requisitos del Consentimiento informado

A nivel legislativo, como requisitos del consentimiento informado se considera que la información debe suministrarse en términos comprensibles, ser completa (*alternativas* posibles a la intervención propuesta), y debe ser oportuna y continuada (art. 15.2 Ley general de salud, modificada por Ley 29414).

Debido a su naturaleza, no se pueden firmar por el paciente (o representante) formularios genéricos o ambiguos, siendo un *requisito adicional* la redacción *específica para el paciente concreto* o conste claramente individualizado su caso, caso contrario es calificado un “incumplimiento sustancial” del deber médico de informar y una instrumentación de un consentimiento inválido (García, J.C., 2016).

Según Galán Cortés (como se citó en Varsi, 2001) a ello se denomina el “consentimiento informado ad hoc”, porque los datos complementarios son especiales para cada caso concreto, debiéndose eliminar la firma irreflexiva del paciente.

Es este consentimiento ad hoc, necesario para la correcta aplicación del tratamiento indicado o posibles alternativas al tratamiento, aceptado por el paciente, previa información y valoración, consciente de los riesgos y alternativas evaluadas, sin incurrir en una firma irreflexiva del paciente.

J.C., García (2016) señala que ello no ocurre en los establecimiento de salud pues en la práctica otorgan formularios frecuentemente utilizados como “una pretendida *declaración de cláusulas de exclusión de responsabilidad* [cursivas añadidas]” (p.17). Tal formulario no refleja la debida información sobre el acto médico.

Ello se verifica en el presente trabajo (Ver Apéndice A) en el que el formato de consentimiento informado para transfusión de sangre derivado del Manual de Hemoterapia del Ministerio de Salud (2008), solamente señala que el paciente declara conocer los riesgos de la transfusión de manera general, pero no se especifica cuáles son los riesgos comunes que se declara conocer por parte del paciente, y que firma en conformidad. Obra en contraste, por ejemplo, el formato del

Consentimiento informado detallado en el país de Japón (Ver Apéndice B), con los riesgos potenciales de la transfusión.

En ese sentido es derecho del paciente conocer todos los riesgos implicados a los que se va a someter en caso de una intervención médica, es decir, tener una información clara y eficiente, de manera que el paciente esté completamente informado (protegido también como un derecho de consumidor) y de acuerdo a ello, elegir, según su conciencia y libertad personal. La norma legal establece como regla el uso del consentimiento informado, además como derecho la negativa a otorgar tal consentimiento.

2.1.2. Titularidad para emitir el consentimiento informado y excepción.

Galán Cortés (como se citó en Aguiar-Guevara, 2001, p. 220) explica que sólo el paciente es titular del bien jurídico en juego, de naturaleza personalísima, razón por la cual la actuación médica únicamente debe ser consentida por él, en atención a su capacidad de *discernimiento*.

Varsi (2001) señala como excepción del consentimiento informado el estado de necesidad por peligro de muerte del paciente ante una intervención médica.

Se señala como límites al consentimiento informado, a la incapacidad (minoría de edad, disminución de la conciencia) (Quiroz, 2014) y dentro de las **excepciones** al consentimiento informado, se encuentran la emergencia y el riesgo para la salud de terceros (García, J.C., 2016).

Tales situaciones de emergencia implican el peligro inminente o grave riesgo de salud, requiriendo tratamiento inmediato (García, J.C., 2016). Tal situación se determina por el facultativo encargado, bajo responsabilidad (Art. 6 del Reglamento de la Ley 29414).

Lo que significa que no se requiere consentimiento informado en situación de emergencia, estando legitimado el médico a intervenir al paciente, es así que no debe alegar o coaccionar algún tipo de consentimiento por parte del paciente o representante para su actuación médica, pues el exigir firmar un documento que

contenga el consentimiento que no se encuentra como una obligación legal significa una coacción.

Para tener presente, Garay (2000) señala que el tratamiento deja de ser legítimo cuando es “expresamente rechazado por el paciente con base en sus convicciones morales” (p. 26), concluyendo válida la declaración de voluntad previa y genérica. Ahora bien, de acuerdo a cada legislación sanitaria, tocante a un paciente menor de edad, la negativa es proveniente del representante legal, salvo excepciones en las que el propio menor pueda ejercerlo.

2.1.3. Análisis del consentimiento informado del paciente menor de edad.

a. Discernimiento o madurez suficiente del menor de edad.

Para empezar, O. Díaz (2003) recomienda que si pretende que el menor emita un consentimiento informado debería estar expresamente en la ley la edad determinada.

Mientras no haya una norma imperativa, no recabar la aquiescencia del menor maduro solo daría lugar a un dilema ético pero, no a una infracción de la ley (Díaz, O., 2003). Lo que implica la necesidad de establecer una edad referencial a fin de permitir al paciente menor de edad emitir su consentimiento informado en atención a su progresiva capacidad de obrar.

Ahora bien, conforme a la legislación sanitaria, O. Díaz (2003) recalca a pesar de la objeción la urgencia faculta al médico a intervenir.

En cambio, en una situación no urgente, O. Díaz (2003) señala que, si no hay mandato de exigir consentimiento del menor maduro, es suficiente el consentimiento de los representantes legales. La objeción del menor o su negativa no impide la actuación médica. Es decir, en situaciones normales, opera el consentimiento de los padres, estando que el menor solo puede otorgarlo cuando cesa su incapacidad civil; tal es la regulación normativa actual en el Perú.

El Reglamento de la Ley 29414 -penúltimo párrafo, art. 24- prescribe: “En caso de menores de edad o de personas cuyas condiciones particulares le impidan ejercer este derecho por sí mismos, se realiza conforme a lo señalado en el artículo 5 del presente Reglamento”, así, los únicos autorizados legalmente para emitir el consentimiento en menores de edad, son los padres, siguiendo las normas civiles de representación y ratificado por el artículo 5 del precitado Reglamento. Sin embargo dicho artículo 5 no regula nada respecto al menor maduro con capacidad de discernimiento.

No obstante, Hervada (1984) va más allá y refiere que la capacidad de juicios morales de un menor *proporcional a la decisión para el caso*, cuya conciencia resulta lesionada por la aplicación del tratamiento, teniendo las mismas convicciones que sus padres, **no debe aplicársele** el tratamiento; y aun en el caso que dicho menor con madurez opone objeción, sin ser compartida por sus representantes, **debe respetarse** la decisión del menor (Garay, 2000, p. 28; Díaz, O, 2003, p. 877). Así, para Galán Cortés, los menores con madurez suficiente “deben ser ellos mismos quienes autoricen la intervención médica” (Díaz, O., 2003, p. 878).

Ahora bien, ciertamente como Agrega O. Díaz (2003), si se quisiera que el menor emitiera el consentimiento, como excepción a su incapacidad de obrar, la ley deberá establecer una edad concreta a partir de la cual tenga capacidad civil para emitir el consentimiento para un tratamiento médico: sea por capacidad de obrar relativa (restringida) o plena.

Sin embargo, acota O. Díaz (2003) que el menor con suficiente madurez (entre quince y diecisiete años) podría emitir por sí mismo el consentimiento informado para la intervención médica, ante la negativa de los padres, concordante con el derecho comparado -Código civil español en su artículo 162-, que prescinde la representación paterna del menor cuando este ejerce actos relativos a derechos de la personalidad, dentro del cual se encuentra el otorgar el consentimiento para tratamiento médico, pero la actuación del representante legal queda relegada o limitada.

Por otro lado, Garay (2000) distingue la situación del menor con uso de razón -y por tanto con capacidad de decisión-, y la situación del menor sin uso de razón. Así, entendiéndose como niño a toda persona hasta los 18 años -en concordancia con la CDN (Artículo 14.1)-, el autor Garay refiere que existe un “derecho a oponerse a tratamiento en ejercicio de su libertad de conciencia, con base en su ‘**capacidad de discernimiento**’ para formular por sí mismo un juicio moral” (p. 28). De este modo, se encuentra un nexo entre la libertad religiosa y la capacidad de discernimiento (aplicada al consentimiento informado).

Según apunta Galán Cortés (como se citó en García, J.C., 2016, p.31), se denomina el *criterio del bien del menor* el que se deba considerar que el menor tiene siempre su reducto de autonomía con el que contar para tomar decisiones.

Así, conforme a la doctrina del consentimiento informado, la Declaración de Ottawa sobre el derecho del niño a la atención médica -apartado 10-, permite al niño cuando tiene la *madurez* y comprensión suficientes emitir obligatoriamente el consentimiento informado.

Sánchez Ferriz (como se citó en Gómez, 1997, p. 82) señala que ciertos derechos requieren una capacidad natural como condición para la capacidad de obrar, sin la mayoría de edad.

Ante ello, la *capacidad natural*, según es entendida por Santos Morón (tal como se citó en Blasco, 2015, p. 37) se refiere a la “capacidad de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable.” Estando a cargo del médico que atiende al menor el determinar dicha capacidad natural para consentir una actuación médica.

Por su parte, la autora Moreno (2011) señala que **debe prevalecer la voluntad del menor maduro** por entrar en juego bienes personalísimos como la integridad física, por ello, los padres en contra del menor, no pueden imponer tratamiento que rechaza, ni impedir el tratamiento que ha autorizado, cuando tiene capacidad natural.

Queda claro que con el respeto a la voluntad del menor no solo se tutela su libertad religiosa, sino también su integridad física como paciente, y con capacidad para decidir sobre su salud. Sin embargo, la autora Moreno (2011) postula que ante la duda sobre el procedimiento a seguir, se recurrirá a un dictamen consultivo del Comité de ética o a la autoridad judicial.

Es de especial importancia lo indicado por Moreno (2011) quien refiere que el menor con capacidad natural puede emitir la negativa a una transfusión que no conlleve riesgo vital o se apliquen alternativas a tal transfusión, debiéndose respetar la voluntad del menor.

De lo analizado, se enfatiza bajo la doctrina del consentimiento informado la capacidad de discernimiento del menor, sin perjuicio de la capacidad progresiva o autonomía progresiva de ejercicio de sus derechos del menor -en específico la libertad religiosa- (véase *supra* 1.3.).

En ese sentido consideramos que cuando el menor de edad posea discernimiento y capacidad natural prestará el consentimiento por sí mismo, en virtud de su autonomía progresiva.

Dicha capacidad de discernimiento le permite al paciente consentir el tratamiento que incluye riesgos y tratamientos. Tengamos presente que la capacidad de discernimiento es independiente a una edad legalmente determinada, esto es, no obstante que la mayoría de edad siempre se usa como referencia para la capacidad plena de obrar, no se generaliza en todos los casos.

Pues, por ejemplo, la capacidad de discernimiento puede suceder en un menor que aún no ha cumplido dieciocho años -la mayoría de edad-, es decir, un menor adulto -adolescente- a partir de los dieciséis años o incluso catorce años conforme al D. Leg. 1384 que modificó el Código Civil -artículo 42-, en virtud del cual cesa también su incapacidad civil.

b. Criterios de discernimiento en el menor de edad.

Rivero (como se citó en Díaz, O., 2003) agrega que el juicio para determinar el discernimiento del menor, debe realizarse en cada caso concreto, atendiendo a sus *antecedentes psicológicos* (de raciocinio y autocontrol), debiéndose comprobar que sus metas deseadas sean *razonablemente* realizables en su ámbito social, constituyendo una mínima racionalidad.

Es así que en el caso del menor testigo de Jehová tiene sus fines y metas con fundamento en sus convicciones religiosas, y para tal finalidad solicita se aplique procedimientos médicos alternativos, es decir, la sustitución de la transfusión.

Desde el punto de vista médico, Drane (como se citó en Zavala et al., 2012, p. 74) propone una escala móvil en un modelo dinámico de tres niveles, como criterio para establecer la comprensión para el consentimiento o negativa a tratamientos médicos: empezando por el nivel 1 desde tratamientos sencillos y eficaces, pasando por nivel 2 -que exige comprensión y elección- hasta el nivel 3 relativo a tratamiento de riesgo alto y poco beneficio que requiere criterio más riguroso como la comprensión crítica de las alternativas de tratamiento -riesgos y beneficios- y llegar a una decisión racional basada en el sistema de valores y creencias personales.

Jonsen, Siegler y Winsdale (como se citó en Zavala et al., 2012, p. 75) señalan que para que el médico pueda decidir si acepta la decisión o toma acciones legales debido al rechazo, se necesita del paciente “una mayor capacidad de decisión para consentir un tratamiento de alto riesgo y poco beneficio”.

Esto implicaría que el menor no podría emitir el consentimiento en virtud que el tratamiento sin sangre significaría alto riesgo y bajo beneficio, constituyendo base a partir del cual el médico siempre propone y mantiene la transfusión, al considerarla, más bien, de bajo riesgo y alto beneficio, en comparación con el tratamiento sin sangre, que solicite el paciente. Sin embargo, a pesar de la mayor capacidad de decisión que se requiere, y siendo que todo tratamiento médico contiene riesgos potenciales, la balanza se inclina por que la transfusión contiene más riesgos para el paciente que el tratamiento sin sangre, al punto de señalarse que la mejor transfusión es la que no se hace. Con ello, examinamos que la transfusión es

un método rutinario -y un procedimiento más, no infalible- como se expuso en los antecedentes del presente trabajo de investigación.

2.1.4. El consentimiento informado y bases para el derecho al consentimiento informado del menor de edad en el ordenamiento jurídico peruano.

El paciente en ejercicio de su integridad física es “libre de decidir sobre poner fin a una intervención o no aceptar un tratamiento propuesto por un facultativo, aunque con ello pueda poner fin a su vida” (García, J., 2011, p. 86). En este punto debemos remarcar que no es el deseo de los testigos de Jehová llegar a poner fin a vida, en vista que procuran tratamiento médico sin sangre y existen medidas y técnicas médicas para evitar la transfusión sanguínea.

Tamayo (como se citó en Sánchez, 2003, p. 99) indica que si bien el médico tiene la obligación de asistir al paciente dicho deber “llega hasta donde *no irrespetar la integridad* [cursivas añadidas] física, moral y psicológica del mismo” y por ello “no puede, so pretexto del principio de beneficencia, violentar la dignidad y libertad y las más caras *convicciones* [cursivas añadidas] del paciente y, por lo tanto, tendrá que respetar la voluntad del paciente en uno u otro sentido”.

Como parte de los derechos del paciente -concomitante a la integridad física-, J. García (2011) refiere que existe el *derecho al rechazo del tratamiento*, que para efectos del presente trabajo entendemos como el derecho a solicitar tratamiento médico sin sangre como alternativa terapéutica, es decir, pedir otro tratamiento distinto a la práctica rutinaria, cuyo derecho se encuadra en el derecho a la autonomía del paciente y a la libertad religiosa. Aunque también algunos optan por enmarcarlo dentro del derecho a la integridad física, por lo que teniendo como sustento varios derechos fundamentales, somos de la opinión que no se debería prohibir o limitar -en todo caso, limitar lo menos posible- ese derecho a solicitar tratamiento médico sin sangre aun en caso de emergencia.

En la Constitución Política -inciso primero del artículo 2- por la integridad física y moral, en suma la integridad personal, se garantiza el derecho de toda persona a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El derecho a la integridad física y moral ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional como un atributo íntimamente ligado a la dignidad, el derecho a la vida y al libre desarrollo y bienestar. En efecto, el reconocimiento y defensa de la vida humana garantiza su dignidad, cuyo respeto importa salvaguardar en sentido amplio la integridad humana (fund. 2. del Exp. N° 2333-2004-HC/TC, de fecha 12-08-2004).

El **derecho a la integridad moral** defiende los *fundamentos del obrar* de una persona por mandato de su propia conciencia, y en virtud de la educación y cultura de su entorno. En efecto, la integridad moral se vincula indeliblemente al libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, cultura, etc.), cuya vulneración en cualquier forma está prohibida en la Constitución -apartado h, inciso 24), artículo 2- (fund. 2.2. del Exp. N° 2333-2004-HC/TC, de fecha 12-08-2004).

La integridad personal de rango constitucional constituye la base para el consentimiento informado para proteger la indemnidad del paciente, en tanto persona humana.

De este modo, partiendo de la premisa que el menor no puede ejercer sus derechos por sí mismo, y en atención a la patria potestad, en el ámbito clínico, corresponde que actúen los padres en calidad de representantes legales, según la Ley general de salud -primer párrafo del art. 4-, quienes velando por la integridad personal del menor (tanto en la salud del menor, como posible lesión a su cuerpo por la intervención a legítimar), emitirán el consentimiento informado para la intervención médica.

A este respecto, los representantes legales toman en cuenta el interés superior del menor, en cuanto a su salud, verificando que la intervención cumpla con los

estándares de salud para el menor y sobre todo, en tanto persona con dimensión religiosa, si resulta acorde con sus principios religiosos.

Según la Ley general de salud -artículo 4- no será exigible el consentimiento en caso de emergencia, esto es, peligro inminente a la vida o salud. Pues bien, si desde el Derecho médico partimos de la situación que en caso de emergencia, no es necesario ni obligatorio el consentimiento, pues al estar en juego la vida y decretada la emergencia es responsabilidad del médico tratante dicha atención y configurada como un derecho del paciente.

Sin embargo, ello no se condice con el tercer párrafo del mismo artículo, en mérito al cual se procure por el médico el consentimiento previo del representante del menor y ante su negativa el médico deberá pedir autorización judicial, basado en el interés superior del niño. ¿Cómo se explica la contradicción en la propia ley que por un lado exige la intervención médica sin necesidad del consentimiento pero por otro lado, exige la autorización judicial sin habilitar una negociación entre las partes relativos a alternativas de tratamiento? En este último caso, es oportuno permitir la aplicación de alternativas a la transfusión, cuando es solicitado por motivos religiosos, máxime si tal postura viene de un menor maduro respaldado por sus padres.

Tocante al problema de la presente investigación, siendo que si por convicciones religiosas los padres del menor entre dieciséis y dieciocho (inciso 1, art. 44, Código Civil), niegan el consentimiento, en una situación de no emergencia, es decir, en la cual sí se requiere consentimiento previo, en principio ante dicha negativa válida al consentimiento por parte del representante legal, no sería debido aplicar la intervención judicial, pues, como hemos recalcado, el padre solicita posibles alternativas de tratamiento -y no se abstiene de la atención médica absoluta-, con posibilidad de traslado a otro establecimiento de salud.

Sin embargo, el problema estriba en la incongruencia de la norma que en principio admite la negativa al consentimiento en una intervención médica cualquiera, pero cuando estamos en emergencia transforma la situación y ya genera

un conflicto con los representantes legales que por conciencia no desean cierto tratamiento: he allí que no permite un diálogo entre personal médico y representantes legales, en suma, la determinación de emergencia, decretada por el médico, resulta por decirlo así en una barrera defensiva que protege de ataques legales por responsabilidad médica, sin haber antes un previo análisis y discusión, entre los representantes legales que no niegan posibles alternativas de tratamiento y el personal sanitario que procura atender la salud del paciente sin llegar a incurrir en una negligencia médica.

La doctrina del consentimiento informado, plantea el derecho a la debida información sobre riesgos potenciales y alternativas de tratamiento, a cuyo fin el representante legal, podría elegir para la atención de su menor, por considerar que la alternativa de tratamiento no afecta su convicción religiosa. Sin embargo, la ley exceptúa el consentimiento informado por situación de emergencia, por considerar que el consentimiento es contraproducente de cara a la urgencia para proteger la vida del paciente.

Relacionado a la facultad de elegir alternativas de tratamiento, el artículo 15 de la Ley General de Salud, modificada por la Ley 29414, prescribe

15.2 Acceso a la información

- (...) f) A recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y *alternativas de tratamiento*; (...)
- g) A ser informada sobre su **derecho** a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa. (...).

Tal precepto legal es concordante con el primer párrafo del artículo 16 de su Reglamento de la Ley 29414; asimismo con el primer párrafo del artículo 17° del mismo Reglamento.

En principio, es derecho del paciente solicitar alternativas de tratamiento, y en esa medida, puede negarse a recibir un determinado tratamiento, y solicitar una alternativa. Pues el consentimiento informado, está configurado en un doble aspecto:

tanto en aceptar un tratamiento, como negarse a cierto tratamiento para aceptar el que considere adecuado, con base en sus convicciones, más allá de simples preferencias personales.

Relacionado al consentimiento informado, el artículo 15 de la Ley General de Salud, modificada por la Ley 29414, prescribe:

15.4 Consentimiento informado

a) A otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones:

a.1) En la *oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento* así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública.

a.2) Cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, supuesto en el cual el consentimiento informado *debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. (...)*”

El derecho a la información está garantizado por la Constitución Política -art. 65-, de modo que se debe garantizar la libertad de decisión en todo proceso de consentimiento informado.

Siempre que el paciente tome la decisión de negarse a recibir o continuar un tratamiento, debe constar por **escrito** en un documento oficial, según el Artículo 24, cuarto párrafo, concordante con el sexto párrafo inciso e. del precitado Reglamento.

Ahora bien, el consentimiento otorgado por el paciente no exime de responsabilidad médica (tercer párrafo del artículo 24 precitado). La responsabilidad médica en la intervención de emergencia subsiste por causal de mala praxis, así como por un caso de transfusión de sangre contaminada, otros riesgos o reacciones adversas (c.f. Woolcott, O., Vivas, T. y Garzón, T., 2017, Capítulo 1 sobre

“Complicaciones o riesgos derivados de la transfusión sanguínea y por contagio del VIH”), en atención al ámbito general de responsabilidad civil (responsabilidad objetiva, según el art. 1970 del Código Civil), sin perjuicio de una infracción administrativa al derecho del consumidor afectado (usuario del servicio de salud), por producto defectuoso o riesgoso, regulada en el Código de protección al consumidor.

Así, tanto si existe firma del consentimiento informado como si no, siempre hay una obligación del médico de atender con sus deberes éticos y legales, en beneficio del paciente, no obstante, la responsabilidad profesional será mayor si no existe consentimiento informado firmado, por no efectuar el proceso de consentimiento informado y agravada si existiese mala praxis, salvo situación de emergencia en la que está no obligado el médico a actuar bajo consentimiento informado, sin embargo, no quedará libre de responsabilidad por mala praxis.

El Reglamento de la Ley 29414 -penúltimo párrafo, art. 24- prescribe: “En caso de menores de edad o de personas cuyas condiciones particulares le impidan ejercer este derecho por sí mismos, se realiza conforme a lo señalado en el artículo 5 del presente Reglamento”, así, los únicos autorizados legalmente para emitir el consentimiento en menores de edad, son los padres, siguiendo las normas civiles de representación y ratificado por el artículo 5 del precitado Reglamento. Sin embargo dicho artículo 5 no regula nada respecto al menor maduro con capacidad de discernimiento.

No obstante, siguiendo con la Ley General de Salud (art. 4), tercer párrafo, *supra* citado, se verifica el carácter imperativo del deber de comunicar a la autoridad judicial para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar, ante todo supuesto de intervención a paciente menor de edad -absolutamente incapaces, esto es todo menor de dieciséis años de edad y relativamente incapaces (numerales 1 al 3, Art. 44 del Código Civil), es decir, según el numeral uno, todo menor entre dieciséis y dieciocho años de edad-, cuyo representante ejerza negativa a recibir cierto tratamiento médico, a pesar que se base en convicciones religiosas, puesto que se vincula automáticamente dicha negativa con un peligro -adicional- para la salud del paciente.

Dicha norma no hace distinción si ello sucede en situación de emergencia o no, contemplándose que si el paciente menor de edad es hospitalizado para una cierta intervención quirúrgica, la negativa por parte del representante legal a cierto procedimiento conllevaría a la intervención de la autoridad judicial, aun en caso no configure una emergencia en salvaguarda de la salud del paciente.

En el **Código Civil**, en su artículo 42, modificado por D. Leg. N° 1384, señala que

“Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena
(...) Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.”

El consentimiento informado como manifestación de voluntad, tiene que ver con la teoría del acto o negocio jurídico del Derecho Civil, así como la representación legal, para la validez y eficacia del acto jurídico.

En ese sentido, entra a tallar la capacidad civil de ejercicio de la persona, que -en la presente investigación- cuando se trata de un paciente menor adulto o adolescente estimamos que podría ser eficaz el consentimiento de un menor a partir de dieciséis años (que tiene *capacidad de ejercicio restringida* según el Código Civil -art. 44 inc. 1- modificado por D. Leg. 1384), por motivo que el consentimiento o manifestación de voluntad del menor de dieciséis años, sin la intervención del representante legal, no acarrea nulidad, sino anulabilidad, siendo eficaz mientras no se declare su invalidez, conforme a la teoría del acto o negocio jurídico -art. 221 inc. 1, C. Civil, modificado por D. Leg. 1384.

Situación distinta en el caso del menor por debajo de dieciséis años (considerado absolutamente incapaz de declarar su voluntad por sí mismo según el artículo 43 inciso 1 del Código civil), siendo nulo el consentimiento de pleno derecho sin surtir efectos por no participar el representante legal.

Por otro lado, éticamente, la autonomía es un principio que obliga moralmente al médico a tomar en cuenta la decisión del paciente previo consentimiento informado “en consonancia con sus valores personales y culturales” conforme señala el Colegio Médico del Perú en su Código de Ética y Deontología, acápite b, numeral 3, título I Declaración de Principios de la Sección Primera.

No obstante, como derecho del paciente a “aceptar o *rechazar* un procedimiento o tratamiento, (...) sin obligación de expresión de causa”, según el artículo 63 inciso e) del precitado Código, estableciéndose la forma por escrito del Consentimiento informado en el artículo 55° del precitado Código de Ética, en que se le comunique en qué consiste el tratamiento así como las alternativas posibles.

Finalmente, en el **Acuerdo N° 006-2018** en Sesión de Sala Plena N° 014-2018, sobre el Registro del Consentimiento Informado, en el punto 5 de sus fundamentos, los vocales del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud – Susalud Tribunal administrativo de Susalud relacionaron al consentimiento informado con los *principios de integridad y de libre disposición*, teniendo en cuenta la situación de desigualdad.

Asimismo, en el punto 12 indican no se viene cumpliendo los criterios para el registro de la información tanto de la intervención como de los riesgos potenciales en el Formato del Consentimiento Informado, siendo aplicado inadecuadamente por los profesionales de la salud -conforme hemos visto se denominada consentimiento *ad hoc*-, cuya vulneración a la debida información genera la ineficacia jurídica de dicho consentimiento.

Sin embargo, menciona en el punto 13 que el fondo del asunto es que el paciente resulte realmente *informado para que pueda ejercer su libertad de decisión* en la relación médico-paciente. Por tanto, el **interés común es recuperar la salud** -por lo que otro interés desnaturaliza esta finalidad-, de modo que no puede constituirse el consentimiento informado en un ejercicio **defensivo o sesgado** de la medicina.

En ese sentido, el criterio de interpretación de observancia obligatoria, acordaron establecer (1) que el formato del consentimiento tiene que contener *en detalle* los riesgos y beneficios, en términos sencillos; y con anticipación suficiente. (2) el Consentimiento informado -pilar fundamental- está basado en la confianza en una relación médico-paciente e interés común de recuperación de la salud, como objetivo práctico en la medicina (Superintendencia Nacional de Salud, 20 de diciembre de 2018).

En suma, el derecho de información cabal y en lenguaje comprensible para un verdadero consentimiento, juntamente con el principio de autodeterminación de la persona, es el paciente informado quien decida si le conviene o no, la circunstancia presentada (Aguiar-Guevara, 2001, p. 221). Teniendo en cuenta que también como parte de su dignidad, merece el respeto a sus convicciones religiosas, que integran su conciencia (libertad de conciencia y religión).

2.2. Defensiva médica ante negativa a transfusión sanguínea en paciente menor de edad.

Si bien la literatura médica recomienda a todo médico antes de prescribir transfusión sanguínea y sus derivados considerar seriamente y sopesar concienzudamente la serie de riesgos de dicho procedimiento terapéutico -considerada una práctica rutinaria y casi nunca inocua- frente a los beneficios esperados, se indica que solo se debe decidir por ella cuando sea “realmente necesaria para mantener la vida del paciente o mejorarla en su calidad” (López, 1992, p. 279).

Ello por las numerosas reacciones adversas entendidas como *efectos indeseables* que pueden presentarse en el paciente durante o después de la administración de algún hemoderivado, según el Manual de Hemoterapia (Ministerio de Salud, 2008).

Sin embargo, la enciclopedia de Hematología, refiere el médico debe conocer los medios para eliminar tales riesgos, aunque reconoce que “desafortunadamente no todas las reacciones son prevenibles” (López, 1992, p. 279).

Tena y Sánchez (2005) indican que existe un *problema* cotidiano debido, en primer lugar, al “uso no racional” de la terapia transfusional (transfusión de sangre) y ligado a ello “el déficit permanente” en los bancos de sangre; por otra parte, están las reacciones secundarias adversas, como las enfermedades infecciosas, así como la negativa del paciente por convicciones religiosas. Por ello, formulan como objetivo promover la reflexión del médico.

Si bien los fines de la medicina son mantener la vida biológica en cualquier circunstancia, sin embargo, en respeto a la voluntad del paciente, el médico *no* dispondrá un tratamiento que lesione los valores del paciente, como obligación ética, jurídica y deontológica (Rueda, 2015, p.87).

Consideramos que sería plausible el no uso de la transfusión sanguínea, lo que elimina completamente las reacciones adversas (riesgos) por transfusión. Aunado a la decisión de la persona que por convicción religiosa rechaza la transfusión sanguínea y considera se le realice un tratamiento médico sin sangre.

Al margen de las reacciones adversas, ¿cómo actúa el personal médico y qué deber tiene ante la negativa de los padres que deciden optar por alternativas a la transfusión sanguínea?

En caso de *no emergencia*, se persuade a los padres a dar el consentimiento informado para la intervención del menor. En caso no sea procedente, se da el alta a fin de que sea *referido* a otro centro médico, no siendo necesario de iniciar acciones legales; a este respecto, sin embargo, se debería emplear todos los medios eficaces al alcance a fin de *aplicar tratamiento* sin productos sanguíneos en tutela de la libertad religiosa de los padres así como en beneficio del menor, salvaguardando la paz y bienestar de ambos.

De igual manera, en caso de *emergencia*, además de lo mencionado (referencia a otro centro hospitalario o aceptación de tratamiento médico sin sangre), el médico opta por comunicar a la fiscalía a fin de obtener la *autorización judicial* correspondiente; respecto a esta comunicación, la fiscalía también intenta persuadir a los padres a otorgar el consentimiento (a pesar de contradictoriamente, en situación de emergencia *no se requiere legalmente* consentimiento informado), cuya negativa es comunicada a su vez al juez de familia para la investigación tutelar y en algunos casos al fiscal penal para su pronunciamiento (véase Casos 01, 02 y 03).

Es muy frecuente que el rechazo de la transfusión sanguínea se califique como “situaciones de peligro vital” y por tanto los médicos solicitan la intervención del juez para dar conformidad a la transfusiones necesarias médicamente (Díaz, O., 2003, p. 866). Lo curioso es que sostienen que la transfusión “aparentemente no admite alternativas de tratamiento eficaz” a pesar que realmente existen casos de intervenciones médicas sin haberse empleado la transfusión sanguínea.

Desde nuestro punto de vista, la orden judicial de realizar transfusiones sanguíneas debe ser una última *ratio* o recurso. No debe ser el caso que ante una negativa del paciente o representante legal se acuda rápidamente al juez, cuando hemos visto que en caso urgente la ley contempla la actuación médica por emergencia, cuya omisión, por tanto, no es responsabilidad del paciente o representante legal, tampoco del juez, sino médica. Por otro lado, la intervención judicial, como último recurso, operaría al haberse agotado todos los recursos internos en la relación médico, tanto de carácter procedimental (firma del consentimiento informado) como de tratamiento médico (alternativas).

Cabe acotar que el margen de los diversos pronunciamientos fiscales y judiciales, obtenida la autorización, y defendida la negativa por los padres, no se llega a aplicar la transfusión de sangre, optándose más bien por una intervención quirúrgica sin sangre (véase Casos 02 y 03 *infra*), la cual –en el mejor de los casos– pudo haberse dado desde un comienzo, sin transcurrir por investigaciones

infructuosas contra los padres, los cuales solo ejercen un derecho fundamental que merece ser tutelado fáctica y jurídicamente.

Desde la bioética, conforme señalan Zavala et al. (2012), el médico tiene dos opciones frente a la voluntad del paciente que rechaza el tratamiento propuesto: *continuar el tratamiento acorde a dicha voluntad* sin el tratamiento refutado, o en último lugar, dar el alta localizando al médico que acepte la voluntad del paciente.

Creemos que ello puede ser aplicado para el consentimiento emitido por el menor con capacidad de discernimiento, sin ningún inconveniente *prima facie*. Cabe tener presente que aun en casos de menores de edad, se debe redactar específicamente el consentimiento informado para el caso concreto del paciente que consiente como requisito del consentimiento informado, no debiéndose firmar formularios genéricos o ambiguos (García, J.C., 2016).

Continúan Zavala et al. (2012) que antes que el médico dé el alta al paciente debe realizar un autoexamen cuidadoso, para verificar que su decisión no se basa en un contraataque al paciente que le genera frustración sino “en la ausencia de una opción razonable” (p. 76).

De su estudio sobre autonomía del paciente, se evidencia como resultado: “La alta frecuencia de respuestas tales como: que firme documento de exoneración de responsabilidad, solicito autorización legal o la intervención del fiscal, sugieren (...) una actitud defensiva” (Zavala et al., 2012, p. 77). Con lo que evidencia un desconocimiento frecuente en relación a los testigos de Jehová y menores de edad.

Ahora bien, ¿qué debe hacer legalmente un médico ante un menor con capacidad de discernimiento o su representante que rehúsa libre y voluntariamente recibir una transfusión de sangre debido a sus convicciones religiosas que forman parte de su identidad personal y en ejercicio de su libertad de religión? En otras palabras ¿Qué tan legítimo es para el menor maduro negarse a la transfusión y solicitar tratamiento médico sin sangre?

En situación de urgencia, la atención es y debe ser inmediata y es un derecho como parte del derecho a la dignidad del paciente (Varsi, 2001), conforme a la Ley General de Salud (art. 3). Sin embargo, Varsi (2001) señala que si el consentimiento fuera negado por las personas que tienen la responsabilidad de él, “el médico no está facultado para actuar”. Lo que hará es dejar constancia escrita, “en presencia de dos testigos, la responsabilidad de quienes negaron la autorización, comunicando de inmediato el hecho a la autoridad competente. Normas adicionales que regulan este derecho en el CEDCMP son el art. 40, inc. d y el art. 43” (Varsi, 2001, p. 115).

No obstante, los padres no manifiestan una conducta de falta de atención médica puesto que trasladan a su hijo al centro hospitalario, es decir, no niegan la atención, con lo que la responsabilidad -ahora médica- se traslada al personal sanitario, máxime en una situación de emergencia. Debe quedar claro que rechazar la transfusión no debe entender como negar la autorización a una intervención en el sentido pleno, sino que el tratamiento sea sin transfusión sanguínea. Sin perjuicio de ello, no nos encontramos conforme con lo expresado por el jurista Varsi en este extremo por cuanto invoca normas éticas para una responsabilidad legal médica, no debiéndose olvidar que en situación de emergencia la responsabilidad primordial es la médica para la atención del paciente.

Ahora, si bien lo expresado por Varsi puede entenderse aplicable a una situación de urgencia, pero se evidencia aquí una actitud defensiva en pedir la intervención del fiscal, por parte del personal médico, olvidándose que en caso de emergencia se exceptúa del consentimiento informado, si bien el juzgado competente autorizará lo solicitado por el médico, por lo que los padres, más allá de aquella autorización judicial, no podrían ser, adicionalmente, objeto de investigación penal por ejercer un derecho fundamental. La pregunta es: ¿qué responsabilidad penal tienen los padres cuando la urgencia legalmente corresponde ser atendida por los médicos?

Por ello, si la ley contempla que en una *situación urgente* se habilite a imponer la transfusión sin necesidad de obtener autorización judicial ¿Por qué la obtención del consentimiento informado condiciona la actividad del médico?

Creemos que el propio médico en la práctica considera a la transfusión sanguínea como tratamiento riesgoso -en verdad lo es- requiriendo por ello el consentimiento informado, siendo por tanto que el médico no pretende asumir una responsabilidad legal.

Una reflexión es: ante una urgencia ¿se prefiere lo riesgoso y la conciencia del médico o se prefiere la conciencia del paciente que tiene su decisión personal? En lugar de la transfusión o acudir a los tribunales ¿no se debería permitir -y promover- la negociación entre partes, si bien este rechaza la transfusión como único tratamiento negado, pero subsiste la posibilidad de emplear otros tratamientos?

En el caso de una situación no urgente ¿qué aporta la intervención judicial bajo el argumento del interés del menor y orden público, cuando ello no se vulnera por tratarse de una situación no urgente, por la cual es posible trasladar al paciente a otro establecimiento de salud y ser atendido allí o entablar un acuerdo entre ambas partes?

Por ello, a falta de acuerdo, acota O. Díaz (2003) “la intervención judicial es una *solución extrema*. Agrega que el debate entra cuando hay procedimientos alternativos o no, cuando si se trata de una situación de emergencia o no; en ese sentido, refiere que claramente cuando hay alternativas efectivas se suministran al paciente cuyos padres objetan las hemotransfusiones, pero cuando no los hay son *objeto de denuncia* por un uso incorrecto o abusivo de la patria potestad.

Álvarez Prieto (como se citó en Díaz, O., 2003, p. 868) considera que se debe ofrecer los tratamientos alternativos como primera medida cuando se rechaza la transfusión sanguínea, siempre que no haya grave riesgo para la vida del paciente.

Como ha quedado establecido, aunque el consentimiento informado en situación de emergencia no es requerido, la responsabilidad médica no se soslaya como hemos esgrimido anteriormente, por transfusión contaminada o mala praxis.

Pues la responsabilidad médica acompaña desde cuando el personal sanitario recibe y atiende al paciente. Por tal motivo, en todo caso se debe evitar el hecho que estando el paciente menor de edad en una situación de emergencia se pretenda o coaccione a los padres emitir un consentimiento informado para evitar una responsabilidad médica, bajo la amenaza de acudir al órgano jurisdiccional.

En realidad, continúa siendo innecesaria dicha amenaza legal cuando la solución al problema, al margen de las batallas legales, es la atención de calidad al paciente (Véase Caso 01 *infra* 3.3.1.).

Por otro lado, tratándose de *situaciones no urgentes*, y el titular de la patria potestad negare el consentimiento, según refiere Díaz, O. (2003) deberá ser otorgada por el Juez en reemplazo de los padres y en beneficio del interés del menor. Empero tal postura no tiene en cuenta, la opinión u objeción que puede hacer el propio menor maduro para negarse a la transfusión sanguínea indicada para su propio cuerpo, por convicción religiosa. Recordemos que el menor tiene el derecho a la integridad física así como el derecho a su libertad religiosa.

Por ello, para atender a pacientes testigos de Jehová, Tena y Sánchez (2005) recomiendan lo siguiente, en primer lugar, como principio genérico el consentimiento informado. Luego, si desde el punto de vista médico se considera indispensable la transfusión, entonces **permitir** la participación del Comité de Enlace de los testigos de Jehová, conformado por médicos para valorar otras alternativas. Además, para salvaguardar la atención al paciente cuando no se tenga la capacidad para atenderlos, se deberá referir formalmente al paciente a una Unidad con dicha capacidad. Finalmente, queda claro que el médico debe preservar la vida ante otros bienes jurídicos.

Cabe señalar que el rechazo a la sangre de miembros testigos de Jehová ha estimulado la investigación de recursos médicos para hacer posible tratamientos médicos sin sangre, así como la formación en métodos de ahorro de sangre (Leal-Noval et al., 2013). Además, se está acrecentando la demanda social de la denominada cirugía sin sangre por múltiples motivos, no sólo religiosos, debiéndose

implementar para todos los pacientes (véase nota 70 en Moreno, 2011; véase también Reyes et al., 2007).

Sánchez (2003) recalca que el personal sanitario debe ser tolerante con este grupo religioso de testigos de Jehová, que, conscientes del esfuerzo médico, están dispuestos a cooperar y solo busca alternativas médicas en aras de mejorar su salud, en armonía con los derechos humanos.

El jurista Enrique Varsi (2001), señala que existe el deber moral del médico de abstenerse de asegurar un resultado. El médico tiene la *prohibición* ética y jurídica según el Art. 291 del Código Penal, sobre ejercicio abusivo de la medicina, de garantizar el uso de “técnicas o tratamientos infalibles” o garantizar la curación del enfermo.

De lo que se infiere que esta prohibición al médico de asegurar un resultado opera tanto para aplicación de transfusión sanguínea cuanto para aplicación de tratamiento médico sin sangre (muy a pesar de ello, cuando se objeta transfusión de sangre y los padres piden tratamiento sin sangre, los médicos considerando que habrá un resultado perjudicial para el paciente menor de edad solicitan la intervención judicial, comportamiento que es objeto de la presente investigación).

Esto significa que se cuestiona la postura de los padres de pedir un tratamiento sin sangre por convicción religiosa, por considerar el personal médico que ello no va a prosperar, ni dará resultado favorable, pero la pregunta es ¿por qué no cuestionar a la transfusión de sangre, como procedimiento rutinario teniendo en cuenta que es posible evitar su uso conforma indica la ciencia (véase 2.3.)? Es decir ¿Por qué no agotar todos los esfuerzos médicos -sin recurrir instancias judiciales o, peor aún, denunciar a los padres-, máxime si su uso es objetado por los padres por convicción religiosa?

En la presente investigación, se analiza que la acción autónoma de objetar un tratamiento por convicción religiosa puede aplicarse en el menor con capacidad natural de discernimiento, capaz de comprender la información y libre de influencias externas, pero con base en sus *convicciones religiosas* y personales, entendido como

su libertad para poder decidir y obrar, y esto es aplicable sea que el menor de edad sea testigo de Jehová o no. Solamente merece atención la madurez intelectual y emocional del menor de edad por la cual está en la posibilidad de emitir su consentimiento informado, teniendo en cuenta que no se le sustrae de la atención médica.

Con lo que cabe indicar que el rechazo a la transfusión sanguínea no se sustentaría únicamente en convicciones religiosas sino también morales, pertenezca o no a determinada religión. Por tal motivo, el menor que puede ejercer dichas convicciones merece la debida atención tanto en el aspecto médico como atención al ejercicio de su libertad personal. Por tanto, no debería existir una defensiva médica cuando el menor con discernimiento solicita un tratamiento alternativo a la transfusión sanguínea, cuando se encuentra plenamente convencido, requiriéndose entonces respetar tal postura ético-religiosa.

2.3. Alternativas de tratamiento: A propósito de la negativa a la transfusión de sangre y avances médicos actuales sobre tratamiento médico sin sangre.

Referente a la objeción a la transfusión sanguínea, Rueda (2015) resume en cuatro motivos para la negativa a recibir transfusión como alternativa terapéutica:

- Ontológicos: preocupación por complicaciones y riesgos derivados de la transfusión sanguínea.
- Religiosos: es el caso de los testigos de Jehová, convencidos que la vida es una dádiva de Dios, con carácter de sagrada y representada por la sangre, por tanto con base en el mandato expuesto en el libro de Hechos cap. 15 versículos 28 y 29, evitan la transfusión sanguínea (sangre completa o cuatro componentes principales). En consecuencia, tienen profundas convicciones religiosas inviolables, arraigadas por tiempo, por la cual guían su vida, metas y decisiones.

- Económicos: por los altos costos de tratamientos, por efectos secundarios de la transfusión o indemnización por transfusión de sangre contaminada.
- Tecnocientíficos: debido a avances científicos y tecnológicos agrupados en tres principios: tolerancia a la anemia, fomento de producción de eritrocitos y minimizar pérdida de sangre; que dan lugar a la aplicación de alternativas a la transfusión sanguínea o cirugía sin sangre.

Debiéndose dejar en claro que en el caso de testigos de Jehová no rechazan todo tratamiento médico sino solo la transfusión sanguínea, habiendo otros procedimientos médicos alternativos.

Ahora bien, ¿con que fin se emplea la transfusión? La respuesta que da el médico Dr. Elmer Huerta (2016) es que la transfusión se hace con la finalidad de restaurar el volumen de sangre perdido y la cantidad de glóbulos rojos (células que llevan hemoglobina).

No obstante, queda evidenciado según cierto estudio respecto a 1.026 operaciones cardiovasculares que no existe mayor riesgo de operación hecha sin transfusión sanguínea comparado con las operaciones convencionales (uso de transfusión). Dentro del total de operaciones 22% fueron practicadas a menores, en el año 1981 por el médico Cooley llegando a la conclusión precitada (Dixon y Smalley, 1981).

Si bien es cierto esto se refiere a otra realidad social de otro país, demuestra que ética y materialmente es posible que muchos médicos estén dispuestos a actuar sin atentar contra su propia conciencia ni la del paciente, sin temor a consecuencias legales, y con éxito.

Es decir, no debería existir preocupación en cuanto a las acciones legales que enfrentaría por parte de los padres, pues estos pretender una atención de calidad pero respetando la conciencia tanto personal como la del médico al cual moralmente no se le podría obligar a ir contra su conciencia (objeción sanitaria). En cualquier caso, la

responsabilidad legal está como una sombra detrás, pero tal responsabilidad puede no aplicarse si hay un debido consenso entre padres y personal médico.

En nuestro país, Solórzano (2004) considera que si bien la transfusión sanguínea ha alcanzado cierto nivel de seguridad, su uso diario aún se basa en conceptos rutinarios y costumbres más que en verdaderos análisis del caso concreto y voluntad y convicciones del paciente. Dicho autor sustenta que hay una problemática en el ámbito sanitario peruano, en el sentido que se practican transfusiones innecesarias, cuyo uso se basa en costumbres, sin merecer mayor análisis respecto al caso.

En ese sentido, Llau, Duca, Ferrandis y Rosas (2016) señalan que el impacto de la incidencia del riesgo asociado con la transfusión sanguínea se incrementó considerablemente por haberse descubierto que el VIH se transmite por dicha transfusión, mientras que, de otro lado, los beneficios no siempre superan los riesgos de las transfusiones sanguíneas, mucho menos en las transfusiones innecesarias o evitables.

De ahí que siempre es importante el análisis riesgo/beneficio desde el enfoque médico en estos casos, más aún si de por medio se encuentra la voluntad del paciente en optar por procedimientos alternativos en rechazo a la transfusión de sangre y en atención a sus derechos fundamentales.

Desde el punto de vista médico, a aquellos procedimientos médicos o *estrategias que eviten la transfusión de sangre alogénica* (sangre de otro paciente), se denominan Alternativas a la Transfusión, como medida encaminada a disminuir la transfusión sanguínea para preservar “en todo momento la seguridad del paciente” (Leal-Noval et al., 2013, p. 211).

Por ello, antes de la cirugía y para evitar las transfusiones innecesarias, aparece el concepto médico de *patient blood management* (PBM), que estriba en (a) preparación óptima al paciente, (b) minimización del sangrado durante la cirugía y (c) aprovechamiento de la reserva fisiológica de cada paciente “enfaticándose en las medidas preventivas que pueden *evitar* [cursivas añadidas] la necesidad de

transfundir” denominados “*tres pilares* de la medicina transfusional aplicada al paciente” (Llau et al., 2016, p. 143), que comprende un trabajo multidisciplinario de cirujanos, anestesiólogos, entre otros.

Los cuales se describen brevemente:

1. Optimización de la hemopoyesis: Preparación del paciente, esencial en la disminución del empleo de hemoderivados, aunque potenciar la eritropoyesis o formación de los hematíes (glóbulos rojos) es una labor que se puede realizar en cualquiera de los tres períodos. En el período preoperatorio, se menciona que “la administración de suplementos de hierro para la correcta eritropoyesis podría disminuir la incidencia de anemia preoperatoria, corrigiéndola adecuadamente”; y aclara que “la máxima eficacia de la eritropoyetina se consigue en pacientes con niveles de hemoglobina de entre 10 y 13 g/dl” (Llau et al., 2016, p. 143).
2. Minimización de las pérdidas sanguíneas. En el período intraoperatorio, los médicos españoles Llau et al. (2016) mencionan sobre el uso de medidas quirúrgicas adecuadas y de la mejor técnica quirúrgica en cada caso; *fármacos* que promueven la hemostasia [entendida como la “detención de una hemorragia de modo espontáneo o por medios físicos, como la compresión manual o químicos, como los fármacos” (Diccionario de la lengua española de la Real Academia de España, 2014)]; técnicas anestésicas para minimizar el sangrado. (p. 143).
3. Incremento y optimización de la tolerancia del paciente a la anemia. Los médicos Llau et al. (2016) refieren que “[e]l paciente anémico no siempre debe recibir una transfusión sanguínea, y una de las cuestiones más interesantes en este punto es el empleo y aprovechamiento de la denominada ‘reserva fisiológica’” (p. 144).

Llau et al. (2016) señalan que es imposible llegar al “riesgo cero”, requiriéndose analizar el riesgo y beneficio en la indicación de cada uno de los hemoderivados (transfusión).

En el mismo sentido, la anestesióloga española Basora (2013) refiere que se trata de un cambio de perspectiva en la presente década para la aplicación de ahorro de sangre desde la perspectiva del paciente, amparado por la OMS en mayo de 2010, que afirma que el «patient blood management» es un concepto que implica tomar las medidas para evitar una transfusión, en momento previo a la cirugía.

Aun en los casos de anemia, el médico Breymann (2012) señala recomendaciones para un tratamiento médico en dichos casos, sin transfusiones de sangre (a) deben ser tratadas rápidamente para evitar la necesidad de posteriores transfusiones de sangre (b) deben reducirse al mínimo las pérdidas de sangre (c) no puede ser el único criterio para una transfusión de sangre el nivel de hemoglobina por sí solo, incluso en pacientes embarazadas, señalando que el nivel crítico de hemoglobina, es de aproximadamente 6,0 g/ dL. Concluye con las siguientes recomendaciones “(b) las transfusiones de sangre representan solo *una* de las *muchas opciones* [cursivas agregadas] disponibles (...)” (Breymann, 2012, p. 327).

Así pues, en nuestro medio, existe el “Compendio para el uso clínico de sangre y componentes” del Ministerio de Salud, del año 2005, en cuya parte pertinente trata de las Alternativas médicas a la transfusión sanguínea (ver Apéndice C).

Por tanto, conforme concluye Sánchez (2003), debido a los avances médicos - conforme se ha expuesto grosso modo- “hoy día no podemos decir que la única alternativa con que se cuenta son las transfusiones” (p. 104): por ejemplo, puede lograrse el reemplazo del volumen de la sangre sin usar sangre ni plasma sanguíneo (Watch Tower Bible, 1990, p. 14).

Como vemos de la aplicación de este concepto nuevo en la medicina, resulta que es posible y aplicable los procedimientos y técnicas referidas, según se verifica de la literatura médica. Si bien el presente trabajo no es una investigación médica, no

obstante, con sustento médico, podemos señalar que es posible la aplicación de tratamiento médico sin sangre en menor de edad, lo que implica por parte del personal sanitario en su conjunto el conocer este nuevo concepto.

Aunque en la realidad no todos los establecimientos de salud cuenten con dichas técnicas y solo haya en pocos hospitales, es responsabilidad del Estado implementarlos y garantizar el ejercicio del derecho a la salud, máxime si en realidad el paciente exige la atención a la salud pero sin procedimientos que impliquen transfusión de sangre o de sus componentes principales.

Enfatizamos que la práctica médica de aplicación transfusión de sangre no puede basarse en una costumbre, y más bien debe ser analizado razonablemente al tomar la decisión, sobre todo por la voluntad del paciente con discernimiento y su libertad religiosa, quien optará por un tratamiento médico sin sangre.

Ello tiene sustento en la doctrina del consentimiento informado, y está relacionado con el principio de autonomía; por tal motivo en lo que respecta a este trabajo, consideramos que dicha objeción de conciencia a la transfusión resulta de su convicción religiosa de testigo de Jehová.

- Beneficios de tratamientos médicos sin sangre

Analizando objetivamente los beneficios de la cirugía sin sangre, y con aplicación de *todas las estrategias disponibles en la actualidad* en los pacientes que rehúsen la transfusión sanguínea, según la Stanford Children's Health (s/f) y su Programa de cirugía sin sangre, evitar las transfusiones: reduce el riesgo del paciente a patógenos y elimina el riesgo de una respuesta inmunológica potencialmente peligrosa; ello comprende el riesgo de usar un tipo de sangre equivocada y otros posibles efectos de la transfusión sanguínea.

Por el contrario, los pacientes pediátricos en los que no se usa transfusión sanguínea durante la cirugía, permanecen menos tiempo en UCI, y en el hospital, *recuperándose* más rápidamente de la cirugía (Stanford Children's Health, s/f).

La Enciclopedia Iberoamericana de Hematología (como se citó en Sánchez, 2003) menciona que debe ser aceptado por la comunidad médica que el testigo de Jehová no desea suicidarse, pero, deber ser tratado con respeto de sus creencias. Si se tomara la decisión de no otorgar tratamiento, “deberán adoptarse las pautas *terapéuticas alternativas* [cursiva añadida] más adecuadas a la situación clínica del paciente, muchas de las cuales son perfectamente compatibles con la supervivencia.”

El paciente testigo de Jehová puede aceptar las técnicas de alternativas de tratamiento como decisión individual de acuerdo a su conciencia, consensuado en cada caso, pero no aceptan transfusión sanguínea en transfusiones homólogas (de otra persona) ni autólogas (su propia sangre).

3. Derecho de objeción de conciencia por convicciones religiosas para solicitar tratamiento médico sin sangre en menor de edad e investigación penal contra los padres.

3.1. En el Derecho comparado: legislación, doctrina y jurisprudencia.

3.1.1. En el derecho español.

La Constitución Española -art. 16.1- reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto. Sin embargo, la objeción de conciencia no se encuentra reconocida expresamente en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre libertad religiosa.

Se reconoce a la objeción de conciencia como parte de la libertad ideológica y religiosa en la STC 53/1985. Sin embargo, con las sentencias 160 y 161/1987, de 27 de octubre, existe una variación aparente al no reconocer la objeción de conciencia como tal, sino como *derecho constitucional autónomo* -de naturaleza excepcional-, solo respecto a deberes legales concretos (servicio militar y prestación social sustitutoria).

La violación del referido artículo 16.1, se configura con los actos que perturben la adopción o mantenimiento de una ideología, existiendo una relación de causalidad suficiente (STC 120/1990).

Gómez (1997) señala como aspectos esenciales en la referida sentencia STC 160/1987: (a) existencia de un deber constitucional expreso; (b) regulación concreta de la objeción como causa de *exención* de dicho deber.

Gómez (1997) concluye como *status* jurídico de la objeción de conciencia:

(a) Parte del contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa, pero que no colisione con un deber constitucional general.

(b) Exención de obligaciones constitucionales o legales, por lo que operará la ponderación entre la objeción y el bien jurídico que sustenta el deber constitucional o legal “para adoptar una solución acorde con los principios constitucionales” (p. 70).

Gómez (1997) apunta que en el ordenamiento constitucional español no existe una obligación constitucional a los padres de dar asistencia de todo orden a sus hijos en sacrificio o renuncia de sus derechos fundamentales para cumplir con tal deber.

Por otro lado, respecto al consentimiento informado, la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986 -art. 10.6- lo prescribe como derecho subjetivo de modo previo a la práctica médica, para todo el territorio español; pero establece la propia ley su excepción en situaciones de urgencia (Art. 10°.6.c). Por lo que O. Díaz (2003) refiere que “(...), no obstante la objeción de conciencia del paciente, el tratamiento podría practicarse, sin necesidad de la previa autorización judicial” (p. 860).

Ahora bien, se tiene la **Ley 41/2002**, Básica reguladora de la autonomía del paciente (en adelante LAP), en cuyo artículo 2.4 prescribe, dentro de los principios informadores, que el paciente tiene derecho a negarse a determinado tratamiento, excepto en casos previstos legalmente, debiendo constar por escrito.

A su vez, concordado con el artículo 21 de la precitada ley, J. García (2011) menciona que en este punto, el legislador contempla que el paciente puede rechazar un tratamiento (considerado como derecho del paciente) pero que “el propio centro ofrezca uno alternativo y *lo acepte el paciente* [cursivas añadidas], o, incluso, el propio paciente puede *sugerir algún tratamiento alternativo al facultativo, que éste*

podrá aceptar [cursivas añadidas] siempre que no sea contrario a la *lex artis*” (p. 87).

En el derecho español, para el rechazo de tratamiento de un menor, surge la figura del *consentimiento por representación*, la cual está encargada de emitirlo la persona que tenga atribuida su tutela o patria potestad, actuando conforme al artículo 9.3. de la LAP siempre a favor del menor y con respeto a su dignidad personal.

La doctrina señala que “el representante puede negarse al tratamiento del menor o incluso una vez autorizado solicitar su *retirada* alegando derecho a la libertad religiosa del menor” (García, J., 2011, p. 90).

Se estudiarán las alternativas que serán consentidas por el menor y conformes a la *lex artis* (en caso la iniciativa de otro tratamiento surja del menor que será aceptada por el médico), de lo contrario si la situación no genera riesgo para el paciente o no se encuentran alternativas, el facultativo “valorará la pertinencia del alta voluntaria”.

Así pues en cualquier caso en atención a los legítimos intereses del menor, “es posible acudir al juzgado y poner en conocimiento el rechazo para que valore sobre la aceptación” del tratamiento (García, J., 2011, p. 90).

J. García (2011) expone que como excepción al consentimiento informado, es posible que el facultativo lleve a cabo una intervención médica sin que exista consentimiento solo si a) existe riesgo para la salud pública [por ejemplo, vacuna obligatoria contra una epidemia]; b) cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad del enfermo no siendo posible conseguir su autorización, consultando a las personas vinculadas de hecho a él (artículo 9.2 de la LAP).

Por ello, J. García (2011) concluye respecto a esta parte que “únicamente si no es posible esperar obtener [autorización judicial], es posible actuar, aunque en este caso las medidas que se adopten han de limitarse a intervenciones clínicas que sean indispensables en favor de la salud del paciente” (p. 92).

A mayor abundamiento, el artículo 21 de la LAP prescribe, de ser el caso, sobre el alta voluntaria cuando no existen alternativas -en último recurso el alta forzosa-, de lo contrario se aplican las alternativas consensuadas por el paciente, y solo se acudirá al juez en última instancia cuando no se acepte el alta voluntaria y el paciente persisten en su negativa.

Ahora bien, respecto al consentimiento del menor, el artículo 9.3.c) de la LAP, concordante con su artículo 7, dispone que el menor con dieciséis años cumplidos emite su consentimiento para el acto médico sin representación, en atención a la capacidad intelectual y emocional de comprender los alcances del acto médico, asimismo se debe escuchar la opinión del menor con doce años cumplidos.

Se puede afirmar, que en principio le corresponde al representante legal emitir el consentimiento informado *cuando el niño no haya cumplido* los dieciséis años y no tenga el requisito de *capacidad intelectual y emocional*, o llamada también como suficiente capacidad natural de obrar (Blasco, 2015).

Sin embargo, “el menor emancipado o con *16 años cumplidos*, no incapaz ni incapacitado, es tratado como un mayor de edad en la toma de decisiones sobre su salud y tiene por tanto autonomía plena para prestar el consentimiento informado” (Moreno, 2011, p. 102), no obstante, hay que escuchar la opinión de los padres en caso de actuación de grave riesgo.

Queda claro que tanto el menor que haya cumplido de dieciséis años como el emancipado, pueden prestar consentimiento por tratarse de actos referidos a los derechos de la personalidad, configurándose una capacidad legal (Blasco, 2015).

Es necesario el compromiso y la actualización del médico en los avances científicos y tecnológicos para la intervención de un paciente, y en el caso concreto, respecto a los tratamientos médicos sin sangre para un paciente testigo de Jehová menor de edad.

Como ejemplo de dicho compromiso con la sociedad, en el Preámbulo del Código de deontología médica español se incluye también al “*avance* de los conocimientos científico-técnicos y el desarrollo de nuevos derechos y

responsabilidades de médicos y pacientes” (Organización Médica Colegial de España, 2011, p.7).

Asimismo, desde la literatura médica en España, se cuenta con una Guía sobre la transfusión sanguínea (Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y Terapia Celular, 2015), del cual la sección Nro. 20 está basado en el Documento “Sevilla” de *Consenso* sobre Alternativas a la Transfusión de Sangre Alogénica elaborado por Leal-Noval et al., 2013, que establece las recomendaciones y sugerencias de las alternativas a la transfusión sanguínea, clasificadas en alternativas no farmacológicas y alternativas farmacológicas y en qué tipo de pacientes es recomendable su aplicación.

3.1.2. En el derecho mexicano.

La Constitución Federal mexicana -art. 24-, por reforma constitucional del 2013 reconoce: “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”.

En el derecho mexicano no existe un arquetipo específico de objeción de conciencia que cuente con rango constitucional por lo que es planteado de manera atípica (Rueda, 2015).

Existe un Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, por el cual toda persona en tanto paciente o sus familiares responsables tienen derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz que le permita decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos terapéuticos ofrecidos (Art. 2 numerales I, II, V; 33 numerales I, II; 51, 51 bis 1, 51 bis 2 de la Ley General de Salud).

El consentimiento informado debe ser por escrito, firmado por el interesado o su representante legal. Excepto en casos de urgencia, así como ante la incapacidad del paciente, en cuyo caso, dos médicos facultados podrán decidir el ingreso y establecer la atención médica, sin constituir hecho ilícito (artículo 81 del Reglamento de la Ley General de Salud precitada).

En caso de emergencia, los pacientes cuya condición religiosa les prohíbe recibir sangre pueden llevar una tarjeta informativa donde se exponga su condición para buscar alternativas de tratamiento. Si el profesional de la salud hiciera caso omiso a esta información, incurrirá en responsabilidad civil (daño moral), conforme al Código Civil Federal -art. 1916- (Rueda, 2015).

En México, como criterio clasificador, un ejemplo propuesto de objeción de conciencia institucional es la negativa planteada por médicos a realizar abortos a pesar de estar obligados por ley de salud del Distrito federal de México, en contraste a la objeción de conciencia individual (Rueda, 2015).

3.1.3. En el derecho colombiano.

La Constitución de Colombia -art. 18- dispone: “Se garantiza la libertad de conciencia (...)”. Asimismo del artículo 19 del mismo texto constitucional: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva (...)”. Por otro lado, el artículo 20 de la Carta constitucional reconoce la libertad de pensamiento y opinión.

En relación al consentimiento informado y el derecho a la salud, según jurisprudencia contenida en la **Sentencia T-1131/04**, de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, de fecha 10 de noviembre de 2004:

El consentimiento informado ha sido concebido como un presupuesto (...) y por lo tanto un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. (...) hoy tiene la categoría de derecho fundamental. Encuentra su fundamento, en la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo en la libertad (...). Es igualmente consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia.

Así pues el consentimiento informado es el desarrollo de varios derechos fundamentales (Mendoza y Herrera, 2017). En ese sentido, según el Código de Ética Médica, promulgada por Ley 23 de 1981, se concibe al consentimiento informado

como protección de la autonomía del paciente y requerimiento de información como deber exigible al profesional, inclusive objeto de indemnización cuando se ha vulnerado este derecho fundamental al consentimiento informado (Corte Constitucional Colombiana).

3.1.4. En el derecho argentino.

Sobre el derecho a la disposición del propio cuerpo, encontramos 2 casos. Primero, el Caso Bahamondez, ante la Corte Suprema de Justicia (06 de abril de 1993), sobre medida cautelar, en que el señor Bahamondez, testigo de Jehová, interpuso recurso contra la resolución judicial que autoriza la realización de transfusión sanguínea en contra de su voluntad, y refería dicha resolución que tal decisión del paciente implica un suicidio lentificado.

Así, el paciente alegó su derecho a la libertad de culto, intimidad y principio de reserva. La Corte decidió que no se podía cuestionar el derecho de disponer del propio cuerpo y además que la resolución a expedirse resultaría inoficiosa debido a la cuestión *abstracta* pues se determinó la *falta* de un *agravio concreto* del apelante, en virtud de que los informes proporcionados permiten conocer que el cuadro clínico no subsistió.

Segundo, el Caso Albarracini, también ante la Corte Suprema de Justicia (01 de junio del 2012), sobre medida precautoria, en el cual don Albarracini Nieves (progenitor de J.P. Albarracini) interpuso recurso contra la sentencia de segunda instancia que revocaba la autorización de realizar una transfusión sanguínea a su hijo mayor de edad, testigo de Jehová, habiendo este expresado su voluntad mediante instrumento público de negativa a recibir transfusiones, bajo ningún concepto, a pesar de estar su vida en riesgo, que data del 18 de marzo de 2008.

La Corte dio mérito al instrumento público -y la voluntad manifestada en él- como actual y confirmó la sentencia impugnada, fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas, dignidad y disposición del propio cuerpo; no existiendo dudas sobre la validez actual de su manifestación de voluntad

realizada por el paciente. Dado que de lo contrario, de haber tenido otra voluntad, habría revocado o dejado sin efecto aquel acto jurídico.

Además, declararon que su decisión encuadra en su derecho constitucional de libertad personal e intimidad que garantiza el Art. 19 de la Constitución Nacional argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, desprendiéndose el derecho a la privacidad, que solo podrá limitarse cuando medie interés superior en resguardo de la libertad, buenas costumbres u orden público, que en el presente no se cumple.

Ahora bien, si se considera la transfusión sanguínea como uno de los tratamientos disponibles y posibles, entonces jurídicamente se permitiría la aplicación de un tratamiento sin sangre en el paciente si este o su representante legal por convicción religiosa actúan en tal sentido, expresando su deseo de no aceptar transfusión sanguínea y en su lugar se emplee otros tratamientos médicos acorde a su conciencia, asimismo en el caso del menor de edad maduro que expresa y manifiesta sus convicciones y principios religiosos en el ámbito clínico.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial argentino -Art. 639 inc. b- prescribe sobre la autonomía progresiva del menor:

"La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (...) b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos".

Se evidencia un reconocimiento jurídico a la autonomía progresiva al menor de edad de manera proporcional a medida que se acerca a la mayoría de edad y adquiera la capacidad plena de ejercicio, sin embargo, por dicho reconocimiento puede ejercer algunos derechos sin representación legal de sus padres, en específico, la libertad religiosa en el ámbito sanitario, materia del presente trabajo.

3.2. Libertad religiosa, consentimiento informado y aplicación de otros principios o derechos fundamentales.

Por el principio ético jurídico de dignidad, se debe garantizar una vida digna para la persona, en su dimensión coexistencial, más allá del solo hecho de vivir.

3.2.1. Autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

El autor español Javier García (2011), indica que en virtud de la *autonomía* de la voluntad del paciente, este es el encargado de decidir sobre las medidas que afecten a su salud.

En virtud del consentimiento informado el paciente expresa su voluntad de aceptar o rehusar un tratamiento. Este debe comprender los beneficios, riesgos y *alternativas* a fin de decidir sobre su salud en atención a su *derecho a la autodeterminación* y al libre desarrollo de la personalidad.

En tanto el consentimiento informado involucra ejercer derechos de la personalidad, si el *menor tiene discernimiento o madurez suficiente* “para decidir, se le *debe permitir* [cursivas añadidas] que actúe de forma autónoma porque ello contribuye al libre desarrollo de su personalidad” (Blasco, 2015, p. 36).

Por otro lado, el autor Gianella (2014), señala que los derechos humanos coinciden con la bioética en resaltar la importancia del Consentimiento informado como el *ejercicio de la autonomía del paciente para el derecho a la salud*.

Sin embargo opina que el proceso de Consentimiento Informado es muchas veces engorroso y por ende habría un conflicto entre el consentimiento informado (derecho al respeto a la *autonomía*) *versus* el derecho al más *alto nivel posible de salud* (Gianella, 2014).

Por ello, Gianella (2014) señala que en el caso de las atenciones de salud, el Consentimiento Informado es el mejor tratamiento para evitar que los proveedores de salud expresen una injusticia, discriminación, o que seres humanos produzcan

sufrimientos en otros. Agrega la autora que la información se ve en cada caso concreto.

La importancia del consentimiento informado es tal que en el Informe del relator especial a la Asamblea General de la ONU del 10 de agosto de 2009 (como se citó en Gianella, 2014) sobre el derecho a la salud, se le destaca como garantía del respeto a la autonomía y dignidad humana en los servicios de atención de salud. para un *ejercicio pleno del derecho a la salud*, salvaguardar la *capacidad para efectuar el consentimiento informado* es fundamental, **incluso** los que se relacionan con prácticas tradicionales.

Por el derecho a la integridad física del paciente, la jurisprudencia comparada entiende que la ley no le permite al médico sustituir con su propio juicio el del paciente (García, J.C., 2016, p. 7).

Por otro lado, refiere el autor Garay (2000) que el Tribunal de apelación de París (09 de junio de 1998) ha señalado *4 condiciones cumulativas* para una transfusión impuesta, que si bien se refiere a un paciente adulto, creemos que dichas condiciones cumulativas se aplica para todo paciente incluso en el caso de un menor de edad, puesto que tiene derechos inherentes a la personalidad y como paciente, al margen si la objeción proviene de los padres o del menor maduro, que son las siguientes:

(1) Una situación de urgencia, (2) Pronóstico vital en tela de juicio, (3) *Ausencia* de alternativas terapéuticas, y (4) Actos indispensables a la vida del paciente y proporcionados a su estado.

De lo que se infiere que la existencia de alternativas a la transfusión disponibles y consensuadas entre los padres y personal sanitario *ipso facto* deja de tipificar la situación como urgencia sobre cuya base se imponga transfusión sanguínea contra el rechazo expreso, es decir que aun en dicha situación de emergencia es posible tratar sin transfusiones sanguíneas (véase Caso 02 y 03 *infra* 3.3.2. y 3.3.3., respectivamente). La situación de urgencia por sí misma no conlleva a imponer una transfusión.

Referente a casos de adultos incapaces, el precitado autor indica que en la jurisprudencia norteamericana se ha elaborado la doctrina del “juicio de sustitución” o *substituted judgment*; por la cual el representante del adulto incapaz decide válidamente y con efectos jurídicos por el tratamiento acorde a la convicción de su representado, de igual forma que lo haría el incapaz sin dicha incapacidad, de manera que refleja en sustitución el juicio de su representado (Garay, 2000).

Ahora bien, creemos que estas condiciones cumulativas también pueden aplicarse en casos de tratamiento médico a menores de edad, máxime que si bien en realidad tienen capacidad de obrar limitada o restringida, tienen cierta autonomía para decidir por sí mismo, en ejercicio de sus derechos de la personalidad y otros derechos fundamentales, siempre con la valoración de los representantes legales que ejercen la patria potestad, considerada como consentimiento por representación.

3.2.2. Interés superior del niño, niña y adolescente.

Aunque la CDN considera niño a quien tenga una edad inferior a 18 años, en nuestro ordenamiento peruano, el Código de los niños y adolescentes considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce (12) años de edad y adolescente a partir de dicha edad hasta los dieciocho (18) años.

No obstante ser terminologías correctas e indistintas, los términos genéricos “menor de edad”, “niño” o “niño y adolescente” referida a toda persona menor de 18 años, empero en este trabajo de investigación para ser precisos usamos el término “menor adulto o adolescente” para referirnos al menor que tiene facultad de discernimiento y capacidad natural de juicio, específicamente a partir de los 16 años.

La asistencia de todo orden al menor por parte de sus padres (cuidado, alimentación, educación), está ligado al interés superior del menor, el cual en un caso concreto significa que toda decisión deberá ser “siempre según lo más favorable para el niño” (Díaz, O., 2003, p. 875).

No obstante, Ravetllat (2012), señala que el “interés superior del niño” acerca de lo que es favorable para el menor es una cláusula general siendo un trabajo

complejo debiéndose comprender en forma dinámica, adaptándose a cada caso concreto. Agrega Ravetllat (2012) que el interés es posibles de ser interpretada acorde a la evolución social y jurídica, permitiendo su adaptación.

En ese sentido, cabe una interpretación constitucional del derecho materia de análisis (derecho fundamental a la libertad religiosa) y el principio de interés superior del menor, aplicado en el ámbito clínico.

3.2.3. Derecho a ser escuchado, al más alto nivel posible de salud y a gozar de los beneficios del progreso científico.

Por otro lado, el interés del menor “debe proyectarse [también] sobre su beneficio o bienestar futuros [y] consiste en promover las condiciones para que llegue a ser un adulto independiente y capaz, es decir un sujeto plenamente autónomo” (Moreno, 2011, p. 98).

En ese sentido, ¿cómo se darían dichas condiciones a favor del menor para que ejerza su autonomía plena en el futuro, si le resta efectos a su decisión tomada en el ámbito sanitario con base en su capacidad de ejercicio aunque restringida, autonomía progresiva, así como su capacidad de juicio y discernimiento?

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General N° 15 (2013), sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, de fecha 20 de julio de 2009, recomienda a los Estados partir de dos premisas para alcanzar dicho derecho: “escuchar la opinión del niño en cuanto a la actuación de que se trate y respetar el interés del menor en función de las necesidades del niño en toda decisión” (Blasco, 2015, p. 40).

Ahora bien, en el ámbito clínico, Blasco (2015) refiere que puede ser difícil encontrar la armonización entre el mejor interés del menor y su opinión debiendo ser esta proporcional a su madurez y a su edad. Asimismo, considera que el personal sanitario debe escuchar y tener en cuenta la opinión del niño, sin embargo, respecto a los representantes legales del menor cuando la actuación médica “conlleve *más riesgos que beneficios para el niño debe ser rechazada como medida de protección*

[cursivas añadidas] y garantía de los derechos del menor” (Blasco, 2015, p. 41), debiéndose acudir a la autoridad judicial en caso de discrepancia insalvables.

Además, no olvidemos el derecho humano de gozar del progreso científico, que según Informe de la relatora especial sobre derechos culturales, del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU en materia de salud, se refiere a la obligación del Estado en garantizar que los pacientes o representantes legales estén en posibilidad de decidir por los tratamientos científicamente reconocidos y se ajusten a sus convicciones personales (Rueda, 2015, p. 118).

El derecho a gozar del progreso científico y sus aplicaciones tecnológicas coadyuva en la realización de otros derechos humanos, como el de la salud, en sus más altos estándares de calidad, que hacen que satisfaga las necesidades comunes de la comunidad, así como la dignidad y la integridad de la persona (Rueda, 2015, p. 118).

En ese sentido, el derecho a la salud es entendido como derecho social al disfrute de los más altos niveles de beneficio del progreso científico y tecnológico, y conforme a ello, el consentimiento informado permite al paciente decidir libremente entre las posibles alternativas de tratamiento.

A su vez, puede concordarse con el derecho al acceso a los beneficios del desarrollo científico, en tanto derecho humano y en cuanto la voluntad y creencias del paciente no debe considerarse como limitación a la labor médica, teniendo en cuenta que la negativa al uso de la transfusión de sangre por motivos de conciencia está vinculada al derecho a la salud (Rueda, 2015), a fin de eliminar los posibles riesgos fatales de la transfusión.

Sobre los Testigos de Jehová, la Defensoría del Pueblo (como se citó en Olavarría, 2011) presentó un informe elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales, en el cual analiza la libertad religiosa (y de conciencia) de los padres y su relación con otros derechos fundamentales (a propósito de un caso de un

menor cuyos padres testigos de Jehová rehusaron transfusión de sangre por creencias religiosas).

Referente a dicho caso, la Defensoría apuntó que la negativa de los testigos de Jehová a la transfusión para conseguir otros métodos no implica atentado al derecho a la vida o a la salud, sino que la elección de posibles alternativas de tratamiento compatibles con sus convicciones es un acto jurídicamente válido para *sustituir* la transfusión sanguínea (Olavarría, 2011).

La Defensoría concluyó que *sí constituye una vulneración* a la libertad religiosa de los padres, el no haber tomado en cuenta *alternativas* de tratamientos para su menor hijo, habiendo comprobado que sí existían. (Olavarría, 2011).

Con lo cual queda evidente que el ejercicio de la negativa a la transfusión para solicitar alternativas de tratamiento está considerado dentro del contenido esencial de la libertad de conciencia y religión. Asimismo, es deber del Estado proporcionar los recursos necesarios para asegurar y proteger que el paciente goce de una mejor calidad de vida (derecho a la salud).

3.3. Casuística: Actuación judicial ante objeción de conciencia por convicciones religiosas o negativa a transfusión sanguínea para solicitar tratamiento médico sin sangre en paciente menor de edad.

Hemos visto que en ejercicio del derecho a la libertad religiosa y del derecho constitucional de objeción de conciencia, los padres testigos de Jehová rehúsan la transfusión sanguínea, lo que es materia de análisis en la casuística a continuación.

3.3.1. Caso 01: Alegre Vallés (STC español 154/2002, del 18 de julio de 2002).

El caso deriva de la sentencia emitida por el Tribunal constitucional español, sobre proceso de amparo interpuesto por unos padres testigos de Jehová respecto a una sentencia que los condenaba penalmente por la objeción que habían planteado y por no inducir a su hijo de 13 años de edad a consentir la transfusión de sangre.

Objeción también planteada por el propio menor por convicción religiosa de testigo de Jehová, siendo el pedido de la familia que se aplique un tratamiento médico sin sangre al paciente menor de edad, ante lo cual luego de la no imposición y el rechazo autónomo del menor a la transfusión – pese a autorización judicial por considerarse situación riesgosa del menor- ocasionó el fallecimiento del menor, con la imputación de responsabilidad de los padres, absueltos en primera instancia pero condenados en segunda instancia.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional amparó a los padres, por haber repercutido dicha condena en la libertad religiosa y su derecho a objetar determinado tratamiento médico; bajo los siguientes fundamentos:

La Constitución española -art. 16- reconoce la libertad religiosa, como derecho subjetivo, con dimensión interna y externa, esto es que el sujeto tiene creencias religiosa y puede actuar conforme a sus propias convicciones, esto es, *agere licere* “(...) con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (fundamento jurídico 6 de la precitada sentencia)

Agrega el Tribunal en su fundamento jurídico 9 que el menor conforme a la Convención de derecho del niño -art. 10.2- es titular del derecho a la libertad religiosa; la voluntad del menor de rehusar a determinado tratamiento médico, es un acto relevante máxime si no existían alternativas al que se había prescrito. Aunque el Tribunal no puede precisar si el menor cuenta con suficiente juicio para su oposición al tratamiento médico.

Sustenta el Tribunal la relevancia de la oposición del menor, por ejercer derechos de la personalidad (entre ello, el de integridad física) por lo que se excluye la facultad de representación legal de los padres como titulares de la patria potestad; pero, no alcanza tal exclusión al deber de cuidar del menor. Ahora bien, este reconocimiento excepcional no es suficiente para -por analogía- dotar de eficacia jurídica a un acto, cuyas consecuencias pueden ser irreparables (fundamento jurídico 10 de la precitada sentencia).

Asimismo, la reacción del menor pone de manifiesto sus fuertes convicciones y consciencia en la decisión asumida que no debió ser pasada por el alto por la autoridad judicial para exigir a los padres que a su vez persuadan al menor a colaborar para la imposición de la transfusión sanguínea (fundamento jurídico 10 de la precitada sentencia).

Aparentemente el Tribunal negaría la objeción de conciencia del menor, y según refiere O. Díaz (2003) el Tribunal parecería asemejar el riesgo de pérdida de la vida con el suicidio, en contraposición a “aquel sector de la doctrina que opina que la objeción de conciencia a los tratamientos médicos no constituye un atentado contra la propia vida o la salud” (p. 887). Así pues, cabe la pregunta ¿puede el menor ejercer una objeción de conciencia al tratamiento médico?

El Tribunal en su fundamento jurídico 12 sigue el *principio de concordancia práctica* cuando existe conflicto entre derechos fundamentales: el derecho a ceder no debe sacrificarse a tal grado innecesario de lo que realmente permite al otro derecho preponderante realizarse o producir efecto (principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, véase STC 199/1987, 16 de diciembre, f.j.7).

Recalca el Tribunal que no se ha afectado la seguridad o la moral pública, tampoco en cuanto a la salud, ya que los textos internacionales se refieren a la salud pública, referida a los riesgos para la salud en general (f.j. 13).

Asimismo, la acción suasoria que se les exigía a los padres a fin de que el hijo consintiera en la transfusión de sangre es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, precisando que la autorización de la transfusión de sangre que se les exigía a los padres, era opuesto a la decisión del menor en su momento. Más bien el Tribunal considera que los padres cumplieron con su deber de atención al menor al llevarlo a los hospitales, someterlo a los cuidados médicos “e incluso acataron desde el primer momento la decisión judicial que autorizaba la transfusión de sangre” (fundamento jurídico 14 de la precitada sentencia):

Por tanto el Tribunal en su fundamento jurídico 15 de la precitada sentencia acota, que la exigencia a los padres es una actuación que afecta el centro de sus

convicciones religiosas. Remarcó el Tribunal que las convicciones de los padres que no obstaculizaron la propia acción tutelar estatal sobre el menor. En definitiva, tal mandato judicial “contradice en su propio núcleo el derecho a la libertad religiosa de los padres yendo más allá del deber que les era exigible”.

Finalmente, el Tribunal reconoce que la actuación de los recurrentes (los padres) se *encuentra amparado por el derecho a la libertad religiosa*, habiéndose vulnerado tal derecho por las sentencias recurridas en amparo. Por lo que restablecieron en su derecho a los recurrentes y anularon la Sentencia de la Sala Penal Suprema española.

- ANÁLISIS CRÍTICO

Los padres de Marcos tuvieron que interponer recurso de amparo, contra la sentencia condenatoria por delito de homicidio, por ser atentatoria de su derecho a la libertad religiosa. Por haber entendido el Tribunal Supremo, que los progenitores estaban obligados a atender las peticiones del médico de autorizar la transfusión o persuadir al menor, por su deber de garantes con relación a su hijo.

Ante lo cual, el TC en su fundamento jurídico 15 rebate la exigencia de que el deber de garante de los padres incluya dichas conductas y por el contrario determinar que *tales comportamientos atentan contra el núcleo del derecho a la libertad religiosa*.

Así pues, conforme al Tribunal, si el progenitor con convicciones religiosas, y en atención a dicha conciencia y valores tiene la determinación de rehusar a las transfusiones, nadie podría exigirle autorizar una transfusión a un menor a su cargo ni tratar de persuadir al menor.

Ahora bien, cabe traer a colación la teoría de la que parte el Tribunal español, esto que los derechos fundamentales entraron en conflicto en el caso concreto: por un lado el derecho a la salud del menor y por otro lado, la libertad religiosa de los progenitores. En un caso de tal naturaleza, se entiende prima facie tal conflicto de derechos por motivo que el ejercicio de la libertad religiosa de estos afectará la salud

del primero. Es decir, el solicitar que no se emplee transfusiones implicaría manifiestamente el menoscabo de la salud o pérdida de la vida. Situación que no es del todo cierta, pues la determinación de los progenitores no es la sustracción de la atención médica sino de un determinado tratamiento, salvable con el empleo de medidas o alternativas de tratamiento, pero que de ninguna manera aceptaría el progenitor un tratamiento que va en contra de su conciencia religiosa.

¿Qué sentido tendría el derecho de los padres de educar a sus hijos como guías en su formación religiosa conforme a sus propias convicciones pero luego, en momentos decisivos, exigirle obrar de modo contradictorio a dichos postulados, en el caso concreto, la negativa a las transfusiones sanguíneas? Se recalca que el padre siempre velará por la vida del menor, pero no a costa de violar sus principios (Bellver, 2006).

Pues bien, el Tribunal español considera que frente a tal conflicto se debe tener en cuenta el principio de concordancia práctica para resolver el presente caso. Si por un lado, tenemos que el propio menor objeta a la transfusión por firmes convicciones ¿cómo se le podría exigir aceptar tal transfusión? Y por otro lado, los padres también tienen tales convicciones ¿cómo exigirles tal comportamiento o persuadir a su menor hijo?

En virtud de dicho principio, dado que existe un conflicto de derechos y solo uno es el preponderante, es el derecho a la vida que prima, sin embargo, no se deberá sacrificar la libertad religiosa de los implicados, vale decir, que es correcto el análisis de la conducta jurídicamente exigible de los progenitores en la situación concreta; en tal sentido estos cumplieron con todo lo exigible, esto es, tener un rol activo -no pasivo- en la atención médica, mas no era exigible la persuasión al menor de someterse a una transfusión impuesta. Podemos inferir que el Tribunal considera que ejercer la libertad religiosa no implica necesariamente la pérdida de la vida del paciente. Podríamos decir que la responsabilidad es del Estado de no brindar la debida atención acorde a la conciencia y dignidad del sujeto.

Ahora bien, del análisis de los hechos, podemos decir que la lamentable pérdida de la vida del menor en el caso concreto fue causada por la desatención al pedido de los progenitores y del menor de acceder a alternativas de tratamiento. Razonó el Tribunal correctamente que sería injusto imponer una sentencia condenatoria contra un ciudadano que ejerció un derecho constitucional en un contexto sanitario, por lo que se le restableció en su derecho a los progenitores.

El derecho no podría permitir ciertas creencias y luego exigir ciertas conductas contrarias a dichas creencias, siendo totalmente contradictorio y atentatorio contra tal derecho a actuar conforme a sus creencias. Por lo demás, la obligación de los padres se mantuvo en tanto procuraron la atención médica y las medidas dispuestas por la autoridad judicial. En el caso concreto, efectivamente, los padres acataron las disposiciones judiciales, incluso aquella que disponía la transfusión a la cual no se opusieron. Empero, tal transfusión ordenada judicialmente no fue eficaz ni efectiva por la propia decisión del menor y su oposición, decisión que aun así no convenció al personal sanitario a buscar alternativas de tratamiento.

Por último, cabe recalcar que los padres actuaron a favor del interés del menor al solicitar su atención médica y acatar la disposición judicial sin oponer ante dicha autorización judicial, razones por las cuales a los padres no se les imputa responsabilidad penal, pues ejercieron su derecho a la libertad religiosa salvaguardando el interés de su menor hijo.

3.3.2. **Caso 02:** Caso judicial del año 2015 en la ciudad de Arequipa, sobre autorización de transfusión sanguínea en menor de edad.

Resumen: Se trata de un pedido de la Fiscalía de Familia con la finalidad que se autorice transfusión de sangre para la menor M.L.L.C. (15), que según Actas fiscales del 15 y 19 de febrero de 2015, la menor se encontraba internada desde el 15 de febrero de 2015 en UCI del Hospital Según Escobedo de Arequipa, por sido víctima de un accidente de tránsito.

Según los Informes en la Historia Clínica, la menor requería transfusión de sangre para subirle la hemoglobina; sin embargo los padres no brindaron autorización, persistiendo en su decisión.

1. El Primer Juzgado de Familia de Arequipa, en el Exp. 00670-2015-0-0412-JM-FT-01 sobre investigación tutelar promovida por la Primera Fiscalía Provincial de Familia de Arequipa, mediante resolución 01 de fecha 20 de febrero de 2015, refiere:

En el fundamento tercero, que “La menor se encuentra en riesgo su salud y consecuentemente su vida, siendo factible que los padres autoricen la transfusión sanguínea para que no continúe en riesgo la vida de su hija”, y en consecuencia no afectar su interés superior.

Asimismo, en el fundamento cuarto se refiere al derecho a la libertad religiosa, sin embargo, en su fundamento quinto respecto a dicho derecho señala que no es absoluto sino que está sujeto al respeto al derecho de los demás, en armonía con el orden público; debiendo ser evaluadas en el caso concreto, e interpretadas estricta y restrictivamente (*Exp. 0256-2003-HC/TC, 21/04/2005, FJ.17*). En razón a ello, el juzgado resuelve: Autorizar el tratamiento médico (Transfusión de sangre) a favor de la menor a intervenir.

2. Sin embargo, luego, mediante resolución 06 de fecha 26 de agosto de 2015, emitido por el mismo Juzgado de Familia, se consideró lo siguiente:

En su segundo considerando se señala que la adolescente cuanta con dieciséis años de edad, su ocupación es predicadora de la palabra de su iglesia Testigos de Jehová, estudiando en el CEBA Virgen del Rosario donde cursa el quinto año de secundaria.

Asimismo, en su tercer considerando toma en cuenta el Informe social, la cual indica que la menor vive con su progenitora, fue dada de alta un (1) mes luego de sufrido el accidente de tránsito (15/02/2015), además que no fue operada ya que se *recuperó sin necesidad de la misma*, se encuentra actualmente bien de salud,

estudiando con éxito, se encuentra contenta y recuperada. No encontrándose ni en riesgo ni en abandono, sino bajo cuidado de su progenitora y su familia.

En razón a ello, el juzgado resolvió: El ARCHIVO DEFINITIVO de la presente investigación promovida a favor de la adolescente.

- ANÁLISIS CRÍTICO

Vemos en este caso que la transfusión sanguínea autorizada judicialmente no fue realmente eficaz ni efectiva ni fue empleada fácticamente. Esto significa que la situación presentada al conocimiento del juzgado obedece más una coacción por parte del personal sanitario que una necesidad real o urgente. La solución al caso concreto pudo darse a nivel extrajudicial de manera consensuada entre ambas partes implicadas (progenitores y personal médico). Asimismo, no se verifica que se haya tomado en cuenta la opinión de la menor de 15 años de edad.

Además, el juzgado no toma en cuenta que la autorización o consentimiento no es exigible -ni procede- en caso de emergencia, por tanto en el caso concreto, los padres no podrían hacerlo, máxime si vulnera su propia conciencia (derecho a la libertad religiosa).

Debe quedar claro, al igual que en el Caso 01 analizado supra, que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por los padres, no implica la afectación a las normas de orden público, en tanto no se restringe la atención médica al menor de edad, sino solo se solicita un tratamiento médico en reemplazo del objetado.

Lo anecdótico, es que la autorización judicial no fue necesaria, sino que tal autorización fue empleada estratégicamente por el personal sanitario para salvaguardar alguna responsabilidad por temida falta de atención al paciente menor de edad.

Sin embargo, conforme a la presente investigación, el permitir que por principio de autonomía, el paciente pueda elegir tratamientos médicos, y despojarse de una actitud defensiva del personal clínico, conseguirá que se lleve a cabo la mejor

atención médica, en salvaguarda del clínico y del paciente o su representante legal; sin prescindir que la adolescente de quince años de edad, en ejercicio de su libertad de opinión, tiene el derecho de ser escuchada, por cuanto ya ejercía su libertad religiosa, al ser una predicadora, conforme al informe social referido en la resolución judicial.

Verificamos que la transfusión de sangre indicada no fue concretada, y más bien evidencia la actitud defensiva del personal médico de conseguir una autorización para salvar cualquier responsabilidad médica, al margen de la libertad religiosa sea del menor de edad o del representante legal. Queda claro que la transfusión no es la única solución efectiva a fin de que no continúe en riesgo la salud del menor.

3.3.3. **Caso 03:** Caso judicial del año 2017, sobre autorización de transfusión sanguínea en menor de edad y archivo de investigación penal por presunto delito de exposición a peligro.

- a. Sentencia sobre autorización de transfusión sanguínea en menor de edad y posterior sustracción de la materia.
- b. Disposición de archivo sobre presunto delito de exposición a peligro (véase anexo 1).
- c. Sentencia sobre presunto abandono material en menor de edad (véase anexo 2).

Resumen: El menor A.S.P.V. de 06 años de edad sufrió un accidente por quemadura, siendo derivado al Instituto de Salud del Niño en la ciudad de Lima, en la cual en virtud de la denegación de los padres testigos de Jehová a la transfusión se generó una investigación penal paralelo a la intervención judicial de autorización de transfusión sanguínea; así como se continuó con una investigación tutelar en el año 2017, por el 2° Juzgado Mixto de Nuevo Chimbote.

A primera impresión resulta extraño que se solicitara consentimiento informado a los padres (representantes) cuando la intervención médica fue declarada como emergencia y al final, obtenida la autorización judicial de transfusión de sangre, esta no llegó a aplicarse.

a. EXP. 22499-2016-0-1801-JR-FT-14, sobre Autorización judicial.

Por solicitud de fecha 21/11/2016 sobre Autorización Judicial, promovida por la Sexta Fiscalía de Familia de Lima, respecto al menor A.S.P.V. (06) quien se encontraba hospitalizado en UCI del servicio de quemados del Instituto de Salud del Niño, que necesitaba intervención quirúrgica indicada por el médico pediatra, solicitando dicha Fiscalía que se ponga conocimiento a la Dirección Investigación Tutelar, el presunto estado de abandono de menor. La fiscalía de familia ampara su solicitud en el tercer párrafo del Art. 4 Ley 26842, Ley general de Salud.

a.1. Mediante resolución N° 02 (Sentencia) de fecha 23/11/2016, emitida en Audiencia de actuación y declaración judicial, por el 14° Juzgado de Familia de Lima (Jueza Dra. Ysabel Garro De La Peña), se anota lo siguiente:

Considerando el juzgado que habría un *conflicto* entre derecho a la salud y a la vida del niño A.S.P.V. y la libertad religiosa de los padres. En su fundamento 14, se hace referencia al Informe de Junta médica del Instituto de fecha 22/11/2016 en el que además informan que los padres a pesar de conocer la presente información y los riesgos que implica el retraso de las cirugías, por creencias religiosas (testigos de Jehová) se niegan rotundamente a dar la autorización para utilizar hemocomponentes.

Asimismo, en su fundamento 15 se señala que si bien los padres profesan religión de testigos de Jehová, su fe religiosa *no tiene que impedir* que su menor continúe con tratamiento quirúrgico que implica el uso de transfusión de sangre.

Por otro lado, obra la Declaración de la médico Jefe del Departamento Sub Unidad de Atención Integral Especializado al paciente quemado que indica: si es necesario la intervención quirúrgica y la transfusión sanguínea.

En este caso -prosigue el juzgado- debe tenerse en consideración que se debe privilegiar el derecho a la vida del niño porque el derecho a la vida como derecho fundamental está vinculado también al derecho a la salud, porque si no se efectúa la intervención quirúrgica con la transfusión sanguínea pondría en riesgo la vida del niño. En razón a ello, resuelve: declarando fundada la solicitud, en consecuencia AUTORIZA la intervención Quirúrgica y transfusión sanguínea en el niño A.S.P.V. (06), teniendo en consideración que la sangre que transfiera el niño *cumpla con los estándares*, protocolos y cuidados adecuados para tal efecto.

- ANÁLISIS CRÍTICO

Como hemos referido al analizar el caso anterior, se verifica el temor del facultativo a proceder con la intervención sin uso de sangre y hace de conocimiento la limitación a fin de salvaguardar su responsabilidad. Con lo que el principal argumento para no incurrir en responsabilidad es alegar que sin la transfusión se pondría en riesgo la vida del paciente. No obstante, como se ha establecido en la teoría y en la ley la urgencia habilita prima facie la intervención médica con lo que una vez que el paciente está bajo su atención, el facultativo tiene la responsabilidad legal.

Sin embargo, a pesar de esta orden de autorización y que los médicos están legitimados legalmente a actuar por mandato legal, dicha transfusión sanguínea no fue necesaria porque no se realizó.

a.2. Sin embargo, por Resolución N° 04 de fecha 22/08/18, emitida por la Primera Sala de Familia de Lima, se consideró lo siguiente:

Los padres solicitan se declare la conclusión del proceso por sustracción de la materia, toda vez que en Junta Médica con la Directora del Hospital del Niño, los

médicos del área de quemados conjuntamente con miembros testigos de Jehová, **aceptaron** el tratamiento médico alternativo (eritropoyetina recombinante y vitamina C), **sin transfusión** de sangre, para el citado niño A.P.S.V., lo cual fue realizado de manera exitosa, habiendo sido *dado de alta* el menor hijo de los demandados el 05 de diciembre de 2016.

Así, en el considerando **Sexto** sobre la base del Informe Médico N° 01-SUAIEPQ-INSNSB-2018, remitido por el Instituto Nacional del Niño, da cuenta que luego de una reunión clínica con el Staff médico de la Subunidad, los médicos de cabecera del paciente y sus líderes religiosos, **se decidió** iniciar eritropoyetina subcutánea + hierro parenteral + cianocobalamina, además de las medidas de soporte general, habiendo ingresado a cirugía el niño donde fue intervenido quirúrgicamente, y posteriormente ha sido dado de alta de la UCI Quemados el 05 de diciembre de 2016.

En consecuencia, analiza la Sala que se produjo la sustracción de la materia y por ende ha dejado de ser un caso justiciable; en consecuencia se **Concluyó** el proceso, sin declaración sobre el fondo, ordenándose su archivo.

- ANÁLISIS CRÍTICO

De esta manera, el aparente conflicto, aun en situación de urgencia no es tal. La regla ciegamente aceptada por la comunidad jurídica respecto a que la falta de uso de transfusión sanguínea implicaría poner en riesgo la vida es insostenible, conforme se evidencia en este caso.

Verificamos que la negativa a la transfusión no es otra cosa que un derecho del paciente o representante legal de optar por alternativas del tratamiento propuesto, y que es posible materialmente realizarse en tanto exista una disposición y un acuerdo entre ambas partes, sin coacciones, ni implicar denuncias o investigaciones a los padres en calidad de representantes legales del menor, puesto que desean la atención médica sin contravenir sus convicciones religiosas, cuyo derecho está protegido constitucionalmente.

b. A nivel de investigación fiscal con el caso 002-2017.

Al respecto por Disposición de archivo (véase Anexo 1) por **presunto delito de exposición a peligro** en agravio de menor de edad, de fecha 09/01/2017, emitido por la 30° Fiscalía Penal de Lima (Fiscal provincial Dra. Juana Gladys Meza Peña), se advierte lo siguiente:

Respecto a los mismos hechos, esgrimidos en el punto anterior, la conducta atribuida a los padres denunciados resultó **atípica** por no presentarse los elementos objetivos y subjetivos de la figura penal. En el caso concreto existen indicios que actuaron motivados por su creencia religiosa, más bien el padre buscaba otros mecanismos alternos para su menor hijo y así ser sometido al procedimiento quirúrgico sin necesidad de hacerle transfusión de sangre, lo que para la fiscalía descarta una manifiesta intencionalidad de abandonar o exponer a un peligro concreto a su menor.

En dicha disposición, se analiza la libertad religiosa, que según el Tribunal Constitucional ha establecido el **principio de inmunidad de coacción**: esto es, que la persona no está obligada a actuar en contra de sus propias convicciones religiosas (Exp. N° 3283-2003-AA/TC F. 19).

El derecho a la libertad religiosa es susceptible de ser limitado en su ejercicio, pero sin ir más allá de las restricciones razonables y proporcionales no sujetas a discrecionalidad de la autoridad, aplicándose inclusive en un régimen de sujeción como hospitales, etc. (Exp. N° 3045-2010-PHC/TC f.7).

Conforme se anota en la resolución fiscal 01 del 21/11/2016 ante la renuencia de los padres de otorgar la autorización, la Fiscalía de Familia de Lima había solicitado al Juez de Familia en salvaguarda de la vida del niño, autorice judicialmente la intervención quirúrgica y la transfusión de sangre que necesite.

Si bien en la citada Resolución Fiscal, implícitamente se hace ver que la falta de autorización de los padres, habría puesto en grave riesgo la vida y la salud del menor, esta afirmación *no se condice con la normatividad vigente*, pues los médicos

estaban **obligados** a efectuar la intervención quirúrgica y las transfusiones de sangre, por cuanto el **médico tiene el deber especial** de protección (posición de garante) sobre la vida y la integridad de su paciente, teniendo en cuenta que actuar en ejercicio legítimo de su profesión médica, los exime de responsabilidad penal como lo prevé el artículo 20 numeral 1 del Código Penal; en razón a ello, dispone, finalmente, que **no** resulta viable ejercitar la acción penal.

- ANÁLISIS CRÍTICO

En ese sentido de acuerdo a lo analizado en el presente trabajo, desde el punto de vista penal, no constituyó ningún delito por acción u omisión de los padres, el hecho que se solicite un tratamiento sin sangre en atención a la libertad religiosa. No obstante que si bien la fiscalía tiene la facultad de conocer denuncias penales, en este caso, dicha denuncia fue usada en contra de los padres como coacción para enervar su decisión de no someter al menor a una transfusión, y así como fue utilizado para liberar de responsabilidad médica al personal sanitario frente a cualquier contingencia, pero ello constituye una vulneración a la libertad religiosa de los padres -protegida constitucionalmente- así como se evidencia una actitud defensiva y no cooperativa por parte del personal médico.

La libertad religiosa fue tutelada basándose en el principio de inmunidad de coacción a fin que no exista ninguna sanción contra quien ejerce dicha libertad religiosa, ni tampoco proceda investigación penal alguna por supuesto delito penal inexistente en la realidad, por haber actuado diligentemente dentro de los márgenes de derechos y obligaciones al ejercer los progenitores del caso la patria potestad.

c. Sentencia emitida mediante resolución N° 07 de fecha 04/07/2018, por el 2° Juzgado Mixto de Nuevo Chimbote (Juez Dr. Norman Wilmer Tantas Saavedra), sobre supuesto abandono material se anota lo siguiente:

Respecto a los mismos hechos, esgrimidos en el punto anterior, en el fundamento Quinto el juzgado valora los **Informes Sociales Evolutivos** del menor, tales como la Evaluación Socio económica y Familiar emitida por el Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior del Santa, así como los dos Informes

Psicológicos practicados a los padres biológicos del menor, en las que se evidencia que el menor se encuentra **restablecido** en cuanto a salud, en proceso de adaptación de su nueva condición. Asimismo resalta que la presencia cercana y constante de los padres le infunde seguridad y es parte activa de su correcto crecimiento y formación.

Además, en el fundamento Séptimo se señala que de lo actuado en el proceso se puede concluir que el menor no se encuentra en abandono, pues la actitud de los padres del menor de no permitir que se realice la necesaria intervención quirúrgica con transfusión de sangre pre y post operación no implica abandono sino lo contrario, pues refleja **preocupación** y la **búsqueda** del bienestar del niño, ya que, buscaron la forma de proveerle toda clase de ayuda médica, esto es, contratar un médico particular en aras de que se pueda **realizar** la intervención quirúrgica sin necesidad de transfusión sanguínea y de igual manera, **ser coherentes** con la fe que profesan, con todo el sistema de valores que acarrea la misma.

Es así que en el fundamento Octavo, se concluye que el menor A.S.P.V. no se encuentra en estado de abandono material o moral, pues del análisis de lo actuado se concluye que el menor A.S.P.V. cuenta con sus padres biológicos quienes buscan su bienestar, y no se ha logrado demostrar que carezcan de calidades morales para la correcta formación de su hijo. Declarando que el menor A.S.P.V. **NO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE ABANDONO MORAL O MATERIAL DEBIENDO SER ENTREGADO A SUS PADRES** quienes cuidarán de su menor hijo.

- **ANÁLISIS CRÍTICO**

Del análisis global del caso, se observa que en la instancia administrativa, no se tutela la libertad religiosa de los padres, pues al pedir los padres y no acceder el personal médico a los tratamientos médicos sin sangre, los padres son objeto de investigación de investigación tutelar, bajo un supuesto abandono de menor, a pesar que los padres fueron quienes transfirieron al menor al Instituto Nacional de Salud del Niño para tratamiento especializado por quemadura, exigiendo alternativa a la indicación médica de provisión de paquete globular (componente sanguíneo).

No obstante, por Junta Médica se señaló que el menor podía llegar a morir; riesgo que asumieron los padres por convicción religiosa de testigos de Jehová y que determina su actitud personal para cuidar la integridad del menor bajo las normas de su religión.

Situación que se verificó a nivel judicial (en la investigación tutelar), dado que la operación fue realizada pero sin usar transfusiones sanguíneas, no incurriéndose en abandono material ni moral, en respeto a la decisión y convicción religiosa de los padres al haber procurado lo más beneficioso para el menor, de acuerdo a sus valores y creencias.

Sobre el tratamiento médico a un paciente con quemaduras, Indrikovs (2000) señala que “el manejo de quemaduras extensas sin el uso de componentes sanguíneos ha sido reportado en categorías de pacientes quienes rechazan las transfusiones basados en creencias religiosas” (p. 76).

Schlagintweit, et al. (como se citó en Indrikovs, 2000) reportaron el tratamiento de cuatro Testigos de Jehová con quemaduras mayores sin la administración de componentes sanguíneos. Además, señala Indrikovs (2000) que “existen riesgos inherentes a las transfusiones sanguíneas y la información fisiológica actual indica que las transfusiones profilácticas no son necesarias en la ausencia de signos o síntomas de disfunción cardiovascular o de deficiencia evidente del transporte de oxígeno” (p. 77).

En efecto, la literatura médica concluye que la mejor transfusión es la que no se hace (Sánchez, 2003). Asimismo según la revisión del marco teórico en cuanto a la actuación y literatura médicas, existen mecanismos y medidas para disminuir o minimizar el empleo de transfusión sanguíneas, además de medidas preventivas que forman parte del nuevo concepto de patient blood management (PBM) para evitar la necesidad de transfundir con base en tres pilares fundamentales descritos supra.

Respecto al caso analizado, se evidencia la actitud defensiva por los médicos, la cual generó que inclusive se aperturara un proceso de investigación tutelar en el que los padres fueron denunciados y objetos de investigación, cuando en la realidad

se estaba ejerciendo la libertad religiosa, que si bien se pronosticaba desde el punto de vista médico, que se ponía en riesgo al menor, ello no cambiaba con la imposición de la transfusión de sangre, que inclusive al final no se realizó por considerarla innecesaria.

Si bien es imposible asegurar que tal o cual tratamiento será infalible, sin embargo, en este caso, el personal médico aseguraba un pronóstico para desacreditar el tratamiento sin sangre y por otro lado, el beneficio infalible de la transfusión de sangre. Todo lo cual, quedó refutado con la aplicación de las alternativas a la transfusión, cuyo beneficio plasmado en el éxito de la intervención al menor, valoró el juzgado para archivar la investigación tutelar. La pregunta a manera de reflexión es ¿por qué debería el personal médico tratar de cambiar de decisión a los padres por una decisión que estos asumen su responsabilidad parental, cuya decisión es conforme a su profunda convicción sin sustraerse a una atención médica de calidad?

Del análisis del derecho a rehusar tratamientos, en casos de menores de edad, Zavala et al. (2012) evidenciaron como resultado una actitud defensiva por parte del personal médico, descartando toda comunicación e información entre el médico y el paciente o su representante legal.

En definitiva, debe quedar claro que la atención médica en casos de testigos de Jehová no debería generar temor en el personal sanitario, pues no se pretende rechazar todo tratamiento propuesto, sino solo la transfusión, debiéndose llegar a un acuerdo para optar por los tratamientos médicos sin sangre posibles.

II. Justificación de la investigación

2.1.- Aporte Científico:

Con el presente trabajo se pretende hacer un aporte concretamente al derecho a la libertad religiosa en el ámbito clínico y consentimiento del menor a tratamiento médico sin sangre, derivado de su derecho a la integridad física, fundamentando cómo se debe tutelar dicha libertad religiosa de los padres, puesto que si bien como representantes legales pueden emitir o no un consentimiento a cierto procedimiento, sin embargo, cuando desean elegir posibles alternativas, que es amparado por la doctrina del consentimiento informado y en atención a su conciencia, cuando existe de por medio un paciente menor de edad, *per se* la ley obliga a promover investigación penal contra los padres que solo ejercen un derecho a la vez enmarcado en el consentimiento informado. Asimismo en el caso del menor adulto -adolescente- que goza de la autonomía como paciente -y progresiva- y también por objeción de conciencia rechace el procedimiento de transfusión sanguínea y solicite un tratamiento médico sin sangre, puede resultar en acción penal contra los padres, sin tener en cuenta los avances médicos científicos y estrategias alternativas a la transfusión, los cuales han venido aplicándose en varios casos cuando se trata de un menor, que no recibieron una transfusión por no ser necesaria y sin resultar en perjuicio de su interés. Con lo que es un tema que merece adecuado análisis de rigor.

2.2. Justificación práctica:

Desde un enfoque práctico, la investigación se justifica por cuanto evitará que se promueva injustamente investigación penal contra los padres que objetan transfusión sanguínea en su menor hijo por convicciones religiosas: padres que además de ver a su menor hijo hospitalizado, son sometidos a investigación por parte del Estado (investigación penal o tutelar), que al final resultaron inoficiosas, máxime si la transfusión médicamente requerida no llega a ser aplicada necesariamente, es decir, se configura como una transfusión innecesaria que no beneficia la salud del paciente. Por tal motivo, con este estudio, se

pretende se les exima de dichas investigaciones en este tipo de casos particulares a fin de tutelar mejor el derecho a la libertad religiosa y no añadir una carga a los padres. Asimismo, la investigación recalca la importancia de escuchar la opinión del menor adulto -adolescente- e inclusive tomarlo en cuenta por tratarse de un procedimiento que afecta su propia salud, que puede ejercer objeción a determinado tratamiento por convicción religiosa y decidir por posibles alternativas de tratamiento. Así con la presente investigación se propone crear un procedimiento o guía para su atención médica oportuna y de calidad compatible con sus creencias de la familia; siendo el caso que si el personal sanitario es consciente de ello, comprenderá que evitar el uso de la transfusión redundará en beneficio del menor (en atención al principio de dignidad de la persona humana): alternativas a la transfusión que tiene sustento médico inclusive, ya que la tendencia en la medicina es evitar transfusiones innecesarias.

2.3. Beneficio Social:

Si bien el tema de investigación es ampliamente debatido y no abundan en la jurisprudencia -pero sí en la práctica médica- casos de este tipo en los que haya objeción a transfusión sanguínea en menor de edad por convicción religiosa, sin embargo, lo que se analiza y fundamenta en la presente investigación beneficiará no solo a aquellos que decidan libremente entre las posibles alternativas de tratamiento de transfusión sanguínea por convicciones religiosas, sino también lo decidan por otros motivos, como de carácter científico médico (para eliminar los riesgos de la transfusión sanguínea), ético u otros, que se encuentran dentro de la conciencia -protegida constitucionalmente- del paciente a ser sometido a un procedimiento médico, y que es protegido por el consentimiento informado mediante el principio de autonomía en armonía con la *lex artis*; en suma, el tema es relevante socialmente pues la sociedad en su conjunto resultaría beneficiada respecto al derecho a rehusar transfusiones y acceder a tratamientos sin sangre, sin resultar en conflicto de intereses contra el personal sanitario.

2.4.- Justificación Epistemológica:

Si nos atenemos a que el objeto de la investigación es realizar un estudio teórico acerca de la valoración de la libertad religiosa, y su aplicación ante los tratamientos médicos sin sangre en menor de edad (como alternativa de tratamiento), a veces se encuentra enfrentada la Bioética, el Derecho y la realidad, que, teniendo como eje el consentimiento informado (existencia de alternativas a la transfusión), la libertad religiosa y el interés superior del menor, pugnan en el tratamiento al menor de edad -y no hablemos ya en situación de emergencia, donde la divergencia es mayor-, pues visto así, en lo que tiene que ver con la presente investigación, en el campo del Derecho desde la rama del Derecho constitucional -por el cual se debe respetar la libertad religiosa de los padres en el ámbito sanitario-, y los Derechos Humanos, se opone en alguna manera el Derecho médico, en alianza con el Derecho Civil tocante a la responsabilidad civil médica, y el Derecho del Niño y adolescente -que estiman la aplicación de transfusión sanguínea solicitada por el médico, basada en una situación de urgencia, aun en contra de la opinión de los padres, quienes son objeto de investigación de tutelar-, al margen que en la realidad médica dicha transfusión autorizada judicialmente no llega a aplicarse concretamente, lo que demuestra que la situación de emergencia no impide la decisión por posibles alternativas de tratamiento.

De modo que todas estas ramas jurídicas con sus propias matices deben explicar precisamente el contenido exacto de dicha libertad, su extensión y su límite (objeción de conciencia a transfusión sanguínea), tomando los conceptos de integridad física, consentimiento informado y autonomía del paciente. El trabajo se justifica pues metodológicamente se dará una descripción, explicación y un aporte, al *validar y armonizar los derechos fundamentales en mérito a la interpretación constitucional desde el derecho constitucional* (doctrina no conflictivista de derechos fundamentales), puesto que nos encontramos dentro de una dinámica social cambiante, en atención a los adelantos médicos científicos sobre tratamiento médico sin sangre, y así, poder hacer más efectiva la tutela de la

libertad religiosa en el ámbito sanitario, sin que se considere un atentado a la vida o la salud del paciente.

2.5.- Justificación legal:

La investigación se justifica en las siguientes normas jurídicas:

- En el artículo 1 y numerales 1 y 3 del artículo 2 de la **Constitución** Política del Perú que garantiza el derecho de toda persona a la vida, a su integridad y a su libre desarrollo (numeral 1 artículo 2).

Asimismo, el derecho de toda persona a la *libertad de conciencia y de religión* (numeral 3 del artículo 2), concordante con la Ley N° 29635, Ley de Libertad religiosa (art. 1).

Se ratifica la garantía de la libertad de religión a nivel constitucional y legal, a partir de la cual se desprende la objeción de conciencia por convicción religiosa ante una obligación legal, Ley de libertad religiosa (art. 4).

Es pertinente analizar la libertad religiosa del padre en el ámbito sanitario, su conflicto con el interés superior del niño y cómo se debe tutelar dicha libertad religiosa, además de la *libertad religiosa del menor adulto* -adolescente-, pues de no respetarse y no tomarse en cuenta su objeción, se estaría transgrediendo otros derechos fundamentales (integridad, expresión, etc.), anulando su libertad en lo que tiene que ver con elegir libremente entre las posibles alternativas al tratamiento médico.

- Por otra parte, en la Ley N° 26842, Ley general de salud, cuyo en el artículo 4 prescribe lo siguiente:

“Artículo 4.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, *sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo*, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. (...)

Asimismo, en su artículo 15°, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29414, que regula sobre el acceso a la información y el consentimiento informado

como derecho de toda persona. La precitada Ley 29414 garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 2).

- En el **Código Civil**, cuyo artículo 42, modificado por Decreto Legislativo N° 1384, publicado en el Diario el Peruano el 04 de setiembre de 2018, regula que

“Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena

(...) Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.”

En su artículo 43 inciso 1, se considera absolutamente incapaz al menor de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

En el artículo 44 inciso 1, modificado por Decreto Legislativo N° 1384, precitado, se considera con **capacidad de ejercicio restringida** a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

- En el **Código de los Niños y Adolescentes**, por Ley N° 27337, en su Art. I del Título Preliminar, se considera adolescente al ser humano desde los doce años hasta cumplir los dieciocho años de edad.

En su artículo IV del mismo título, prescribe que el niño y el adolescente gozan de los derechos *inherentes* a la persona y de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo; también, prescribe que tienen *capacidad especial* para realizar los actos civiles autorizados por el Código de los Niños y Adolescentes y demás leyes, es decir, la capacidad de hecho o de ejercicio del niño y adolescente; sin embargo, dista en cierta manera del Código Civil, en cuanto a cierta capacidad especial y en cuanto a la edad para el ejercicio de los derechos por sí mismos (capacidad plena de ejercicio) puesto que el Código civil señala la capacidad de ejercicio restringida desde los dieciséis y no antes, en cuya situación existe incapacidad de ejercicio absoluta; por lo que cabe armonizar ambas normas en su interpretación.

En mérito al artículo V del precitado título preliminar, el Código es de aplicación general a todos los niños y adolescentes del territorio peruano, sin ninguna distinción por motivo de sexo, religión, origen social, posición económica, sea propia o de sus padres o responsables.

Conforme al art. VII del precitado título preliminar, se debe tener en cuenta los *principios y disposiciones de la Constitución Política* del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño; las normas del *Código Civil se aplicarán en forma supletoria*. Debiéndose considerar además el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos (art. IX del título preliminar).

III. Problema

3.1. Realidad problemática:

La presente investigación se deduce en un tema central el cual es el ejercicio de la libertad religiosa que tienen los padres en el ámbito sanitario, en específico, tocante a tratamiento médico sin sangre para su hijo menor de edad, que asimismo puede ser ejercido por el menor de edad en ciertos casos.

Sin embargo, a veces los profesionales médicos coaccionan a los padres diciendo que está en juego la vida del menor de edad, debiéndose usar la transfusión de sangre o sus derivados como único procedimiento posible, amenazándolos con denuncias; no obstante, desde un primer momento, los padres expresan el deseo que se aplique cualquiera de entre todos los tratamientos posibles, a excepción de la transfusión de sangre por convicción religiosa de testigos de Jehová, originando un inconveniente para ambas partes, llegando a generarse un caso judicial.

Sucede que ante la objeción por los padres de uso de transfusión sanguínea, el personal médico inicia la activación de los órganos del Estado, el que considerando una amenaza al derecho a la vida del menor (siendo fin del Estado proteger dicho derecho), invocando el principio del interés superior del niño y adolescente, por vía jurisdiccional dispone la autorización de transfusión por existir un aparente riesgo del menor, pero ejerciendo acción tutelar o penal contra los padres.

Acorde al ordenamiento legal, el médico se encuentra facultado legalmente por el Estado a intervenir en situación de emergencia, por cuanto la Ley general de salud lo *exime* del *consentimiento informado* previo (Art. 4), que contempla el derecho de todo paciente a no ser intervenido sin su consentimiento o el de su representante (derecho al consentimiento informado), salvo en caso de emergencia.

Por otro lado, en situación de no emergencia, de no darse el consentimiento o negarse al tratamiento, el médico no asume responsabilidad legal, empero, en situación de emergencia, el médico a cargo no requiere del deber legal del consentimiento del paciente, como hemos referido, siendo innecesario el

consentimiento, por ser urgente la situación; más bien, hay responsabilidad por no atender al paciente, y por tal motivo el médico -como se ve en la casuística- exige el consentimiento para salvar alguna responsabilidad, y seguridad para ambas partes, pero corren riesgo los representantes legales (padres) por una investigación penal o tutelar por no haber emitido un consentimiento no exigido legalmente.

Supuestamente el ejercicio de la libertad religiosa ha sido considerado por el personal sanitario una supuesta afectación al menor de edad, promoviéndose la participación del Ministerio Público, representada por la Fiscalía de familia, que solicita una autorización judicial de transfusión sanguínea, así como promueve una investigación tutelar contra los padres por presunto abandono de menor (con riesgo de perder la patria potestad), e inclusive poner en conocimiento de la fiscalía penal por “presunto delito” de exposición a peligro, argumentándose que no hay alternativas y ello pone en peligro la vida o salud del menor, bajo entera responsabilidad de los progenitores. Es así que hemos visto casos de autorización judicial de transfusión sanguínea y proceso judicial contra los padres sobre abandono material.

Por lo que nos planteamos las siguientes interrogantes: 1) Cómo se debería tutelar la libertad religiosa de los padres ante un pedido de aplicación de tratamiento médico sin sangre en paciente menor de edad, a fin que no se dicten medidas excesivas, asimismo 2) Cómo se debería tutelar el consentimiento del menor adulto -adolescente- a tratamientos médicos sin sangre.

Por ello, se pretende llegar a alcanzar un nivel de análisis constitucional que coadyuve a una tentativa de solución al problema antes planteado que trate de significar tutela a la libertad religiosa de padres del paciente menor de edad, sin implicar vulneración al derecho a la salud o a la vida y asimismo tutela al consentimiento del menor adulto -adolescente- que objeta transfusión sanguínea y desea solicitar tratamiento médico sin sangre.

3.2. Formulación del problema

En consecuencia de lo expuesto se concluye que el problema de investigación es:

¿De qué manera se tutelaría la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre?

IV.- Conceptualización y operacionalización de las variables.

4.1. Conceptualización de las variables

a) Variable Independiente:

Libertad religiosa de padres y consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre.

Definición conceptual: Libertad religiosa: “Derecho del individuo que debe considerarse en un doble aspecto: el de creer en una u otra religión o el de no creer en ninguna (libertad de conciencia) y el de ejercer públicamente el culto que corresponda a su creencia (libertad de culto) (Ossorio, 2012, p. 577).

Definición conceptual: El consentimiento informado se considera un proceso gradual y verbal de información adecuada del estado de salud que brinda el médico a fin de que el paciente (o su representante legal) pueda autorizar la intervención quirúrgica (Comisión de publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, 2014).

Galán Cortés (como se citó en Aguiar-Guevara, 2001) explica que sólo el paciente es titular del bien jurídico en juego, de naturaleza personalísima, en atención a su capacidad natural de juicio y *discernimiento*. Generalmente a partir de los 16 años de edad se considera que el menor se encuentra “en capacidad para recibir información y decidir por sí mismos en cuanto a su salud” (García, J.C., 2016, p. 32).

Definición conceptual:

Capacidad de obrar: La capacidad de hecho, el poder de **realizar** actos con eficacia jurídica.” La edad, el estado civil, la sanidad mental constituyen aspectos primordiales en el problema de la capacidad (Ossorio, 2012, p. 152).

Indica O. Díaz (2003) que hay una tendencia en el Derecho, al “reconocimiento pleno de titularidad de derechos” y “*reconocimiento de una capacidad*

progresiva para ejercerlos [cursivas añadidas]”, pudiendo “ejercer el derecho de libertad religiosa”, correspondiendo a los padres cooperar para que el menor ejerza esta libertad conforme a su grado de madurez, “de modo que contribuya a su desarrollo integral” (p. 872; véase Art. 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Definición conceptual: Discernimiento: *juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas. Por el discernimiento se puede distinguir el bien del mal y entender el alcance, el valor y las consecuencias de cualquier acto” (Ossorio, 2012, p. 351).*

b) Variable Dependiente:

No investigación penal por ejercicio del derecho de objeción de conciencia de padres y autonomía progresiva del menor.

Definición conceptual: Acción penal: La que se ejercita para establecer la responsabilidad criminal y, en su caso, la civil, ocasionada por la comisión de un delito o falta. Como norma orientadora, puede afirmarse que la acción está encomendada principal o inexcusablemente al ministerio fiscal, cuando se trata de delitos que afectan a la sociedad y que, por ello, tienen carácter público. (Ossorio, 2012).

Definición conceptual: Minoría de edad: Situación de la persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, alcanzada vía ficción legal para todas las personas con el cumplimiento de un determinado número de años, estando sometidas por razón de edad a la patria potestad o a la tutela.

Se divide en distintos grados: infancia, próxima a la pubertad y la adolescencia, no habiendo capacidad civil en la infancia (incapacidad absoluta), capacidad civil limitada en la etapa próxima a la pubertad para realizar válidamente algunos actos civiles (incapacidad absoluta, salvo actos predeterminados por ley), y más amplia, aunque todavía limitada, la capacidad civil a partir de la

pubertad o adolescencia pudiendo contraer matrimonio, trabajar, etc. (capacidad relativa) (Ossorio, 2012).

Pubertad: Edad a partir del cual el hombre y la mujer manifiesta la aptitud para la reproducción; dicha aptitud se emparenta ante todo, por la capacidad natural, con la edad mínima que para el matrimonio fija cada legislador. Contrario a ello se encuentra la impubertad que implica también incapacidad en el orden del Derecho Civil (Ossorio, 2012).

Definición conceptual: Autonomía del menor: La autora Moreno (2011) señala que *debe prevalecer la voluntad del menor maduro* por entrar en juego bienes personalísimos como la integridad física, por ello, los padres en contra del menor, no pueden imponer tratamiento que rechaza, ni impedir el tratamiento que ha autorizado, cuando tiene capacidad natural.

4.2. Operacionalización de las variables

No es aplicable por cuanto no se trata de una investigación cuantitativa o empírica por no ser las variables objeto de medición, sino que se trata de una investigación jurídico-formal (dogmática), empleándose preponderantemente el método dogmático y hermenéutico, siendo una investigación documental con enfoque cualitativo (véase acápite de metodología del presente trabajo de investigación).

V.- Hipótesis

La libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor en tratamientos médicos sin sangre, se tutelaría con la no investigación penal a los padres del menor que ejercen su derecho de objeción de conciencia y por la autonomía progresiva del menor.

VI. Objetivos

6.1. Objetivo General:

Analizar y fundamentar de qué manera se tutelaría la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre.

6.2. Objetivos Específicos:

- a) Analizar la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor en tratamientos médicos sin sangre.
- b) Fundamentar si el ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los padres del menor los exime de investigación penal.
- c) Fundamentar si la autonomía progresiva del menor o su consentimiento exime de investigación penal a los padres del menor.

VII. Metodología

7.1. Tipo, diseño y método de la investigación

Tipo de Investigación (por la finalidad): básica.

El Nivel o Alcance: Investigación de tipo Descriptiva. Por cuanto se analizó el hecho que dio origen al problema de investigación. En vista de ello se realizó un análisis del sistema jurídico que constituye el presupuesto de la investigación a fin de conocer y comprender el problema de investigación.

El Diseño de Investigación (Por el ámbito o fuente): Investigación Documental, con enfoque cualitativo.

Como tipo de **investigación jurídica** es: investigación jurídico-formal, a diferencia de la investigación jurídica-social, habiendo adoptado en el presente trabajo como métodos de investigación jurídica los *métodos dogmático y funcional*.

Métodos de investigación

7.1.1 Métodos generales

Dentro de las dos clases de métodos de investigación: los métodos lógicos (que se basan en la utilización de la deducción, análisis y síntesis) y los empíricos (mediante la experimentación y la observación) (Ramos, E., 2008), en la presente investigación se utilizó los métodos lógicos.

a. Método Inductivo.

Se utilizó el método inductivo, puesto que hemos partido de casos reales para extraer conclusiones de carácter general (Valderrama, 2015).

b. Método Analítico

Mediante el análisis de legislación nacional y comparada así como doctrina y jurisprudencia comparada se llegó a la esencia del problema, descomponiendo el todo en sus partes (Valderrama, 2015).

7.1.2. Métodos específicos del Derecho

Método dogmático - funcional

a. Dogmática

Toda vez, que también se partió de conceptos e instituciones jurídicas, relacionado al problema planteado y recurriendo al Derecho comparado (Ramos, C., 2002).

b. Funcional

Pues se hizo un estudio de caso judicial (casuística) sobre transfusión de sangre en menor de edad, poniendo énfasis en las sentencias así como en la jurisprudencia. Se verificó si éstas guardan conformidad o dicotomía con los conceptos y la norma jurídica. Así, se partirá de la realidad concreta, hasta lograr una generalización (método inductivo) (Ramos, C., 2002).

7.1.3. Métodos de interpretación del Derecho

a. Sistemático

Determinar el significado de una norma en correlación con los principios o conceptos de otras normas del mismo ordenamiento (Ramos, C., 2002). Se utilizó este método en tanto hemos interpretado los dispositivos constitucionales así como la Ley General de Salud.

b. Sociológico:

La interpretación del derecho debe darse en relación con la sociedad que regula porque norma conductas de personas en sus relaciones recíprocas (Rubio, 2013). Se utilizó este método porque el problema del poder estatal (investigación penal) contra los padres por ejercer el derecho a la libertad religiosa al solicitar

tratamientos médicos sin sangre, ha sucedido en nuestra realidad social, debiéndose aceptar que las alternativas de tratamiento es posible sin restringir la libertad religiosa del paciente o del representante legal en atención al derecho a la salud.

c. De *ratio legis* o intención de la ley:

Consiste en la razón de ser de la ley, esto es la aplicación del criterio *teleológico* de interpretación (Rubio, 2013). Se utilizó como método de interpretación de las disposiciones constitucionales aplicables (libertad religiosa y protección de la salud).

7.2. Población muestral

A fin de conocer y comprender el problema de investigación, conforme al método funcional, sin ser un tema netamente jurisdiccional ni temporal, se analizó 03 sentencias o casos judiciales sobre la tutela de *la libertad religiosa* de los padres frente a indicación médica de transfusión sanguínea en su hijo menor de edad, utilizándose la muestra teórica y la muestra por conveniencia.

Muestra Teórica o Conceptual

Hernández, R. (2014), sostiene que las unidades contienen atributos que contribuyen a la teoría. En el presente trabajo se utilizó este tipo de muestra, dado que la jurisprudencia comparada se ha pronunciado sobre la tutela de la libertad religiosa de padres frente a una indicación de transfusión de sangre en menor de edad, así como la posibilidad del menor maduro de ejercer el derecho a la integridad física y moral.

El caso que se analizó está contenido en la **Sentencia** del Pleno del Tribunal Constitucional español 154/2002 Caso Alegre Tomás vs. Sala Penal del Tribunal Supremo español (Véase 3.3.1. Caso 01 Alegre Vallés), sobre acción de amparo a favor de los padres testigos de Jehová en tutela de su derecho a la libertad religiosa, contra la sentencia condenatoria que los había condenado por

el fundamento de no haber convencido al menor de trece años el uso de la transfusión sanguínea.

Muestra por conveniencia

Hernández, R. (2014), indica que están conformadas por los casos disponibles y accesibles.

El caso que se ha utilizado es el Caso 02 (véase 3.3.2.) en el que la fiscalía solicitó una *autorización judicial* de transfusión de sangre para una adolescente de quince años, sin embargo, a posteriori se determinó que la adolescente se recuperó de su salud sin necesidad de dicha transfusión solicitada, conforme se verifica de la autorización expedida por el Primer Juzgado de Familia de Arequipa mediante Resolución N° 01 del 20 de febrero de 2015 y la posterior resolución N° 06 del 26 de agosto de 2015 que declaró el archivo definitivo, en el Expediente 00670-2015-0-0412-JM-FT-01, sobre investigación tutelar.

También, otro caso que se ha utilizado es el Caso 03 (véase 3.3.3.) en el cual se pronunció la Fiscalía en lo penal de Lima con fecha 09 de enero de 2017, disponiendo el archivo contra los padres del *presunto delito de exposición a peligro* a menor de edad (Véase Anexo 1).

Asimismo, sobre estos mismos hechos del caso se generó el Exp. 22499-2016-0-1801-JR-FT-14, sobre *autorización judicial*, en el cual se emitió sentencia por el 14° Juzgado de Familia de Lima (23 de noviembre de 2016), ordenando autorización judicial de transfusión de sangre al menor, empero, una posterior resolución por la 1° Sala de Familia de Lima del 22 de agosto de 2018, en ese mismo expediente, decretó la sustracción de la materia.

Precisando que posteriormente sobre los mismos hechos del caso, se generó el Expediente 01411-2017-0-2506-JM-FT-02 sobre *investigación tutelar*, emitiéndose sentencia por el Segundo Juzgado Mixto de Nuevo Chimbote contenida en la Resolución 07 del 04 de julio de 2018, en la que declaró que el menor no se encuentra en estado de abandono (Véase Anexo 2).

7.3. Técnicas e Instrumentos de investigación.

La presente investigación conllevó el manejo de las siguientes técnicas:

Análisis documental:

Mediante la cual se recopiló información del análisis del sistema jurídico peruano, en cuanto al derecho a la libertad religiosa del padre y la posibilidad del consentimiento informado del menor de edad maduro, así como otros conceptos relacionados con el tema, como son: objeción de conciencia, capacidad natural, discernimiento y autonomía progresiva del menor.

- Manuales, tratados, etc.
- Constituciones.
- Jurisprudencia
- *Instrumento:* Fichas de análisis para registro de la información.

Procedimiento para la aplicación de los instrumentos de recolección de datos

Para los casos que constituyen la muestra teórica y la muestra por conveniencia se utilizaron la técnica de análisis documental así como el instrumento de fichas de análisis de contenido.

7.4. Procesamiento y análisis de la información.

7.4.1. Procesamiento de la información

Mediante la **Técnica del fichaje** consistente en registrar información utilizando el instrumento llamado fichas, que nos permitió calificar los datos consultados. Los más empleados fueron: Fichas de resumen y fichas de comentario o concepto.

7.4.2. Análisis de la información

Técnicas lógicas de: inducción y análisis (descritas en el punto 7.1.1.), así como la Hermenéutica, que se define de la siguiente manera:

“En su aplicación, previamente debe ser interpretada con el fin de sacar a la luz el significado que encierra delimitando y explicando con otras palabras más claras y precisas que hagan posible su comprensión” (Aranzamendi, 2013, p. 101).

Esta técnica se utilizó para interpretar correctamente la Constitución y legislación (Código Civil, Ley General de Salud) en función a conceptos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

Resultados

Resultado 1

La libertad religiosa implica el respeto al individuo que vive bajo una forma de creencia que le debe ser tolerada y respetada, garantizada por el numeral 3 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. El contenido de la libertad religiosa en el ámbito clínico puede armonizarse con el derecho a la vida y a la salud, en tanto tiene que ver con una atención médica o tratamiento médico (sin sangre), que sea compatible y sin afectar las convicciones religiosas y morales.

En la casuística y a partir de nuestra legislación sanitaria, el artículo 4 tercer párrafo de la Ley General de Salud 26842, compele al médico a pedir la autorización judicial, ante la negativa de los representantes legales al tratamiento, por cuanto no es el menor con incapacidad de ejercicio relativa o absoluta quien está rechazando el tratamiento, sino el padre como representante legal, sin observarse que en el mismo artículo en su primer párrafo *in fine* exceptúa del requisito del consentimiento informado en situaciones de emergencia, respaldado por la doctrina.

Empero, la precitada ley general regula la negativa de los padres al tratamiento, sin distinguir que según los hechos materia de la presente investigación, los padres no niegan todo tipo de tratamiento médico sino el procedimiento de transfusión sanguínea, considerado, desde el punto de vista médico, una opción de entre varios tratamientos médicos posibles (alternativas), situación que también concibe la doctrina como un derecho a la elección o también “sustitución” de tratamiento no contemplada en la precitada ley, con lo que restringiría su libertad religiosa en el ámbito clínico, amparada también por la jurisprudencia constitucional nacional y comparada.

Respecto a la negativa por parte del propio menor de edad a recibir transfusiones de sangre, el precitado artículo 4 de la Ley General de Salud, presenta un vacío legal al no regular el derecho al consentimiento informado del menor maduro con capacidad de discernimiento (menor adulto), limitándose a regular el

consentimiento por representación, reflejado también en el inciso d) del artículo 5 del Reglamento de la Ley 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, la cual de igual manera solo regula el consentimiento por quienes ejercen la patria potestad o tutela (consentimiento por representación), limitándose a reconocer el derecho al consentimiento informado por aquellos menores que han cesado su incapacidad por matrimonio o por obtención de título oficial para ejercer una profesión u oficio, según las normas del Código Civil, sin regular el consentimiento informado para el menor maduro que manifiesta su libertad religiosa con capacidad de discernimiento (menor adulto), al margen del requisito de matrimonio, obtención de título oficial o ejercicio de la paternidad (este último supuesto de cese de incapacidad regulado por DL. 1384).

Resultado 2

La objeción de conciencia, conforme a la doctrina, es el rechazo a determinada conducta configurada como obligación legal, en una situación concreta, basado en motivos de conciencia y en convicciones religiosas, pues obrar dicha conducta objetada resulta en atentado dichas convicciones, considerada un derecho constitucional proveniente del derecho a la libertad de conciencia y religión (art. 2 inc. 3 de la Constitución).

La Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, que modifica el artículo 15 de la Ley General de Salud del Perú, en su literal f) del inciso 15.2 consigna expresamente como derecho del paciente "recibir en términos comprensibles información completa y continuada sobre su enfermedad, incluyendo alternativas de tratamiento". Sin embargo, la Ley General de Salud no ha regulado el derecho a decidir por posibles alternativas de tratamiento como avances científicos actuales, así como el caso de negativa a la transfusión sanguínea basado en convicciones religiosas (vacío legal) por lo que debemos recurrir a los principios constitucionales de integración e interpretación constitucional.

Según la interpretación del Tribunal Constitucional peruano, ya sea con base en convicciones morales o religiosas, el objetor sobre la base de dichas convicciones, es susceptible de protección constitucional pues manifiesta dichas convicciones que determinan su comportamiento, ante cierto deber jurídico investido de coacción y coercibilidad. Lo que significa que el derecho fundamental a la libertad religiosa se tutelaría también cuando se evita iniciar o proseguir investigación penal por ejercer dicho derecho fundamental, cuando como se ve en la casuística rechazan la transfusión sanguínea en su hijo menor de edad, por motivos de conciencia, pero sin implicar afectación al interés superior del menor (derecho a la salud o a la vida).

La actuación del poder estatal mediante una investigación penal por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres no satisface el test de proporcionalidad, y vulnera su libertad religiosa por afectación a los principios constitucionales de *inmunidad de coacción* y principio de no discriminación.

Resultado 3

Respecto a la relación médico-paciente menor de edad, siguiendo la Ley General de Salud en su artículo 4, tercer párrafo, precitado, se verifica el deber legal al médico a comunicar a la autoridad judicial para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar, aun en el caso del menor -relativamente incapaz- referido en el numeral 1 del Artículo 44 del Código Civil, es decir, todo menor entre dieciséis y dieciocho años de edad, cuyo representante ejerza negativa a recibir cierto tratamiento médico (aunque se base en convicciones religiosas), puesto que se vincula dicha negativa con un riesgo (adicional) para la vida y la salud del paciente; que conforme al penúltimo párrafo del artículo 17° del Reglamento de la Ley N° 29414, la negativa de los padres al tratamiento, invita la participación del Ministerio Público.

Sin embargo, la redacción de la norma no aprecia la libertad religiosa del menor entre dieciséis y dieciocho años de edad y los avances científicos actuales, lo

que recorta el derecho fundamental a la libertad religiosa del menor de edad maduro con capacidad de discernimiento, impidiendo que sea dicho paciente representado que ejerce derechos en autonomía progresiva, quien emita un consentimiento al acto médico, máxime si se basa en convicciones religiosas, garantizado constitucionalmente.

Siendo que bajo la tesis no conflictivista de los derechos fundamentales, tutelar la libertad religiosa -como derecho fundamental- no significa afectar otro derecho fundamental sino que es posible jurídicamente su concordancia con el derecho a la vida y derecho a la integridad física del paciente menor de edad maduro. Así, se evidencia la falta de reconocimiento legal de la autonomía progresiva del menor de edad, en materia de libertad religiosa.

Se debería aceptar la tesis que también el menor de edad maduro con capacidad de discernimiento -generalmente a partir de los dieciséis años de edad-, por convicciones religiosas, con base en su autonomía progresiva e integridad personal, puede emitir consentimiento para el acto médico como parte de la dignidad de la persona, sin calificarse *prima facie* un atentado contra sí mismo. Teniendo en cuenta -ante todo- su opinión y objeción de conciencia, contempladas como derechos fundamentales y derechos de la personalidad para su proceso de desarrollo, garantizadas por los incisos 1 y 3 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo IV del título Preliminar y artículos 9° y 11° del Código de los Niños y adolescentes, todos los cuales fundamentan el derecho del paciente menor de edad al consentimiento informado, sin que ello afecte su interés superior.

De la casuística analizada en la presente investigación, se verifica que la existencia de una urgencia es relativa, pues no siempre en dicha situación se llega a aplicar la transfusión sanguínea en el paciente menor de edad, considerándose innecesaria al aplicar las alternativas de tratamiento, si bien entiende la doctrina y la jurisprudencia que el médico tiene la responsabilidad legal en dicha situación de urgencia, como posición de garante, desde el punto de vista del derecho médico.

También es cierto que el padre objetor procura la atención médica solicitando la aplicación de otros procedimientos o posibles alternativas de tratamiento pero sin afectar sus convicciones religiosas por permitir el uso de la transfusión sanguínea (conducta a la que no está obligado jurídicamente, según lo entiende la jurisprudencia constitucional por principio de inmunidad de coacción), pues, en tutela de la libertad religiosa por el ordenamiento jurídico y conforme a la doctrina, los padres y el menor maduro con discernimiento pueden objetar un tratamiento médico y elegir tratamientos médicos sin sangre en menor de edad compatible con sus creencias, en caso de no emergencia. Siendo así que de estar regulado el consentimiento del menor maduro, respaldado por los padres, no cabría tampoco investigación penal contra estos últimos.

Del análisis de la legislación sanitaria de España, se permite rechazar determinado tratamiento y optar por posibles alternativas de tratamiento o bien se permite el alta voluntaria siempre que no haya riesgo para el paciente, siendo último recurso el acudir a la autoridad judicial. Siendo que el menor a partir de los dieciséis años, sin necesidad de representación, puede emitir su consentimiento al tratamiento médico, al margen de la capacidad civil. Además, según la jurisprudencia constitucional se le permite al menor de edad maduro rehusar transfusión de sangre por motivos religiosos, en ejercicio de su libertad religiosa y derecho a la autodeterminación protegido por el derecho fundamental a la integridad física, salvo cuando se trate de un tratamiento vital en interés prevalente del menor.

Análisis y Discusión

Respecto al Resultado 1

Sobre el análisis de la libertad religiosa (también considerado un derecho humano a la libertad de conciencia, culto y religión, en tanto dimensión religiosa del ser humano) en el ámbito clínico, tenemos por un lado la libertad de manifestar las convicciones religiosas del individuo en todo ámbito -incluyendo el ámbito clínico- y por otro lado, la obligación legal al representante legal de procurar la atención a la salud, cuando de por medio hay un paciente menor de edad.

Lo que conlleva *integrar* la libertad y la autoridad, como señala Landa (2002), a través del principio de proporcionalidad y principio de *armonización*; pero si hubiera una limitación al derecho fundamental se debe conservar siempre sus rasgos esenciales (carácter absoluto del contenido esencial), usando el principio de proporcionalidad como garantía de racionalidad para su protección efectiva y vigencia (Burga, 2011).

Toda intervención en el ejercicio de un derecho fundamental deberá estar justificada y debidamente proporcionada, teniendo en cuenta los valores en que reposan (Prieto, 2009) -valores superiores del ordenamiento jurídico-. Conforme señala Alexy (como se citó en Landa, 2002), que considera a los derechos fundamentales como principios, -en específico mandatos de optimización- en vinculación con el principio de proporcionalidad, se deberá tener en cuenta este principio si el caso es que la acción penal afecta la libertad religiosa de los padres que se manifiesta en un derecho constitucional de objeción de conciencia.

El principio de proporcionalidad tiene respaldo constitucional, con base en la dignidad y los derechos fundamentales sin tolerar sacrificios arbitrarios por parte de los poderes, entendido así para el Tribunal Constitucional peruano (Grández, 2010).

Tal vinculación conlleva verificar la optimización relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas, en la estructura del test de proporcionalidad, a través de sus conocidos tres sub principios.

Ahora bien, el principio de supremacía constitucional o de rigidez constitucional, implica la inalterabilidad de derechos y libertades, como principio normativo en garantía de los derechos humanos.

La libertad religiosa, en su aspecto subjetivo, implica sobre todo el derecho a actuar conforme a las convicciones religiosas que el individuo ha decidido, lo que está protegido constitucionalmente (Romeo, 1994).

Además, no olvidemos que la libertad religiosa es considerada un principio/derecho que contiene una inmunidad de coacción y una libertad de acción (referido a su contenido esencial), conectada también al principio/derecho de *igualdad*.

En materia de derechos fundamentales, siguiendo la tesis no conflictivista de derechos fundamentales cabe su armonización, así como la de sus pretensiones, por cuanto en el orden jurídico constitucional, no hay un bien o valor que prevalezca sobre otro, más bien, por el principio de unidad de la Constitución, sus normas componen una unidad, *no existiendo un orden jerárquico* de derechos fundamentales. Siendo que en el tema materia del presente trabajo, cabe la *armonización* entre los derechos a la libertad religiosa y derecho a la salud del menor.

Partiendo del caso, tomado como antecedente, en el que un médico objetó trabajar día de sábado por ser un día de adoración con base en sus creencias religiosas (Exp. N° 0895-2001-AA/TC), de igual manera merece respeto la persona adulta que alega objeción a la transfusión sanguínea por convicción religiosa para sí o, siendo objeto del presente trabajo de investigación, para su menor representado (pues forma parte de su adoración no aceptar transfusión), empleándose los medios

disponibles, y debiéndose tener en cuenta que en ambos casos no afecta orden público, moral ni derechos de terceros.

Así, la pregunta surge: ¿Es **constitucional** la negativa a la transfusión en menor de edad por convicción ética religiosa de los padres, en el ámbito clínico?

Ninguna religión se opone al derecho a la vida, y en particular el ejercicio de la libertad religiosa de un padre propende por la vida y la salud (no es contrario al orden público ni a principios generales del derecho), por cuanto no se afecta la vida en un paciente menor de edad cuando hay **alternativas** de tratamiento. No se produce afectación al derecho de la vida por cuanto los padres procuran atención médica.

Está constitucionalmente protegido como derecho a la libertad religiosa que un padre por convicciones religiosas exprese negativa a transfusiones sanguíneas en paciente menor de edad; y en ese sentido, ante un supuesto conflicto de derechos fundamentales, en realidad, conforme a la tesis no conflictivista de derechos fundamentales, no existe tal conflicto, sino que cabe la armonización de ambos derechos en el ámbito clínico legal.

Los padres testigos de Jehová conforme a sus principios religiosos de la familia solicitan emplear terapias no prohibidas en sentido religioso y procuran buena atención médica para sus hijos (Dixon y Smalley, 1981).

Se cree que al ejercer un derecho de libertad religiosa se produce un impedimento al derecho a la salud del menor. El padre testigo de Jehová no pretende impedir el derecho a la salud del paciente, puesto que no cree en sanación por fe, sino que por el contrario, objeta la transfusión sanguínea como tratamiento médico rechazado. Tal negativa a la transfusión no implica afectación al derecho a la salud o a la vida del menor, máxime si existen casos de atención médica sin dicha transfusión, considerado tales tratamientos sin sangre como un avance médico científico en garantía del derecho a la salud del paciente y con miras a su implementación en el ámbito clínico.

La libertad religiosa es ejercicio de la libertad jurídica de elección, es decir, que la persona eligió como parte de su adoración obedecer el mandato bíblico de abstenerse de sangre que incluye las transfusiones (Sánchez, 2003), por tanto no afecta el orden público, entendido como el conjunto de valores, cuyo propósito es el adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial (EXP. 3283-2003-AA/TC, f.j. 8). En tanto la negativa de la transfusión no se orienta a la pérdida de la vida del paciente no vulnera las normas de orden público, máxime si el valor de por medio que se busca es la mejora de la salud mediante tratamientos éticamente permitidos por el paciente y físicamente posibles en la ciencia médica, estos son, tratamientos sin sangre como alternativas a la transfusión. Así, el padre que ejerce su **libertad religiosa no solicita el fin de la vida del menor, ni lo retrae de la atención médica, sino** solicita la aplicación de tratamientos médicos, se sustituya la transfusión por otros procedimientos acorde a la conciencia religiosa y moral del individuo, sus creencias no afectan el orden público.

En tanto siguiendo la tesis no conflictivista de los derechos fundamentales, no hay propiamente un conflicto de derechos sino de pretensiones en un ámbito concreto, es posible ser interpretadas de modo compatible entre sí, siguiendo el principio de proporcionalidad que permite su armonización para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

El derecho fundamental a la libertad religiosa, posible de ser manifestada mediante la objeción de conciencia ante un mandato jurídico concreto, basado en su conjunto de valores y creencias que guían la vida de la persona, le faculta negarse a una determinada conducta (rehusar la transfusión de sangre en cuyo lugar se solicita más bien una alternativa terapéutica), que es reconocida por su comunidad religiosa; así, la postura proveniente de los padres por convicción religiosa de testigos de Jehová, se sustenta en la libertad religiosa, cuya objeción como derecho es reconocida legalmente por el artículo 4 de la Ley 29635, Ley de Libertad religiosa.

Realmente, los padres testigos de Jehová atentarían contra su propia conciencia al consentir una transfusión de sangre a su menor hijo, más bien siendo

consecuentes con sus creencias, conforme se ha denotado de la casuística (véase casos 02 y 03) y jurisprudencia (caso Alegre Vallés), están dispuestos a aceptar los procedimientos alternativos a las transfusiones sanguíneas, no debiendo entrar en discusión la libertad religiosa de los padres.

La autora Carazo Liébana (como se citó en Rosas, 2015, p.197) señala que la libertad religiosa se ejerce frente a los poderes públicos y es *protegida ante toda discriminación*. Por ello, refiere que el derecho a la libertad religiosa significa *ausencia de consecuencia legal* ante ejercer una religión.

Contrariu sensu, una consecuencia legal a partir de creer y practicar una religión, es decir, si se genera una consecuencia por evitar una transfusión de sangre basado en convicciones religiosas, por ejemplo una persecución penal contra el padre de familia testigo de Jehová, se incurrirá en una vulneración a su libertad religiosa.

Por lo visto el ejercicio de la libertad religiosa, como derecho humano, implicar actuar acorde a las creencias, que se ha considerado como parte de su identidad, y se protege cuando se exime de consecuencias legales.

Ahora bien, ¿qué hay en cuanto al consentimiento informado por parte de un menor de edad?

Partiendo del consentimiento informado como una derivación necesaria del derecho a la vida, integridad física y libertad de conciencia (Corte Constitucional Colombiana, 10 de noviembre de 2004; Peña, 2017), cabe analizar su aplicación en el menor con discernimiento.

El autor Javier García (2011) basa la libertad de decidir sobre un tratamiento propuesto y la pretensión del paciente o su representante para enervar alguna intromisión externa a la voluntad de quien va a decidir en el *derecho a la integridad física*. En ese sentido, los derechos constitucionales garantizados no son excluidos por los derechos contenidos en Ley general de salud (artículo 2 de la Ley 29414).

Hemos verificado que un sector de la doctrina se contradice en la argumentación, en cuanto al consentimiento informado del menor de edad como derecho del paciente, adoptando una posición variable dependiendo de quien ejerce la objeción.

Esto es, si en el supuesto hipotético, que el menor con discernimiento no rehúsa la transfusión, pero los padres sí la rechazan (es decir, la opinión del menor entra en oposición a la de los padres), este sector opina que el menor debe dar el consentimiento para el tratamiento médico.

Sin embargo, cuando el menor con discernimiento ejerce un derecho del paciente y objete la transfusión pero los padres no, el mismo autor refiere que no es relevante la opinión del menor bastando el consentimiento de los padres (Díaz, O., 2003). Ello por cuanto toda indicación de transfusión es considerada de urgencia, o en todo caso, se considera que la única opción de tratamiento médico o quirúrgico conlleva transfusión sanguínea, al margen que sea de carácter de urgencia o no.

Pues bien, apunta Garay (2000) que toda intervención en la que se indique transfusión sanguínea automáticamente parece como si el acto médico fuese siempre de urgencia, cuya calificación impuesta legitima tal intervención, aun contra la voluntad del paciente.

Para desvirtuar tal calificación impuesta de urgencia para transfusión, se verifica de la casuística -Caso 02 y 03- (véase Anexos 1 y 2), que aun en dichos casos urgentes, se llevó a cabo una intervención quirúrgica en un menor de edad *sin transfusiones* de sangre, en cuyo lugar se procedió con otros procedimientos médicos alternativos a la transfusión. Ello está configurado como *urgencia relativa*, desde el punto de vista constitucional, según una jurisprudencia española (STC 37/2011, 28 de marzo).

Ahora, si bien la doctrina civil considera el discernimiento relativo del menor por no poder comprender las consecuencias del acto, sin embargo, ello es fundamento y no afecta la capacidad civil del menor, por lo que se reconoce

legalmente la *capacidad de ejercicio restringida* del menor adulto o adolescente entre los dieciséis y dieciocho años, calificada así por la propia ley (art. 44 inciso 1 del Código Civil, modificada por DL. 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones). Es más, tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años que contraigan matrimonio o ejerciten la paternidad (artículo 42 del mismo código sustantivo, modificado por el DL. 1384).

De lo cual inferimos que no hay inconveniente de orden civil para ejercer dicha idoneidad en el ámbito clínico referente al consentimiento informado a partir de los dieciséis años del menor.

Además, el menor adulto o adolescente tiene **derecho a la libertad religiosa**, garantizado por la Constitución en su numeral 3 del artículo 2, en virtud a la cual puede ejercer sus convicciones religiosas, en *autonomía progresiva*, y en respeto a su **integridad física**, garantizado en el numeral 1, artículo 2 de la norma fundamental.

Queda claro, que el menor adulto -o adolescente- puede ejercer el *derecho fundamental a la libertad religiosa* e integridad física en el ámbito clínico, conforme al Código de los Niños y Adolescentes (artículo IV del título preliminar); también, el mismo dispositivo señala que tienen *capacidad especial* para realizar los actos civiles autorizados por el mismo Código y demás leyes, es decir, capacidad especial de obrar, por tal motivo el menor a partir de los dieciséis años obtiene tiene capacidad de declarar su voluntad por sí mismo. Por otro lado, el menor maduro tiene derecho a la libertad de opinión en lo que le atañe (art. 9 del precitado Código). Por lo que objetamos el inciso c del artículo 5 del Reglamento de la Ley 29414, cuyo artículo regula sobre la representación legal en el ámbito clínico, siendo posible que el menor con discernimiento en virtud de sus convicciones religiosas decida sobre un tratamiento médico que no afecte su conciencia e integridad.

Respecto al Resultado 2

Surge la pregunta: ¿atenta la objeción de conciencia o negativa de los padres a la transfusión sanguínea por convicción religiosa, contra el interés superior del menor?

En el análisis sobre la posibilidad de armonizar las pretensiones y los derechos (a la vida y la libertad religiosa) y el interés superior del niño, se toma en cuenta la tesis no conflictivista de derechos fundamentales por la cual se puede demostrar que la protección efectiva de su contenido.

En una oportunidad de resolver un caso de objeción de conciencia, el Tribunal Constitucional (TC) estableció *la objeción de conciencia* como un derecho constitucional contenido en el derecho a la *libertad de conciencia* (STC Exp. 0895-2001-AA/TC, 19/08/2002, f. j. 3).

Agregó el TC que existen circunstancias en las que la exigencia de cumplimiento de una obligación **colisiona** con los *dictados* de la conciencia. Así, el TC estableció que el derecho a la objeción de conciencia implica obrar conforme a la misma en un derecho de autodeterminación. De lo contrario, se vaciaría de contenido la libertad de conciencia, en tanto el individuo formaría sus convicciones para luego traicionarlas afectándolo moralmente en su dignidad como consecuencia (STC Exp. 0895-2001-AA/TC, f.j. 6, caso Lucio Valentín Rosado Adanaque).

Asimismo, el TC peruano, en la sentencia Exp. 6111-2009-PA/TC, al resolver un caso sobre objeción de conciencia, afirma que es indispensable el *requisito de coacción*, como requisito para la lesión a la libertad religiosa y poder objetar en conciencia. Dicha lesión se evidencia con la privación o menoscabo de los atributos de la libertad religiosa supra citados.

La conciencia contiene ideas religiosas, razón por la cual se sostiene que en nuestro ordenamiento peruano, el *derecho de objetar es un derecho derivado y forma parte del derecho a la libertad de conciencia y religión* (Ballenas, 2013), estando

contemplada la objeción de conciencia en la Ley de Libertad religiosa (artículo 4 de la Ley 29635).

Nos adherimos a lo señalado por Navarro-Valls y Martínez-Torrón (2012), que definen la objeción de conciencia como el rechazo del individuo a actuar conforme a una conducta jurídicamente obligatoria, basada en razones axiológicas de contenido fundamentalmente religioso.

En ese sentido, se señala como elementos de la objeción de conciencia: la norma jurídica que contiene un deber jurídico, la conciencia individual que colisiona con dicho deber jurídico, la no existencia de una norma que diluya tal conflicto y la manifestación del sujeto objetor (Gómez, 1997).

Respecto al elemento (1) de la objeción de conciencia, la norma jurídica que puede afectar las convicciones religiosas del individuo, en el ámbito clínico, es la referente a la emergencia médica y posible investigación penal, por omitir el consentimiento exigido por el personal médico. La pregunta es ¿se puede entender el emitir consentimiento como un deber jurídico?

Ahora bien, acorde al ordenamiento legal, el médico se encuentra facultado legalmente por el Estado a intervenir en situación de emergencia, por cuanto la Ley general de salud lo *exime* del *consentimiento informado* previo (Art. 4), que contempla el derecho de todo paciente a no ser intervenido sin su consentimiento o el de su representante (derecho al consentimiento informado), salvo en caso de emergencia.

Por otro lado, en situación de no emergencia, de no darse el consentimiento o negarse al tratamiento, el médico no asume responsabilidad legal, empero, en situación de emergencia, el médico a cargo no requiere del deber legal del consentimiento del paciente, como hemos referido, siendo innecesario el consentimiento, por ser urgente la situación; más bien, hay responsabilidad por no atender al paciente, y por tal motivo el médico -como se ve en la casuística- exige el consentimiento para salvar alguna responsabilidad, y seguridad para ambas partes, al recibir el pedido de no aplicar transfusión, pero corren riesgo los representantes

legales (padres) por una investigación penal o tutelar por no haber emitido un consentimiento no exigido legalmente.

Sin embargo, señala la doctrina que es correcto que al no emitirse el consentimiento imprescindible para la vida del menor, se solicite la autorización judicial para el tratamiento en interés superior del niño (J.C. García, 2016).

Así, para la doctrina el médico debe pedir la intervención judicial en situaciones urgentes, aunque, se encuentra habilitado legalmente para intervenir quirúrgicamente pese a negativa de padres. Lo que denota que según la ley y la doctrina, en situación extrema no se requiere consentimiento del representante legal del menor.

Empero, *contrariu sensu*, es en la situación de no emergencia, en la que está facultado el representante del menor a solicitar otra opinión médica o posible alternativa, no requiriéndose la *participación* del ministerio público, prescrito en el Reglamento de la Ley 29414 (art. 17). Pues, intervienen dos factores: (i) la propia situación de no urgencia, (2) el consentimiento como derecho del paciente que debe ser protegido ampliamente. Cabe recalcar que dicha Ley General de Salud, no obliga expresamente a transfundir sangre al paciente, dado que la transfusión como práctica médica es una de las alternativas médicas posibles. A modo de reflexión, ¿qué sentido tendría que el padre tenga el derecho legal a autorizar el consentimiento, y el derecho constitucional de guiar a su hijo en sus propias convicciones religiosas, pero no pueda ejercer el derecho a elegir cierto tipo de alternativa de tratamiento, en favor de su menor hijo, atendiendo al derecho a la libertad religiosa?

Así, existe un vacío legal en la ley general de salud, pues no contempla el supuesto de negativa basado en convicciones religiosas, y optar por los avances científicos actuales, y si bien se debe tutelar la vida no se puede dejar de tutelar la libertad religiosa, teniendo en cuenta que ambos derechos no son excluyentes, es decir, se puede tutelar ambos derechos de manera armónica y siendo compatibles en su ejercicio.

Acorde a la dogmática de derechos fundamentales -tesis no conflictivista de derechos fundamentales-, considero que a priori no hay colisión entre la vida y la libertad religiosa, no podría haber conflicto entre derechos. Hemos señalado que el derecho a la elección de tratamiento en el contexto clínico no implica rechazo al derecho a la salud del paciente.

No obstante, la ley establece la obligación de *comunicar a la autoridad judicial* en salvaguarda de la vida y salud de los absolutamente o relativamente incapaces (artículo 4 de la Ley General de Salud), empero se contradice con la excepción del consentimiento en casos de emergencia (parte *in fine* del primer párrafo del mismo artículo). Tal comunicación conlleva quiérase o no a la investigación contra los representantes legales del menor.

Si bien se trata de garantizar la responsabilidad médica para aplicar el tratamiento, según el punto de vista legal, empero, sucede que la negativa del padre no tiene por objeto rehusar la atención médica en el menor de edad -según la intención de la ley-, sino el tratamiento propuesto de manera relativa propiamente el procedimiento de transfusión, solicitando la sustitución o aplicación de alternativas terapéuticas. Es decir, si partimos que del hecho que no se rechaza el tratamiento sino un procedimiento ¿por qué imputar responsabilidad cuando se pretende la debida atención médica por parte del representante legal del menor de edad?

En ese sentido, se debería procurar en aras a la atención integral del menor la debida análisis para la elección del tratamiento acorde al criterio y conciencia médica, así como acorde a la conciencia y convicciones del representante legal del menor, cuyo bien en común materia de protección (salud), es el objetivo de ambas partes. Pero, tal comunicación se impide a consecuencia de una declaratoria de emergencia médica del paciente, por el solo hecho de negativa a la transfusión y se solicita su sustitución u otros procedimientos médicos posibles.

Es así, que en el tema del presente trabajo al estar considerado desde el punto de vista del Estado, el deber del padre de salvaguardar el interés de su menor hijo, y que implicaría autorizar el tratamiento de transfusión, cabe entonces la aplicación de la objeción de conciencia (llamada por la doctrina como objeción impropia), frente al

pedido coercitivo -según la práctica médica- de firmar el documento de consentimiento a los padres, ante la situación de emergencia que los médicos declaran y sin embargo el ministerio público promueve investigación penal contra los padres.

¿Los padres o representantes cuya negativa al uso de sangre por objeción de conciencia, produzca la muerte del paciente necesitado de tratamiento médico, tendrán responsabilidad criminal?

Respecto a este punto, se piensa que el uso de sangre resultará en salvar la vida del paciente en situación de urgencia, lo que resulta una falacia, por estar siempre presente el factor riesgo, lo mismo que en sentido contrario, “el no uso de sangre producirá la muerte del paciente”, no siendo lógico que se impute una responsabilidad penal a los padres -sobre la base una falacia y no de una certeza- quienes, conforme se verifica en la casuística, acompañaron a su menor hijo al centro de atención médica, no obstaculizando dicha atención médica y procurando la salud de su hijo por todos los medios disponibles, salvo el procedimiento que por convicción religiosa y base de su objeción, se niegan a aceptar, esto es, la transfusión sanguínea, empero dispuestos a aceptar la atención médica o el tratamiento médico o intervención médica no rehusado por los padres. Aún más, en el caso que dicha transfusión fuese rechazada por los padres, al margen de la aceptación o rechazo coincidente por el menor maduro, los médicos tomando en cuenta los parámetros legales se encuentran facultados legalmente a intervenir al paciente menor de edad y según los criterios y conocimientos médicos, razón más para no amparar una responsabilidad penal contra los padres del menor intervenido.

La pregunta surge ¿Se **debe** abrir investigación penal contra los padres que ejercen libertad religiosa?

Para la jurisprudencia constitucional, no es procedente que el padre renuncie a sus creencias religiosas para consentir la actuación médica, pues forma parte de su libertad religiosa. Por otro lado, entra a tallar también la libertad de opinión del

menor no debiendo ser irrelevante en el ámbito sanitario. ¿Se está aplicando correctamente la Ley General de Salud y el Código de los Niños y adolescentes?

En primer lugar, cabe una interpretación constitucional de las normas partiendo de la tesis que los derechos fundamentales no entran en conflicto.

Si bien la legislación protege el interés superior del niño, tutelado en el ámbito sanitario, sin embargo es relevante analizar si la investigación penal contra los padres que ejercen su libertad religiosa resulta acorde al principio de proporcionalidad, a fin que no sea afectado arbitrariamente la libertad religiosa de los padres en dicho ámbito, en correspondencia con sus tres sub principios.

Respecto a la apreciación razonable y proporcional de disposiciones sancionatorias, en la STC N.º 535-2009-AA/TC (Caso Universidad San Ignacio de Loyola), el Tribunal estableció que se debe realizar una valoración de los hechos, los antecedentes y las circunstancias de la falta para una decisión razonable (f.j. 13).

En el Perú, estaría legalmente permitido la intervención del juez para la autorización de un tratamiento determinado que se supone vital, ante la negativa de los padres; intervención basada en el Código de los Niños y adolescentes. La finalidad que persigue tal intervención judicial como fundamento constitucional es el pleno desarrollo de la personalidad como derecho e interés del menor. Sin embargo, ¿qué función cumple la investigación penal contra los padres? Si es supuestamente el desarrollo del menor, consideramos que con tal investigación penal no se consigue tal finalidad, con lo que no se cumpliría el sub principio de idoneidad.

Asimismo, la actitud del médico en proseguir con el tratamiento indicado y rechazar lo solicitado por el paciente o representante legal, denunciando que los padres no dan el consentimiento informado, sustentado en que tiene limitaciones morales o técnicas; empero debe quedar claro que el consentimiento informado no es necesario en caso de emergencia. Es más, la finalidad perseguida de atender al menor conforme al criterio médico no solo se consigue con una denuncia sino que otras alternativas fácticas posibles son el compromiso negociado o la investigación tutelar

y no penal, de modo que la investigación penal no cumple con el sub principio de necesidad, por lo tanto la denuncia penal no es una medida acorde al test de proporcionalidad.

Por lo que se debe permitir la participación del paciente o representante, así como del Comité de Enlace con los hospitales (ver Apéndice D) en la toma de decisiones, y determinación de las alternativas previo a cualquier decisión a tomar sobre denuncia o investigación penal, sobre todo, contra los padres. De una u otra manera es objeto de tutela por el ordenamiento jurídico.

Consideramos como objeción de conciencia a la manifestación de la libertad religiosa o de conciencia, de una persona que tiene convicciones morales y religiosas, y que ante determinado deber jurídico (deber legal o constitucional), en una situación concreta, pide se le exima de dicha obligación o de la sanción por su incumplimiento.

El pedido coaccionado y dirigido contra un padre a firmar un consentimiento -a pesar de tratarse de situación de emergencia, es decir, no exigible legalmente- por la cuales no desea transfusión de sangre para su menor hijo (sino otros procedimientos médicos alternativos al uso de sangre) en atención a sus convicciones religiosas y por motivos de conciencia, da lugar a una objeción de conciencia que merece ser tutelada constitucionalmente, cuya libertad religiosa en la que se basa, puede ser afectada por una investigación penal o sentencia condenatoria.

Así, la autoridad judicial emitiría la autorización judicial de transfusión (aunque no se practique realmente, conforme se comprueba en la casuística de la presente investigación), empero, se debería eximir de investigación penal contra los padres en calidad de representantes legales al haber ejercido un derecho fundamental a la libertad religiosa, en aplicación del test de proporcionalidad.

En una situación de no urgencia, el médico tiene dos opciones: o bien acuerda con el paciente o su representante (con lo que se tutela la libertad religiosa), o bien al amparo legal, procede a referirlo a otro centro hospitalario en la que se

acepte las alternativas terapéuticas (cuya actuación también tutela la libertad religiosa, cuando no media denuncia penal contra los representantes legales), entendiéndose que propiamente la no existencia de alternativas de tratamiento no es sinónimo de situación de urgencia del paciente.

En este caso, se debería agotar todas las posibles alternativas de tratamiento, e inclusive poder contactar y referir a otro centro hospitalario, teniendo en cuenta el derecho del paciente a recibir información sobre su propia enfermedad y a decidir *su retiro voluntario* de la Institución prestadora de servicio de salud (primer párrafo del artículo 16 del Reglamento de la Ley 29414), incluso por parte del representante legal del menor de edad, referido en el artículo 5 del reglamento precitado. Aguiar-Guevara (2001) explica que es necesaria “una gran sensibilidad humana y social” por parte del médico (p. 220).

En el extremo caso de emergencia, en el que se autorice judicialmente la transfusión para el menor de edad, no se debería proceder con una investigación penal contra los padres, toda vez que han ejercido un derecho a la libertad religiosa, por cuanto el consentimiento por representación -exigido médicamente, si se quiere éticamente, pero no legalmente- para consentir la transfusión, resultaría en obrar contra la conciencia del representante legal.

Entendemos que en cualquiera de los casos (urgente o no urgente), según J.C. García (2016), los profesionales de la salud también deben informar la insuficiencia de los medios que dispone para que el paciente decida someterse a un tratamiento en otro centro hospitalario más adecuado (p. 8).

Respecto al elemento (2) y (4) de la objeción de conciencia, existe la decisión del padre testigo de Jehová de rehusar el procedimiento de transfusión sanguínea en su menor hijo, no obstante, el padre, en todos los casos, lleva al menor a su atención médica, aunque la única postura asumida es que rechazan un solo tipo de tratamiento (la transfusión de sangre) y no todo tipo de tratamiento, siendo que, en principio, a los padres les compete la decisión respecto a su menor hijo en el ámbito clínico, con

análisis riesgo-beneficios del tratamiento a indicarse (Watch Tower Bible, 1990, p.21).

Especialmente, en el caso 03, el Ministerio Público archivó un presunto delito de exposición a peligro en agravio de menor de edad pues el hecho no constituía delito por haber manifestado los padres su libertad religiosa, asimismo el órgano judicial no declaró un presunto abandono material o moral del menor por cuanto ciertamente se le aplicó el tratamiento médico sin sangre (que primigeniamente fue negado por la Junta Médica), sobre todo, a instancia y entereza de los padres testigos de Jehová que mantuvieron su objeción. Con lo que se acredita que la alegación de no haber alternativas de tratamiento, es relativa, por cuanto, resulta posible fácticamente la aplicación de dichas alternativas terapéuticas, acorde a su convicción religiosa de abstenerse de la sangre, la cual se considera valiosa.

Respecto al Resultado 3

Podemos entender el consentimiento basado en la autonomía del paciente como la **decisión** voluntaria que precisa de su comprensión suficiente e **información** adecuada sobre el acto médico.

Si bien la comprensión de las circunstancias nuestro Código Civil denomina “discernimiento” o también llamada capacidad natural o madurez y el concepto de competencia, propuesto desde la Bioética, para efectos del consentimiento informado, cabe analizar su aplicación en un menor de edad, en tanto los conceptos tienen cierta semejanza.

Tanto el discernimiento como la información suficiente del acto médico y la voluntad del menor son elementos de la autonomía del paciente.

Empero tocante a la competencia, entendida como comprensión y facultad psicológica para expresar un consentimiento, es analizada por el personal médico, desde el punto de vista bioético, considerado un elemento del consentimiento informado.

Pues, la competencia juntamente al otro elemento (autonomía del paciente), permite el ejercicio del consentimiento informado.

Ahora bien, ¿puede aplicarse la competencia al menor maduro y dar lugar a su consentimiento informado? En realidad, la comprensión de las consecuencias por parte del paciente menor de edad, no implica necesariamente su consentimiento informado, si por otro lado, su autonomía como paciente -desde la bioética- es limitada, empero cabe tener en cuenta -desde el derecho- su autonomía o capacidad *progresiva* en el ejercicio de derechos fundamentales.

Respecto al ejercicio de la autonomía del paciente, se exige una decisión voluntaria sin coacciones, información suficiente del acto médico y el discernimiento o madurez suficiente. Así, la voluntad del menor maduro está plasmada en su convicción religiosa con base a la cual solicita alternativas a la transfusión, máxime si ejerce un derecho a la libertad religiosa, si bien desde el derecho civil, su manifestación de voluntad es anulable. La información suficiente está reconocida como base en la libertad de opinión del menor reconocida en el Código de los niños y adolescente y a nivel constitucional. Y tocante al discernimiento o madurez suficiente, el menor maduro con proporcionalidad al acto médico puede psicológicamente comprender las circunstancias y consecuencias del acto.

No obstante, Hervada (1984) refiere que la capacidad de juicios morales de un menor *proporcional a la decisión para el caso*, cuya conciencia resulta lesionada por la aplicación del tratamiento, y con las mismas convicciones que sus representantes, **no debe aplicársele** el tratamiento; y aun en el caso que dicho menor con madurez opone objeción, sin ser compartida por sus representantes, **debe respetarse** la decisión del menor (Garay, 2000, p. 28; Díaz, O, 2003, p. 877).

Si bien, el menor puede encontrarse facultado psicológicamente, no está facultado jurídicamente, encuadrado en la autonomía del paciente, como elemento del consentimiento informado; autonomía que se ejercerá en tanto no se requiera representación legal.

Ahora bien, si la representación legal es consecuencia de una autonomía limitada, ¿es posible que un menor pueda ejercer su autonomía sin representación legal?

Si bien hemos dicho que el menor maduro no está facultado jurídicamente para declarar su voluntad por sí mismo, lo que configura un acto jurídico anulable, ello no significa la nulidad *ipso jure* del acto del menor maduro que obrando con discernimiento y en ejercicio -con autonomía o capacidad progresiva- de derechos fundamentales (derecho fundamental a la integridad física y moral, libertad de opinión, libertad religiosa), emita un consentimiento informado, sin vulneración del interés superior del menor, sin importar el cese de su representación legal por autonomía plena, según el artículo 42 y 46 del Código Civil, modificado por DL. 1384.

En tanto existe una tendencia en el Derecho a reconocer la autonomía progresiva del menor, siendo también concepto clave importante para el Derecho de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos fundamentales, máxime si estamos analizando el derecho a la libertad religiosa del menor de edad, así como también es importante para el Derecho constitucional y en la temática de derechos humanos, todos los cuales apuntan al desarrollo integral de la personalidad del menor (art. 4 del título preliminar y derechos reconocidos en el capítulo I, libro primero, Código de los Niños y adolescentes), teniendo en cuenta los principios de la Carta fundamental, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos públicos conformantes del derecho internacional.

Es decir, al margen de dicho cese de representación, pueda el menor con discernimiento o madurez suficiente a partir de los dieciséis años -edad a partir del cual según nuestro Código Civil, los actos jurídicos del menor de edad no son nulos sino anulables por tener, según la denominación del artículo 44 inciso 1 modificado por DL. 1384, “capacidad de ejercicio restringida”- emitir su consentimiento o conformidad al acto médico

Surge la pregunta: ¿puede respetarse la decisión médica del menor maduro que ejerce su derecho a la libertad religiosa, por autonomía o capacidad progresiva? La respuesta es sí.

Zavala et al. (2012) señala que “como regla general, los deseos de un menor maduro deben ser considerados seriamente en las decisiones relativas a su cuidado (...) no [debiéndose] hacer nada para socavar la confianza del niño hacia los adultos responsables de su crianza y cuidado” (p. 76).

Señala Garay (2000) que la apreciación del discernimiento del menor será rigurosa en el menor que tenga catorce años y debidamente en el menor de dieciséis años con madurez de juicio suficiente.

Es de especial importancia lo indicado por la doctrina en cuanto debe respetarse la decisión y voluntad del menor maduro, cuando la negativa a la transfusión es compatible con alternativas terapéuticas (Moreno, 2011; Garay, 2000; Hervada, como se citó en Díaz, O, 2003, p. 877).

Es así que la autonomía o capacidad progresiva del menor maduro junto a su discernimiento (o también llamada capacidad natural) le permiten elegir su religión, que lógicamente ocurre *antes* de llegar a la mayoría de edad.

Los alcances de la decisión personal del menor maduro depende del grado de madurez suficiente, apreciado caso por caso (Navarro, J.G., 2017). Es así que los conceptos de autonomía y competencia, según el grado de madurez adquirido por el menor, están muy ligado al de consentimiento informado por requerirse la comprensión del paciente de la decisión a tomar, con base en la información brindada por el médico.

La autora Moreno (2011) manifiesta que en buena lógica jurídica es conforme al ordenamiento jurídico el respeto a la voluntad del menor con discernimiento, de rechazar a la transfusión sanguínea aunque exista riesgo vital, que parece haberlo entendido así el Tribunal Constitucional español, según la sentencia

expedida en el caso 01 de la presente investigación, pues sólo menciona que no ha habido elementos que comprueben su madurez suficiente para dicha eficacia.

El supuesto de consentimiento informado por parte del menor de edad maduro sin necesidad de representación legal, aún no está plasmado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico peruano (art. 4 Ley general de Salud), al no estar estipulado la edad de dieciséis años cumplidos para consentir un tratamiento en menor de edad sin requerir representación, sino que el menor a partir de los dieciséis años solo podrá emitir su consentimiento sin requerir representación solo si ha cesado su incapacidad relativa, según taxativamente lo establece el literal d. del segundo párrafo del artículo 5 del DS. 027-2015-SA, Reglamento de la Ley 29414; aunque con el D. Leg. 1384, regula que la plena capacidad de ejercicio aplica a toda persona mayor de 14 años que contraiga matrimonio o ejercite la paternidad.

En ese sentido, la pregunta es: ¿por qué no reconocer a quien ha cumplido 16 años el derecho de emitir su consentimiento sobre un tratamiento médico, aunque no haya adquirido autonomía plena, tomando en cuenta en cada caso concreto la capacidad natural o discernimiento del menor para decidir sobre un tratamiento médico?

Ello también sería posible permitir al menor de 16 años emita su consentimiento en atención a su libertad religiosa e integridad física, considerados derechos fundamentales, y en ese sentido, implicaría una restricción desproporcional el no permitir al menor de 16 años decidir sobre una intervención en su salud, estando *ad portas* de adquirir la capacidad de ejercicio plena, sin que esta capacidad opere como condición restrictiva de los derechos fundamentales.

En el paciente menor de edad ¿de dónde parte el derecho a rehusar un tratamiento: del consentimiento informado o la objeción de conciencia? Ello parte de la autonomía, entendida en el menor como su madurez y voluntad e información médica recibida, que le permite decidir por sí mismo.

En tanto el consentimiento informado involucra ejercer derechos de la personalidad, se le debe permitir decidir al menor si *tiene discernimiento o madurez suficiente* (Blasco, 2015).

El Dr. Fernández (2011) apunta que esta decisión por el menor de edad le corresponde a partir de catorce años -al margen que sea testigo de Jehová o no- cuando es *intelectual y emocionalmente maduro* (Zavala, et. al., 2012; véase también Díaz, O., 2003). Aunque se acepta en general a partir de los dieciséis años con capacidad para decidir por sí mismos (García, J., 2011; García, J.C. 2016; Garay, 2000).

Concordamos con Fernández Sessarego, pues la madurez del menor y su libertad religiosa para adoptar *decisiones por sí mismo* se basa en su autonomía progresiva y ligada a su derecho a la salud. Es así que el restringir dicha decisión del menor maduro, conlleva la restricción de su libertad religiosa.

A modo de ejemplo, a pesar que hay un riesgo para la salud en hospitales por contraer una enfermedad (contagio por pandemia), el Estado no restringe la libertad del personal médico en absoluto, aunque los demás sí tienen restricciones mayores.

Como parte de los derechos del paciente, e integridad física, refiere J. García (2011), que existe el *derecho al rechazo del tratamiento*, que para efectos del presente trabajo entendemos como el derecho a solicitar tratamiento médico sin sangre como alternativa terapéutica, es decir, pedir otro tratamiento distinto a la práctica rutinaria, cuyo derecho se encuadra en la autonomía del paciente y la libertad religiosa. Pero también algunos optan por enmarcarlo en el derecho a la integridad física del paciente, por lo que teniendo como sustento varios derechos fundamentales, somos de la opinión que no se debería prohibir o limitar -en todo caso, limitar lo menos posible- ese derecho a solicitar tratamiento médico sin sangre aun en caso de emergencia.

En tanto la libertad es un valor constitucional y que en el ámbito clínico implica el **derecho a elegir** o decidir libremente entre las posibles alternativas de

tratamiento o solicitar su sustitución conveniente a su conciencia religiosa, cuya doctrina del consentimiento informado parte de la dignidad de la persona.

El consentimiento informado no es coacción informada, por tanto aunque el paciente puede dar su conformidad al tratamiento médico, empero, el paciente puede solicitar tratamiento médico que implique el uso de transfusiones sanguíneas que atenten contra su conciencia. Siendo nuestra **propuesta que a partir de los dieciséis años** pueda el menor emitir su consentimiento, claro está, con la guía de sus padres, al margen de las condiciones de matrimonio, obtención de título oficial o ejercicio de la paternidad. En ese sentido, quedaría más evidente la conciencia propia del menor adulto, sus convicciones religiosas, con plena responsabilidad, sin alguna imputación de responsabilidad a los padres por una decisión propia del menor.

Es más, a pesar que el inciso d., artículo 5 precitado (Reglamento de la Ley 29414) dispone que el menor desde 16 años, que ha cesado su incapacidad relativa por matrimonio o por título oficial, *no requiere representación* legal, teniendo plena capacidad de ejercicio; sin embargo, el propio dispositivo legal establece que en caso de menores, sin distinguir si han adquirido la capacidad de ejercicio plena -por cuanto siguen siendo “menores”, no procede legalmente la negativa al tratamiento recomendado sino con la participación del Ministerio Público, lo que significa vulneración a la autonomía plena del menor con capacidad plena de ejercicio. Por lo que, ante esta disyuntiva, la participación del Ministerio público debería ser analizada en cada caso y armonizada con el ordenamiento legal y constitucional.

Por ello, se debería modificar el inciso d) del Artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29414, que respecto a la representación de la persona usuaria del servicio de salud, regula que el menor a partir de 16 años de edad no requiere representación cuando ha cesado incapacidad relativa únicamente por matrimonio o por título oficial para ejercer profesión u oficio.

Debiéndose incorporar que a partir de dicha edad, si bien caso por caso, el menor tiene derecho a ser escuchado, tiene cierto grado de autonomía, y capacidad de manifestar su voluntad, permitido en el ámbito civil -entendida como capacidad

de ejercicio restringida que resulta válido el acto jurídico aunque anulable-. En tanto en el mismo artículo 5 en la parte inicial señala que el titular del derecho requerirá representación en la medida que no pueda manifestar su voluntad, es decir, contrariu sensu en principio quien manifieste su voluntad no requiere representación, aunque esta manifestación fuese anulable surte sus efectos.

Si bien todo menor se encuentra bajo patria potestad por lo que no podría ejercer derechos por sí mismo; empero no debería la norma a rajatabla excluir en absoluto al menor a partir de dieciséis años poder manifestar su voluntad, pudiéndose señalar una excepción en el sentido que el menor a partir de dieciséis puede ejercer su derecho por sí mismo, ello en concordancia con la capacidad de ejercicio restringida que tiene el menor en el ámbito civil para ejercer ciertos derechos y amparada por el Código de los Niños y adolescentes, que consideramos no impide que el menor a partir de dieciséis años pueda ejercer dichos derechos en el ámbito sanitario -y no esté condicionado al matrimonio que contraiga o título que obtenga o paternidad que ejercite-, sobre todo si ejerce una libertad religiosa (convicciones religiosas) de alcance constitucional.

Sin embargo, dicho derecho del paciente es recortado cuando se trata de un menor de edad, requiriéndose la participación del Ministerio Público (penúltimo párrafo del artículo 17 del Reglamento de la Ley 29414), vulnerándose la autonomía del menor maduro. Asimismo, incurren en responsabilidad -por el resultado- los padres al solicitar que no se aplique una transfusión (artículo cuatro de la Ley general de salud, Ley 26842), que, sin embargo, como se ha explicado, es una de las tantas opciones disponibles (alternativas de tratamiento a la transfusión).

Por lo que, ante esta antinomia, debe modificarse la ley y su reglamento en el extremo que ante la decisión de un menor adulto -adolescente- con discernimiento de solicitar una alternativa al tratamiento indicado, *no deberían* los padres (representantes legales) ser objeto de investigación tutelar u otro tipo de investigación, bajo el argumento de salvaguarda de la vida del menor, siempre y cuando la decisión de optar por alternativas de tratamiento sea de un menor maduro

con discernimiento, careciendo de objeto la participación del Ministerio Público, solo en estos casos, debiéndose disponer expresamente la salvedad. Por esa razón deberá quedar establecido en la Ley General de Salud como derechos de la persona usuaria de salud, de manera que la libertad religiosa del menor con discernimiento quede garantizada y tutelada.

Toda persona tiene derecho al consentimiento previo (informado), por principio de autonomía, así como ser otorgado por su representante. La importancia del consentimiento informado opera en todo tipo de pacientes: es así que en el paciente menor de edad se toma el consentimiento de su representante legal, y si el menor tiene madurez suficiente -adolescente- puede emitir el consentimiento. Obviamente, dicho derecho se restringe legalmente en situación de emergencia.

Es así que quien ostente madurez suficiente (como referencia 14 años o 16 años) puede decidir sobre un tratamiento médico, y si tiene convicciones religiosas, puede opinar en atención a dichas convicciones, en ejercicio de su libertad religiosa. Entonces, si el menor puede ejercer dicha libertad, puede también ejercer su derecho a la salud.

Tocante al consentimiento en menor de edad con suficiente discernimiento, en función de su edad y grado de madurez, J.C. García (2016) menciona que necesariamente deberá ser informado en términos comprensibles y considerarse su opinión. Dicho autor enfatiza lo prescrito en el **artículo 9° del Código de los Niños y Adolescentes**, que le permite al menor expresar su opinión en todo asunto que le atañe, incluso ejercer la *objeción de conciencia*, cuando el *menor estuviere en condiciones de formarse sus propios juicios* (García, J.C., 2016).

A partir de esta premisa de que el menor emita su opinión en función a su madurez y de manera libre, en virtud de su conciencia en formación podría llegar a expresar su objeción de conciencia. Dicho autor considera que “los adolescentes a partir de los 16 años de edad se encuentran en capacidad para recibir información y decidir por sí mismos en cuanto a su salud” (García, J.C., 2016, p. 32). Nos encontramos de acuerdo con tal afirmación.

Surge también la pregunta a analizar ¿el uso de la transfusión sanguínea afecta la libertad religiosa del paciente que no acepta tal transfusión por convicciones religiosas?

Si bien se alega que la transfusión se emplea como práctica rutinaria para ayudar la salud física, sin embargo, la consecuencia de la transfusión sería el grave daño moral que se le haría a la persona (en este caso el menor con capacidad de discernimiento) al no respetar su postura y en consecuencia violentar su conciencia.

Jonsen, Siegler y Winsdale (como se citó en Zavala et al., 2012, p. 76) indican que se debería realizar un curso de tratamiento aceptable para el paciente - con sus convicciones- y el personal médico, debiendo ser instruidos estos en tales creencias.

Asimismo, el médico Dixon (1988) refiere que los pacientes “saben más de cuáles son sus prioridades, sus normas morales y su conciencia, de qué es lo que da significado a su vida” (p. 464), y que por encima de las preferencias personales entra a tallar la conciencia, recomendando *respetar la conciencia*, aunque se desafíe las habilidades médicas.

En tal sentido, tenemos que Bidart (como se citó en Sánchez, 2003, p. 88) señala que toda terapia debe ser compartida con el paciente con discernimiento y aceptada por éste “y si la rechaza no puede imponérsele coactivamente si su decisión es inofensiva para terceros”; esto significa conseguir la colaboración del paciente.

Si bien el menor de edad es titular de la libertad religiosa (artículo 11° del CNA) la cual es parte de su identidad, sin embargo partiendo del ordenamiento jurídico, dicha libertad es restringida para ejercer la objeción de conciencia -por no contar con capacidad plena-, debiéndose admitir no obstante, su opinión a partir de los 12 años según el artículo 9° del Código referido, que regula el derecho del niño y adolescente a expresar su opinión libremente. Debiéndose evaluar en cada caso concreto la voluntad del menor con discernimiento, intelectual y emocionalmente maduro, considerándose dicha madurez -como referencia- a los catorce o dieciséis (16) años.

A pesar que el menor con discernimiento comprende su situación y evalúe solicitar procedimientos alternativos (tratamiento sin sangre), sin embargo, nuestro sistema jurídico peruano no considera válido ni necesario que el menor de edad emita su consentimiento informado (pues se aplica el consentimiento por representación), siendo solamente aplicable al menor los supuestos jurídicos establecidos en el Código Civil peruano (Art. 46), sobre cese de incapacidad por matrimonio u obtención de título oficial.

Es así que no se encuentra regulada la negativa del menor maduro a cierto tratamiento por convicción religiosa en un caso no urgente, debiendo ser representado por sus padres o tutores.

Esto recorta la libertad religiosa del menor de edad con discernimiento sobre cuya base erige su objeción de conciencia, cuando procure objetar un tratamiento médico con base en su convicción religiosa, esto es, solicitar en tratamientos médicos sin sangre en menor de edad, como alternativa y evitar una transfusión de sangre, dado que en líneas generales, se ha analizado que es posible jurídicamente que el menor de edad con discernimiento objete transfusiones de sangre y solicite tratamiento sin sangre en tutela jurídica de su libertad religiosa.

En todo caso, es posible que el menor de edad pueda emitir una opinión al respecto, en respeto a su derecho e integridad, y que merece la reflexión del médico, pues si no afecta la salud del menor es posible respetar la voluntad del menor con capacidad natural, en atención a su proyecto de vida, siendo necesario la creación de Comités que desarrollen protocolos.

La propuesta de la tesis es el derecho al consentimiento informado por parte del menor maduro que ejerce un derecho en autonomía o capacidad progresiva a partir de los dieciséis años, para objetar una transfusión sanguínea y en su lugar elegir un tratamiento médico sin sangre, en tanto existen otros procedimientos y/o métodos comprobados por la ciencia así como medidas para evitar la transfusión sanguínea. Es de importancia para el Derecho Constitucional porque en esta rama del Derecho se tutela derechos fundamentales, siendo que con los elementos de

explicación expuestos en esta tesis se tutelaría armónicamente los derechos fundamentales: a la vida y libertad religiosa.

Así, en España, es posible que el menor emancipado o de 16 años emita el consentimiento informado, sin representación legal, y ejerza todos los derechos como paciente (art. 9.3.c, Ley 41/2002); posibilidad ética y jurídica, por tener la madurez suficiente y conforme a la STC 154/2002, 18 de julio, (según el Caso 01 Alegre Vallés) es posible jurídicamente por motivos religiosos, y en el supuesto caso en que el hospital no acepte la alternativa terapéutica, si no hay riesgo para la vida del paciente, se permite el alta voluntaria, siempre en conocimiento del juzgado (Díaz, O., 2003).

Si bien señala Larios Risco (como se citó en García, J., 2011, p. 88) que el paciente o su representante firmará el consentimiento informado pero además una cláusula de exoneración de responsabilidad contra los profesionales, Centro o Administración sanitaria, recalca J. García (2011), que si el facultativo considera la situación contrario a los intereses del menor, recurrirá a la instancia judicial para la valoración del rechazo al tratamiento médico.

Es así que la intervención judicial debe ser el último recurso al cual acudir por el personal médico y no *prima facie* ante una negativa del representante o del propio menor de edad, con base en la libertad religiosa. Creemos que se debería recurrir a la autoridad judicial, en última instancia, cuando hubiera discrepancia entre los titulares de la patria potestad.

En la jurisprudencia comparada, el TC español ha puntualizado que el rechazo de un menor a una transfusión se sustenta en la libertad religiosa de la que es titular y principalmente en un derecho de autodeterminación contenido en el derecho a la integridad física, por oponerse a la intrusión ajena sobre su propio cuerpo (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º). Sin embargo, considera que el límite del ejercicio de la libertad religiosa del menor es la naturaleza del bien jurídico afectado, el carácter esencial o vital de la decisión, sus consecuencias irreparables o definitivas (STC 154/2002, fundamento jurídico 10º), con base en un prevalente interés del menor.

Pues bien, la Ley española 41/2002, le *permite* al menor a partir de 16 años de edad dar su consentimiento al tratamiento médico salvo que careciera de la capacidad intelectual y emocional o discernimiento (capacidad natural) para comprender el alcance de su decisión, es decir, la madurez suficiente.

Ello podría interesar para modificar nuestro ordenamiento legal, y facultar al menor de edad con discernimiento para ejercer los derechos del paciente, entre ellos, luego de la información recibida, en atención a su conciencia y postura ético-religiosa, el rechazo a la transfusión de sangre, si bien por tener la calidad de menor de edad, aún se permita al personal médico poner en conocimiento a la autoridad judicial no para imputar responsabilidad sino para evaluar las alternativas médicas, sin aperturar investigación tutelar alguna por cuanto es el propio menor de edad con capacidad de discernimiento quien decide autónomamente.

Por otro lado, de manera más restrictiva, en otros sistemas, como el mexicano y colombiano, se toma como referencia para objetar un tratamiento médico la capacidad jurídica, y a partir de la cual, opera la autonomía para elegir entre las diversas opciones, no siendo posible a un menor objetar tratamiento médico, ni tampoco por parte de quienes ostentan la patria potestad.

Respecto a la responsabilidad parental a consecuencia de rechazar el tratamiento médico de transfusión de sangre, un criterio para determinar dicha responsabilidad es la capacidad de discernimiento del menor, inversamente proporcional en tanto mayor sea su capacidad natural de discernimiento o madurez por el cual manifieste su voluntad propia de rechazo a la transfusión coincidente con la de sus padres, menor será la responsabilidad de los padres en el ámbito penal o civil, partiendo de la edad fijada, de doce años para escuchar su opinión y manifestación de sus “facultades intelectivas y volitivas”, lo que no ocurrió conforme se demuestra en la sentencia del Caso 02, en la cual no se verifica la opinión de la menor de 15 años de edad, sin embargo, se verifica que no fue necesaria la transfusión sanguínea indicada, pues no hubo que transfundirle sangre.

El segundo criterio es la obligación de los padres conectada con sus derechos fundamentales, que en calidad de posición de garantes están obligados a solicitar y no impedir la intervención médica (y judicial, en su caso), sin embargo posteriormente no se encuentran obligados a aceptar o autorizar un tratamiento para su hijo no acorde a su conciencia, habiendo quedado ya la atención médica bajo el poder público (Moreno, 2011).

Que conforme se denota en el Caso 03, los padres nunca impidieron el tratamiento médico, al contrario siempre procuraron por un tratamiento médico sin sangre, realizándose de dicha manera, es decir, se verifica que tampoco fue necesaria la transfusión sanguínea indicada, primando de esa forma el interés superior del niño.

Conforme hemos señalado en la jurisprudencia comparada que se les reconoce y ampara la libertad religiosa de los padres que solicitan alternativas de tratamiento -transfusión- para su menor hijo, protegiéndoles inclusive de ser condenados por actuar conforme a sus convicciones religiosas, la pregunta es ¿hasta qué grado es necesaria la participación del ministerio público?

No podemos imaginar que los padres, transiten por un proceso penal previo y que luego de condenados se les absuelva en la jurisdicción constitucional, si debidamente en la vía penal se dilucidara su eximente o más aún en la vía previa el ministerio público exima la acción penal contra los investigados, por garantía constitucional.

Cuando el paciente es menor de edad, quedan dos caminos ante la supuesta negativa de tratamiento por parte de los representantes legales: i) se respeta decisión con alternativas a la transfusión (tratamiento sin sangre), por derecho a la libertad religiosa, tanto del padre como del menor maduro, o ii) se autoriza judicialmente la transfusión sanguínea (se ordena transfundir), si existe riesgo para el paciente y no hay alternativas.

La recomendación que se da es que en todo caso, se ofrezca el tratamiento alternativo por el centro hospitalario o el propio paciente pueda proponer con la

ayuda de otros profesionales médicos la aplicación de un tratamiento sin sangre aceptable para el facultativo (J. García, 2011) y a la vez que coadyuve a la tutela de la libertad religiosa. Resulta que se pretender un consentimiento al tratamiento sin sangre, es decir, alternativas a la transfusión sanguínea, no pudiendo ser irrelevante la opinión del menor maduro o adolescente.

Conforme se ha referido, la transfusión sanguínea no proviene expresamente como una obligación legal, entendiendo la literatura médica que su origen es de la práctica médica y como tal, es posible la aplicación de posibles alternativas de tratamiento.

Sea el paciente menor de edad o no, la doctrina del consentimiento informado ha llegado a ampliarse y fundamentarse a nivel constitucional y legal, a tal grado, que en la jurisprudencia colombiana ha llegado a adquirir el carácter de derecho fundamental (Corte Constitucional Colombiana), por ser desarrollo de varios derechos fundamentales, por lo que en armonía con la libertad de opinión del menor, su libertad religiosa (derecho fundamental) y capacidad natural -para ejercer sus derechos de la personalidad-, podría el paciente de dieciséis años emitir consentimiento al tratamiento médico.

Por lo que consideramos que no contraviene el ordenamiento jurídico si el menor adulto o adolescente a partir de los dieciséis años pueda dar negativa a cierto tratamiento y solicitar uno determinado, conforme a lo fundamentado jurídicamente.

Conclusiones

1. El ejercicio de la libertad religiosa es compatible con el derecho a la salud y el derecho a la vida (digna) como derecho humano, siendo posible jurídicamente armonizar ambos derechos, sin implicar preponderancia de un derecho fundamental sobre otro o su afectación.
2. Es constitucional el ejercicio de la libertad religiosa del padre en el contexto clínico, con la aplicación de tratamiento médico sin sangre en menor de edad que sustituya a la transfusión, a través del consentimiento por representación, según la Ley general de salud, el cual debe ser interpretado conforme a la Constitución, sin implicar vulneración al interés superior del menor. Tocante a un menor maduro que ejerce también la libertad religiosa y otros derechos a la personalidad, con capacidad y autonomía progresiva, se le debería permitir también el consentimiento a tratamientos médicos a partir de los 16 años de edad, con el respaldo de los padres.
3. A pesar que la ley general de la salud no contempla la negativa a transfusión sanguínea por convicción religiosa, ello no es óbice para que por el derecho constitucional de objeción de conciencia (objeción impropia) en el ámbito clínico, el objetor, respaldado por la doctrina del consentimiento informado, no consienta cierto tratamiento por atentar contra su conciencia que contiene convicciones morales y religiosas.
4. La jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano observa que el ejercicio de la libertad religiosa no es un derecho absoluto, sin embargo, las restricciones deben ser dispuestas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, no pudiéndose afectar la libertad religiosa con una consecuencia legal, es decir, ser objeto de coacción y denuncia penal. Por lo que, bajo el control de constitucionalidad con los criterios precitados, la investigación penal (o hasta condena penal como sucedió en un caso del derecho comparado), que prescribe la Ley general de salud -tercer párrafo, artículo 4- concordante con el reglamento de la Ley 29414 -penúltimo párrafo, artículo 17-, contra el padre del

paciente, resulta desproporcional por ser exagerada, máxime si, en un caso concreto, se aplicó alternativas de tratamiento médico, a pesar que se había dictado autorización judicial para la transfusión sanguínea en el menor, la cual no se llegó a concretar en la práctica médica no siendo exacto que toda indicación de transfusión trae consigo una situación de urgencia vital, con lo que en la etapa de investigación preliminar se dispuso el archivo definitivo de presunto delito de exposición a peligro en tutela de la libertad religiosa garantizada constitucionalmente (principio de validez normativa de la Constitución).

5. En virtud que la propia Ley general del salud, exonera el consentimiento para la aplicación del tratamiento médico en situación de urgencia (riesgo inmediato grave), la responsabilidad por la atención al paciente en una situación de urgencia vital real -luego que los padres llevan al paciente al centro hospitalario-, recae en especial en el médico tratante, obligado legalmente. Por lo que no es posible jurídicamente trasladar la responsabilidad a los padres debido a su negativa a la transfusión sanguínea por convicción religiosa. De otro lado, en una situación no urgente, la intervención judicial debe ser una *solución extrema* luego de agotada las vías de comunicación interna.
6. El derecho a la libertad religiosa estaría mejor tutelado, sin restricciones desproporcionales, cuando se exima de investigación penal contra el padre que expresamente objeta por convicciones religiosas, con base en la interpretación constitucional de dichos dispositivos legales precitados (art. 4 de la Ley general de salud; art. 17 del reglamento de la Ley 29414) cuya interpretación conforme a la Constitución sería que no es aplicable la intervención del Ministerio público para decidir por un tratamiento médico en tutela del derecho a la libertad religiosa, cuyo contenido es protegido constitucionalmente, con lo cual los derechos fundamentales serán armonizados. En todo caso, debería ser regulado expresamente en la ley general de salud o código penal, por cuanto el padre no pretende el rechazo a la atención médica, sino la sustitución de un

procedimiento médico. Así se evitaría someter a investigación penal, a quien con toda facultad ejerce un derecho (humano) fundamental a la libertad religiosa, mediante la objeción de conciencia, sin implicar perjuicio al derecho a la vida o interés superior del menor.

7. El padre tiene derecho a tomar decisiones sobre el tratamiento médico para su menor hijo, conforme señala la ley general de salud, sin dejar de tener en cuenta la opinión del menor desde los 12 años, pero particularmente el menor a partir de los 16 años de edad podría emitir su consentimiento que debería regularse expresamente, conforme se plantea en la presente investigación. Ahora bien, tal decisión en caso sea de carácter trascendental deberá ser auxiliada por los padres, de modo que haya un equilibrio entre la representación de los padres con el deber de velar por el cuidado del menor (patria potestad) y la autonomía progresiva del menor (que reconoce el Derecho de los niños y adolescente), en virtud al cual ya no se le considera -como anteriormente en el ordenamiento civil- como relativamente incapaz, sino como sujeto con capacidad de ejercicio restringida.
8. El menor de dieciséis años en ejercicio de su autonomía progresiva -y discernimiento o madurez- en el ámbito sanitario debería poder emitir su consentimiento informado a los tratamientos médicos, lo que debería ser regulado en la ley general de salud, concordante con su interés superior, su desarrollo personal integral y proyecto de vida, permitiendo que sea el paciente menor que emite sus propios juicios poder decidir sobre un tratamiento médico, con capacidad legal. Por cuanto es un sujeto de derechos próximo a la mayoría de edad, y en quien también existe convicciones morales y religiosas, garantizadas constitucional y convencionalmente, lo que significa que como titular del derecho a la libertad religiosa puede formular un juicio moral y ejercerlo de manera progresiva; así, si en el ámbito clínico se pasara por alto dicho derecho y se le impusiera forzosamente al menor la transfusión sanguínea a pesar que formule negativa, conllevaría un daño a su integridad y dignidad humana por una intervención médica no consentida, afectando su libertad

religiosa, los que sustentan el derecho al consentimiento informado del paciente menor de edad.

9. El menor maduro que objeta una transfusión, ejerce su libertad religiosa e integridad física y moral, lo que también implica eximir de investigación o acción penal contra los padres, quienes, conforme está reconocido en la jurisprudencia comparada (caso Alegre Vallés) no se encuentran en el deber de convencer al menor en aceptar cierta conducta que obran en contra de su propia conciencia (principio de inmunidad de coacción), con lo que se tutelaría también su libertad religiosa. Con lo que es posible jurídicamente ejercer la libertad religiosa en tratamiento sin sangre en el menor. Tal ejercicio no implicaría un riesgo vital. Así, amerita una modificación legislativa para permitir que el menor a partir de 16 años de edad, con capacidad de discernimiento y por su libertad y convicción religiosa -objeción de conciencia- según el Código de los Niños y Adolescentes (art. 9), pueda rehusar una transfusión sanguínea opuesta a sus convicciones. En ese sentido, como novedad de la presente investigación, existe el derecho a elegir o sustituir procedimientos alternativos (tratamiento médico sin sangre y estrategias para evitar una transfusión de sangre) como derecho del paciente, que proviene de su autonomía, sobre cuya base puede dar su consentimiento y el propio paciente elige teniendo en cuenta sus convicciones religiosas, que aplicada en un paciente menor de edad se exige la madurez suficiente, por haber autonomía limitada.

Recomendaciones

1. La opción por los procedimientos alternativos depende en gran medida de la franqueza y acuerdo de ambas partes (personal médico y padres) ante la situación del menor. No se pretende cuestionar el criterio médico, pero sí la protección constitucional de un derecho fundamental. Bajo la premisa que la imposición de la transfusión opera siempre que no haya alternativas terapéuticas, resulta necesario la participación de Comités de enlace con los hospitales de los testigos de Jehová para la colaboración en la atención médica y posibilidades de alternativas terapéuticas.

2. Se recomienda la implementación y ejecución por parte del Estado de un cuerpo médico y de los protocolos de atención médica para el paciente que objeta la transfusión sanguínea siempre por convicciones religiosas, que requiere la inversión del Estado para los beneficios del desarrollo científico en el sector salud de las personas y no aplicar el procedimiento de transfusión de sangre considerada única alternativa segura. Si bien es cierto que no todos los centros de salud u hospitales tienen dichos medios, he allí la labor del Estado en salvaguardar el derecho humano a la libertad religiosa del menor y del padre representante legal, poniendo a disposición tratamiento médico sin sangre (alternativas a la transfusión) como procedimiento médico alternativo.

3. Conjuntamente con el Comité hospitalario, se procure llegar a un consenso con los padres (representantes legales) de conformidad con los protocolos médicos y disposiciones legales, sin actitud defensiva del personal médico, siendo necesario el análisis por el médico respecto del caso en concreto, empleando su pensamiento crítico.

4. Se debería permitir al menor de edad de 16 años decidir sobre su salud, en atención a su autonomía y capacidad progresiva, máxime si hay de por medio una objeción a un tratamiento médico, debido a su postura ético-religiosa.

5. De lo analizado, cabe sugerir una futura investigación sobre si el derecho fundamental a la libertad religiosa puede operar también para eximir una investigación tutelar contra los padres, la cual ocasiona un riesgo a la patria potestad y cuál sería la interpretación constitucional del derecho a la libertad religiosa ante una autorización judicial de transfusión sanguínea por interés superior del menor, desde el enfoque del derecho constitucional y particularmente desde la teoría de los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Aguiar-Guevara, R. (2001). *Tratado de Derecho Médico*. Caracas, Venezuela: LEGISLEc EDITORES.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instrumento teórico – práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Editora y Librería Jurídica GRIJLEY E.I.R.L.
- Ballenas, M. (2013). *La Objeción de conciencia en el Perú. ¿Derecho autónomo o manifestación de las libertades de conciencia y religión?* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Basora, M. (2013). De las técnicas de ahorro de sangre al «patient blood management». En: *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, 60(5), 245-248. doi: 10.1016/j.redar.2012.09.022
- Bellver, V. (2006). ¿Derecho a la libertad religiosa vs derecho a la vida? *Persona y Derecho*, 54, 305-330. Recuperado de <https://dadun.unav.edu/handle/10171/14623>
- Bernal, C. (2008). El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio. *Isonomía*, (29), 97-120. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000200005
- Blasco, M. C. (2015). El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista de Bioética y Derecho*, (35), 32-42. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14279>
- Breyman, C. (2012). Tratamiento de la anemia por deficiencia de hierro en el embarazo y en el posparto. *Revista Peruana de ginecología y obstetricia*, 58, 313-328. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/rgo/v58n4/a10v58n4.pdf>
- Burga, A.M. (noviembre de 2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, (47), 253-267.

- Colegio Médico del Perú (2018). Código de Ética y Deontología.
- Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico (2014). Negativa a recibir tratamiento médico: análisis desde la Bioética Jurídica para el caso peruano. *Foro Jurídico*, 13, 271-279. Resumen Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13794/14418>
- Díaz, D. (2014). *El derecho a la libertad religiosa y niñas, niños y adolescentes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 235-262. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx>
- Díaz, O. (2003). La objeción de conciencia del menor en los tratamientos médicos. *Derecho PUCP*, Lima, (56), 859-887.
- Dixon, J.L., y Smalley, M.G. (1981) Los testigos de Jehová: El desafío quirúrgico/ético. *JAMA*, 246, 2471-2472. Recuperado de <https://www.jw.org/es/publicaciones/libros/C%C3%B3mo-puede-salvarle-la-sangre>
- Dixon, J. L. (1988). Transfusiones de sangre: ¿De quién es la decisión? ¿La conciencia de quién debe respetarse? *New York State Journal of Medicine*, 88, 463-464. Recuperado de <https://www.jw.org/es/publicaciones/libros/C%C3%B3mo-puede-salvarle-la-sangre>
- Escobar, G. (1993). *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Garay, A. (2000). Libertad de conciencia y tratamiento médico: El caso del consentimiento a la transfusión. *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 5(1), 25-31.
- García, J. (2011). *Rechazo al tratamiento médico y riesgos para la vida del paciente*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3669588.pdf>

- García, J.C. (2016). *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456243.pdf>
- Gianella G. (2014). Los derechos humanos y el consentimiento informado en la práctica clínica: Más allá del derecho a la salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 30(2). doi:<http://dx.doi.org/10.17843/rpmesp.2013.302.211>
- Gómez, Y. (1997). Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos. *Revista de Derecho Político*, (42), 55-93.
- Grández, P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC Peruano. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (pp. 327-366). Lima: Palestra Editores.
- Guzmán, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hernández, M. (abril de 2013). Libertad religiosa: la incompreensión de un derecho humano. *Dfensor*, Revista de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México D.F., 11(4), 21.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F: MC. GRAW HILL Education.
- Huerta, E. (2016). *Transfusión autóloga. Todo lo que necesitas saber*. Recuperado de <https://www.aarp.org/espanol/salud/expertos/elmer-huerta/info-2016>
- Indrikovs, A. (2000). Terapia transfusional en pacientes con quemaduras. *Gaceta Médica México*, 136(2). Recuperado de http://www.anmm.org.mx/bgmm/1864_2007/2000-136-SUP2-75-78.pdf
- Japón, Ministerio de Salud. (2014). Información sobre las transfusiones sanguíneas. Recuperado de <https://www.mhlw.gob.jp/file/06-seisakujouhuo-10800000-Iseikyoku/0000057055.pdf>

- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. En: *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, (6), 50-71. DOI: 10.22201/ijj.24484881e.2002.6
- Leal-Noval, S. R., Muñoz. M., Asuero, M., Contreras, E., García-Erce, J.A., Llau, J.V.,... Quintana, M. (2013). Documento “Sevilla” de Consenso sobre Alternativas a la Transfusión de Sangre Alogénica. Actualización del Documento “Sevilla”. *Revista Farmacia hospitalaria*. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria; 37(3): 209-235. DOI: 10.7399/FH.2013.37.3.133
- Llau, J.V., Duca, A., Ferrandis, R., Rosas M. (2016). Criterios actuales en la medicina transfusional perioperatoria. *Salud i Ciencia*, 22(2), 140-6. Recuperado de <https://www.siicsalud.com/dato/sic/222/150191.pdf>
- López, A. (1992). *Enciclopedia Iberoamericana de Hematología*. (4). España: Editorial de la Universidad de Salamanca.
- Mendoza, J. y Herrera, L. (2017). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. *CES Derecho*, 8(1), 156-171.
- Ministerio de Salud (2005). Compendio para el uso clínico de sangre y componentes. Lima: Programa nacional de hemoterapia y bancos de sangre.
- Ministerio de Salud (2008). *Manual de Hemoterapia*. Lima: Instituto Nacional Materno Perinatal.
- Moreno, M. (2011). La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 95-123.
- Mosquera, S. (2018). Fuentes y principios del Derecho Eclesiástico peruano. *Vox Juris*, 36(2), 59-76.

- Navarro, J. G. (2017). La educación religiosa de los niños y su propia libertad. Juzgado de Familia N° 3 - La Plata (Provincia de Buenos Aires), “T. G. D. C/ I. R. E. S/ Alimentos”, Causa N° 119061”. Doi 10.22235/rd.v2i16.1477
- Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. (2ª ed.). México: PORRUA-IUSTEL.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Olavarría, M. J. (noviembre de 2011). La libertad religiosa en el Perú. A propósito de la ley y su reglamento. *Gaceta Constitucional*, (47), 87-96.
- Organización Médica Colegial de España. (2011). Código de deontología médica español.
- Ossorio, M. (2012). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (26a ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.
- Parejo, M.J. (2018). Consentimiento informado y autonomía del paciente: su aplicación en el ocaso de la vida en la España y Europa del siglo XXI. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Peces-Barba, G. (1989). Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa. En: *Libertad y Derecho Fundamental de libertad religiosa* (pp. 55-57). España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Peña, C. (2017). *El consentimiento informado y su defensa por parte del Estado* (Tesis de pregrado). Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú.
- Prieto, L. (2009). Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales. En: Luis Ortega y Susana de la Sierra (Coords). *Ponderación y derecho administrativo* (pp. 53-54). España: Marcial Pons.

- Quiroz, L. (2014). *Análisis ético del consentimiento informado en pacientes tratados por tuberculosis* (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Ramos, C. (2002). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Ramos, E. (2008, julio 1). Métodos y técnicas de investigación. Recuperado de <https://www.gestiopolis.com/metodos-y-tecnicas-de-investigacion/>
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Revista Educación Siglo XXI*. Recuperado de <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-B.pdf>
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/>
- Reyes, G., Nuche J., Sarraj, A., Cobiella, J., Orts, M., Martin, G.,... Duarte, J. (2007). «Cirugía cardiaca sin sangre en testigos de Jehová: resultados frente a grupo control». *Revista Española Cardiología*. DOI: 10.1157/13108278.
- Romeo, C.M. (1994). *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, España: CEURA.
- Rosas, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus conceptos claves. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M.A. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. (3a ed. aumentada). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rueda, A. (2015). *La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas y los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad mexicano* (Tesis de maestría). Universidad Iberoamericana, México.

- Sales, C. (2016). *Objeción de conciencia a tratamientos médicos*. (Tesis de grado). Universidad de Lérida, España.
- Sánchez, A. (2003). *Los testigos de Jehová y la negativa a la sangre, implicaciones jurídicos-religiosas, su posición frente a las técnicas modernas de tratamientos médicos sin sangre* (Tesis de pregrado). Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
- Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y Terapia Celular (2015). *Guía sobre la transfusión de componentes sanguíneos y derivados plasmáticos*. (5ª ed.). Barcelona, España: SETS. Recuperado de http://www.prioridadcero.com/wp-content/uploads/2014/03/Guia_transfusion_quinta_edicion2015.pdf
- Solórzano, E. (2004) *Uso de Transfusiones Sanguíneas y de Hemocomponentes en el Hospital Daniel Alcides Carrión durante el año 2001*. (Tesis de post grado). Facultad de Medicina Humana, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Stanford Children's Health (s.f.). *Programa Cirugía sin sangre*. Recuperado de <https://www.stanfordchildrens.org/es/service/bloodless-surgery>
- Superintendencia Nacional de Salud (20 de diciembre de 2018). Acuerdo N° 006-2018, Precedente administrativo de observancia obligatoria sobre el registro del consentimiento informado en las instituciones prestadoras de servicios de salud - IPRESS.
- Tena, C. y Sánchez, J. (2005). La transfusión sanguínea y los derechos del paciente. *CONAMED*, México, 10(2), 20-26.
- Valderrama, S. (2015). *Pasos para elaborar Proyectos de Investigación Científica Cuantitativa, Cualitativa y Mixta*. Lima: Editorial San Marcos.
- Varsi, E. (2001). *Derecho médico peruano*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.

Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania (1990) *¿Cómo puede salvarle la vida la sangre?* Estados Unidos: Watch Tower Bible and Tract Society of New York Inc. Recuperado de <https://www.jw.org/es/publicaciones/libros/C%C3%B3mo-puede-salvarle-la-sangre/>

Woolcott, O., Vivas, T. y Garzón, T. (2017). *El problema de las transfusiones sanguíneas y la transmisión del VIH: realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15939/1/El-problema-de-las-transfusiones-de-sangre-y-la-transmisi3n-del-VIH.pdf>

Zavala, S., Sogi, C., Cárdenas, M., y Delgado, A. (2012). Autonomía del paciente y derecho a rehusar tratamientos: Conocimiento en Médicos Jóvenes Peruanos (encuesta 2010). *Acta Médica Peruana*, 29(2), 70-78. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172012000200005&lng=es&tlng=es

Legislación

Código Civil peruano (1984)

Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337 (2001)

Congreso de la República (21 de diciembre de 2010). *Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa*.

Constitución Política del Perú (1993).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Ley General de Salud, 26842.

Ley que establece los derechos de las personas usuarias del servicio de salud, 29414.

Reglamento de la Ley 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias del servicio de salud, aprobado por Decreto Supremo 027-2015-SA

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana (10 de noviembre de 2014). Sentencia T-1131/04, Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana.

Tribunal Constitucional español (27 de octubre de 1987). STC 160/1987.

Tribunal Constitucional español (18 de julio de 2002). STC 154/2002.

Tribunal Constitucional español (28 de marzo de 2011). STC 37/2011.

Tribunal Constitucional peruano (19 de agosto de 2002). STC Exp. 0895-2001-AA/TC.

Tribunal Constitucional peruano (15 de junio de 2004). STC Exp. 3283-2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional peruano. Exp. 2333-2004-HC/TC, de fecha 12-08-2004.

Tribunal Constitucional peruano. STC Exp. 5680-2009-PA/TC.

Tribunal Constitucional peruano. STC Exp. 6111-2009-PA/TC.

Linkografía

resumendefallos.blogspot.com/2014/05/casos-bahamondez-y-albarracini.html?m=1

<https://www.jw.org/es/informacion-medica/recursos-descargables/comites-enlace-hospitales-testigos-jehova/>

Agradecimientos

A Jehová Dios, por la vida y la razón de existencia.

A la asesora de tesis Mg. Evelyn Marcia Urquiaga Juárez, por su labor como investigadora, catedrática y por su colaboración en la asesoría de la presente tesis.

Así como a mi padre Dr. Noel Villanueva Contreras y al Abog. Edgar Sarmiento Olaya quienes facilitaron la obtención de los casos materias de análisis y fuentes bibliográficas, quienes a su vez fueron fuente de inspiración para el suscrito.

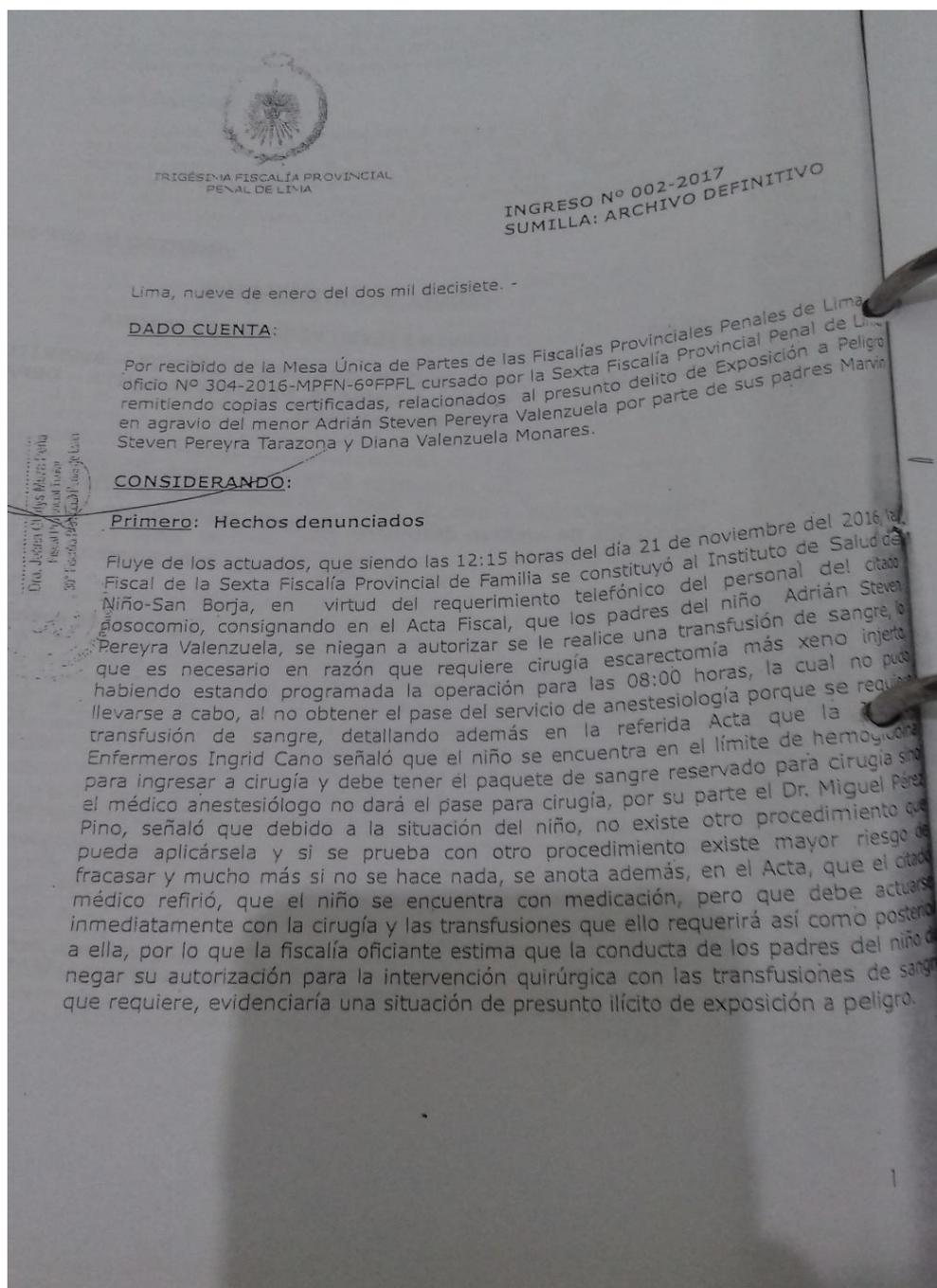
A mi esposa Deborah Armas, por su infinito amor y comprensión.

A la Universidad San Pedro, por contribuir con la formación profesional del autor, así como a los colegas con los que producto del análisis dieron un aporte a la presente tesis.

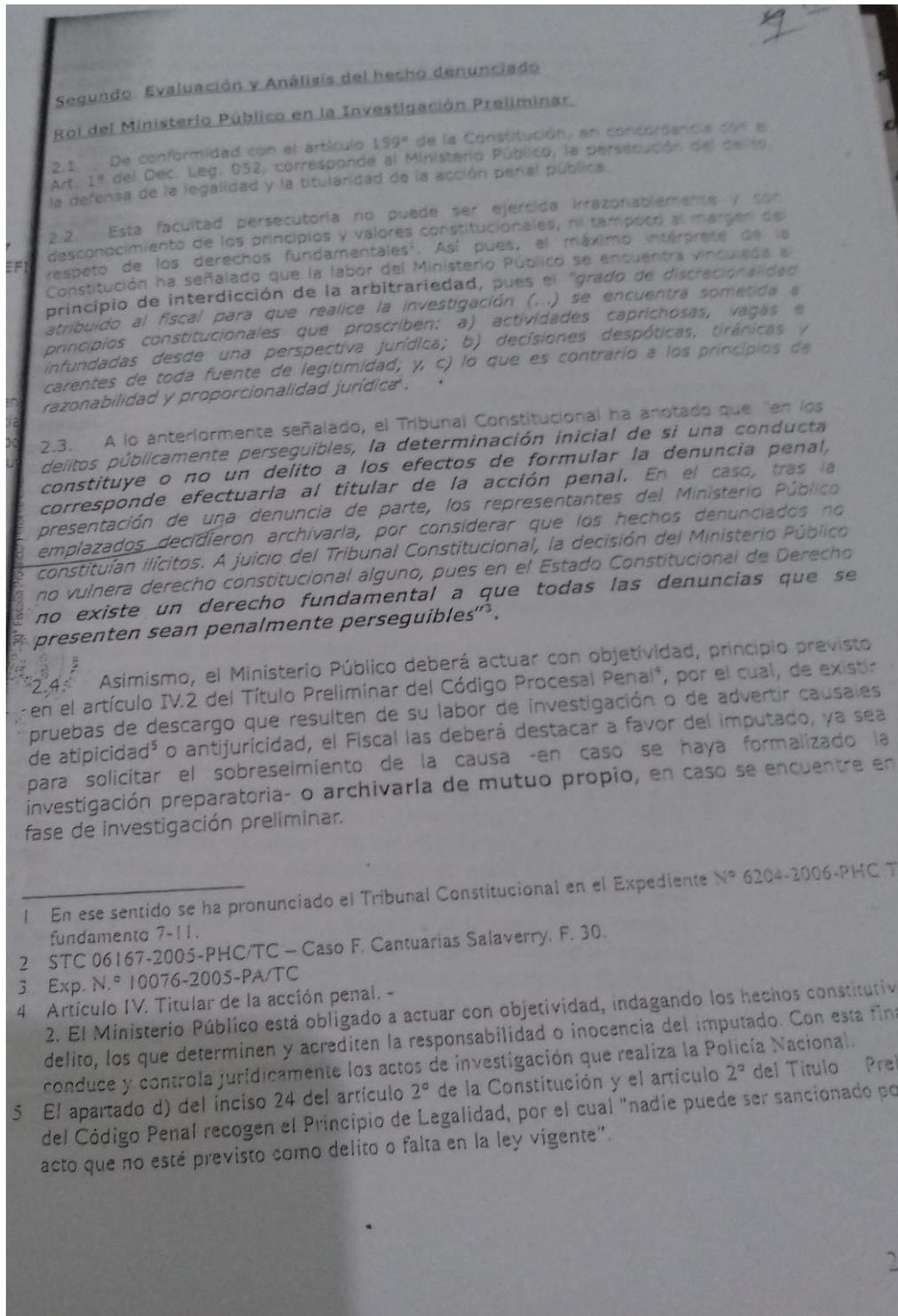
El autor.

Anexos y apéndice

Anexo 1: Disposición de archivo definitivo de denuncia penal



Disposición de archivo (continuación)



Disposición de archivo (continuación)

2.5. Finalmente, el inciso 2 del Art. 94º del Dec. Leg. 052 señala taxativamente que recibida una denuncia, "si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada".

Delito imputado

2.5. En cuanto al delito del **Exposición A Peligro** previsto en el Art. 125º del Código Penal, modificado por el Artículo 2 de la Ley Nº 26926, publicada el 21-02-96. "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 de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años".

Caso en concreto

2.7. Del tenor de la denuncia y anexos aparejados, podemos advertir que no existen suficientes indicios razonables que permitan vincular válidamente a los imputados, Marvin Steven Pereyra Tarazona y Diana Valenzuela Monares, con el hecho punible, básicamente porque la conducta atribuida a los denunciados, resulta atípica, por no presentarse los elementos objetivos y subjetivos de la figura penal.

2.8. En efecto en el caso propuesto, se verifica que no concurren los verbos rectores "exponer a peligro" o "abandonar a un menor" que caracterizan a esta figura penal, pues mientras la primera significa que "El agente debe actuar trasladando a su víctima de un lugar a otro, donde corre inminente peligro de muerte o grave daño contra su salud", en la segunda "el sujeto pasivo no realiza ningún desplazamiento, es más bien el sujeto activo que se desplaza dejando a la víctima en total desamparo, poniéndole de ese modo en peligro", por lo que se puede colegir, que los hechos no se adecúan a ninguna de las modalidades delictivas, pues en términos penales, los padres no trasladaron al menor de un lugar a otro ni se alejaron de su hijo dejándolo en total desamparo.

2.9. Asimismo, el delito de exposición o abandono de personas en peligro es una figura penal de carácter doloso, "Es decir el agente debe tener conciencia y voluntad de exponer o abandonar a un peligro concreto a un menor de edad o a un incapaz que sabe que no puede valerse por sí mismo para salir de cualquier situación de riesgo en que pueda encontrarse, con la finalidad de librarse de los deberes de asistencia que tiene para con él". En el caso que nos ocupa, se aprecia que no existe evidencia tangible y fiable que nos revele que los padres denunciados, expusieron en forma deliberada a peligro a su menor hijo, no autorizando la transfusión de sangre, sino por el contrario existen indicios que los padres denunciados, actuaron motivados por su creencia religiosa, que les prohíbe esta clase de procedimiento médico, situación fáctica que se sustenta en el Acta Fiscal de fs. 02/04, donde se consignó que "debido a sus convicciones religiosas no aceptan se les transfiera la sangre a su hijo", aún más, esta falta de intencionalidad de exponer a peligro al menor, se verifica con el propio dicho del padre del menor, Adrián Steven Pereyra, quien informó al fiscal que "existen otros procedimientos que se pueden realizar a su hijo sin que se le transfusione la sangre", llevando inclusive al médico de

6 Ibidem pág. 302

7 Ibidem pág. 304

8 SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Especial. 6ª Edición octubre 2015. Ed. Justitia. Pág. 307

Disposición de archivo (continuación)

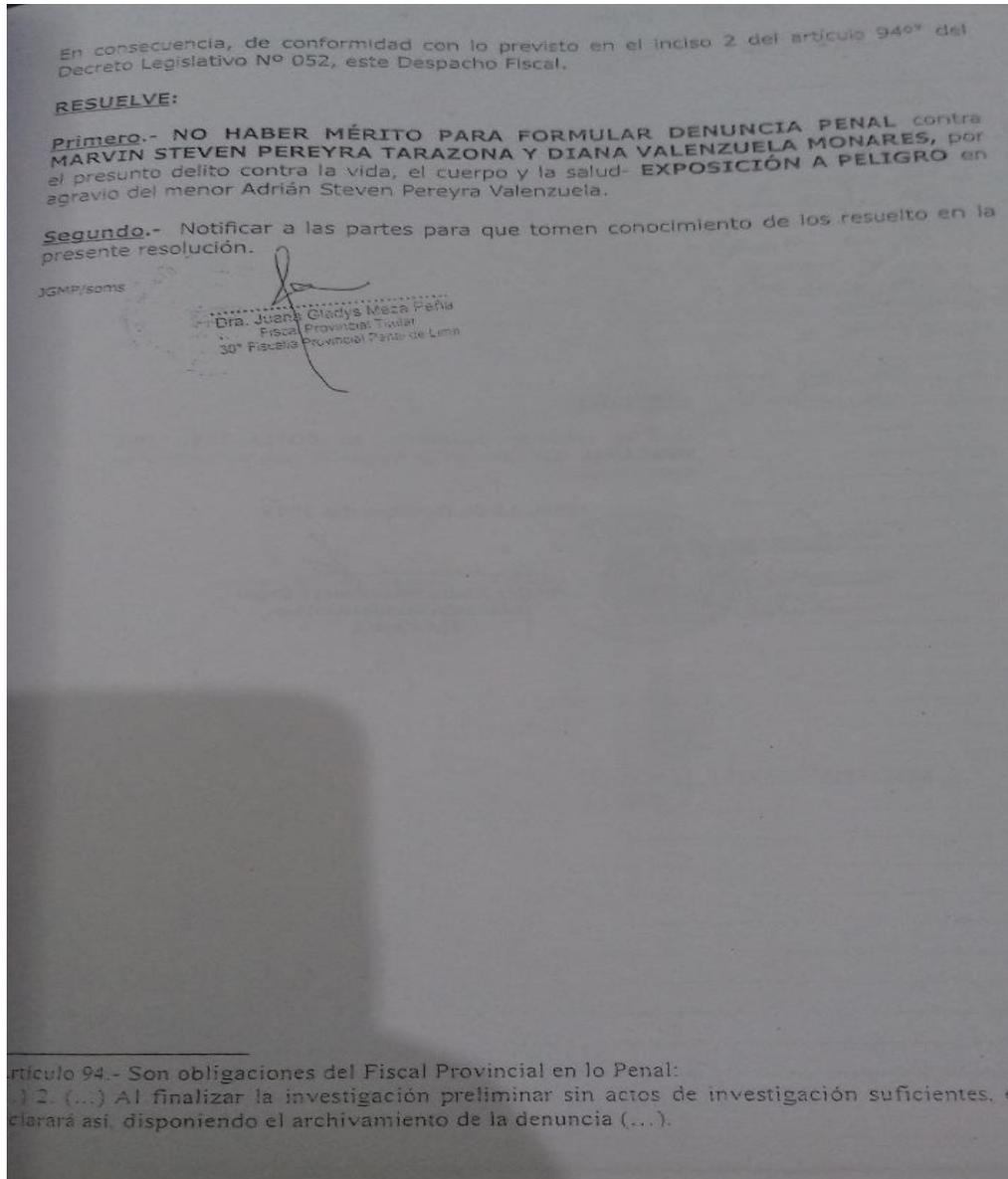
cabecera de la familia, tal como se deja constancia en el Acta Fiscal, en otras palabras, el denunciado buscaba otros mecanismos alternos para que su hijo sea sometido al procedimiento quirúrgico sin necesidad de hacerle la transfusión de sangre, lo que descarta una manifiesta intencionalidad de los denunciados de exponer o abandonar a un peligro concreto a su menor hijo.

2.10. Es importante anotar, respecto a la libertad religiosa, que el Tribunal Constitucional ha establecido que: "el reconocimiento del derecho de libertad religiosa genera el principio de inmunidad de coacción, que consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. (Exp. N.º 3283-2003-AA/TC, fundamento 19); no es menos cierto que el propio Supremo Interprete de la Constitución ha establecido que "no obstante lo anterior, el derecho a la libertad religiosa, al igual que los demás derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, sino que es susceptible de ser limitado en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. En todo caso, la legitimidad de tales restricciones radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad. Por cierto, las restricciones también alcanzan a las personas que se encuentran en un régimen especial de sujeción, como por ejemplo, establecimientos penitenciarios, hospitales, asilos, etc" (Exp. N.º 03045-2010-PHC/TC, fundamento 7). Esta situación se verifica de autos, pues conforme se anota en la resolución fiscal N.º 01 de fecha 21 de noviembre del 2016, de fojas 14/16, ante la renuencia de los padres de otorgar la autorización respectiva, la Fiscalía de Familia ha solicitado al Juez de Familia, en salvaguarda de la vida y la salud del niño, autorice judicialmente la intervención quirúrgica y las transfusiones de sangre que necesite.

2.11. Ahora si bien, en la citada resolución fiscal, implícitamente se hace ver que la falta de autorización de los padres, habría puesto en grave riesgo la vida y la salud del menor, esta afirmación no se condice con la normatividad vigente, pues los médicos del nosocomio no solo estaban facultados sino obligados a efectuar la intervención quirúrgica y las transfusiones de sangre, por cuanto el médico tiene el deber especial de protección (posición de garante) sobre la vida y la integridad física y psíquica de sus pacientes, tal como además se aprecia del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú; es más actuar en ejercicio legítimo de su profesión médico, los exime de responsabilidad penal, conforme lo prevé el art. 20 numeral 8 del Código Penal.

2.12. En consecuencia, advirtiendo que no se tiene una base inculpativa mínima, que permita la continuación de la investigación, no verificándose tampoco la posibilidad de incorporación de nuevos datos, adicionado a que los hechos narrados no se adecuan a la figura penal denunciada, circunstancia que permite aseverar que no se han acopiado indicios suficientes a fin de postular con éxito una causa probable ante el Órgano Jurisdiccional, al no haber concurrido copulativamente los presupuestos procesales exigidos por el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales: a) que se haya acopiado indicios suficientes o elementos reveladores del delito, b) que se haya individualizado al presunto autor y/o partícipe y c) que no haya prescrito la acción penal ni exista otra causa de extinción de la misma; razón por la cual, no resulta viable ejercitar la acción penal.

Disposición de archivo (continuación)



Anexo 2: Sentencia Tutelar. Negativa de padres testigos de Jehová a transfusión sanguínea en menor de edad por convicción religiosa

2° JUZGADO MIXTO - Nvo. Chimbote

EXPEDIENTE : 01411-2017-0-2506-JM-FT-02

MATERIA : ABANDONO MATERIAL, PELIGRO MORAL Y MALTRATOS

JUEZ : TANTAS SAAVEDRA NORMAN WILMER

ESPECIALISTA : TANG BARRUETO RICARDO

MENOR : P V AS

DEMANDANTE : FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL DE LA SEXTA FISCALIA.PROVINCIAL DE FAMILIA DE LIMA

SENTENCIA

RESOLUCION NÚMERO: SIETE.-

Nuevo Chimbote, Cuatro de Julio

Del Año Dos Mil Dieciocho.-

Dado cuenta con el expediente, con el Dictamen del Señor Fiscal que antecede:

ANTECEDENTES:

(...)

Que luego de actuarse todos los actos procesales, se recibió el dictamen fiscal que obra a folios 253/254 quien se pronuncia por la no declaración de abandono del menor tutelado.

Y siendo el estado del proceso el de resolver, se expide lo siguiente:

FUNDAMENTOS:

PRIMERO: Que, en ejercicio de sus atribuciones, el representante del Ministerio Público, Fiscal de la Sexta Fiscalía Provincial de Familia de Lima, se apersona al Juzgado de Familia de Lima y solicita autorización judicial a favor del menor de apellidos P.V., para intervención quirúrgica escarectomía más xeno injerto que requiere, conforme a lo indicado por el médico Pérez Piro para curar sus quemaduras, siendo el diagnóstico médico de dicho menor “gran quemado y shock por quemadura”; para tal efecto, adjunta como medio probatorio el Informe Social

N° 155-2016- MIMP (folios 27/29), que señala que los padres, al ser Testigos de Jehová, debido a su creencia que no permite las transfusiones de sangre, se opusieron rotundamente a que se realice la misma; siendo que, ni la intervención del Fiscal los hizo desistir de su decisión, muy por el contrario, movilizaron a un grupo de personas de su creencia que respaldaron su decisión. Finalmente, acordaron con el Instituto de Salud, aplicarle al niño la Cámara Hiperbárica, asumiendo el gasto en partes iguales (los padres y el centro hospitalario, dos sesiones cada uno) que ha permitido que el menor se encuentre recuperando, además, el referido informe señala la futura denuncia por exposición al peligro, al que ha sido sometido el niño; asimismo, se adjunta el Informe emitido por la Junta Médica del Instituto Nacional de Salud del Niño –San Borja, obrante a folios 35/36, que indica que, considerando la extensión de la quemadura, al no haber sido removido el tejido quemado, el riesgo de infección de las mismas es altísimo, lo que conllevaría a un cuadro de infección generalizada, posterior falla multiorgánica que culminaría en la muerte del paciente. Precisa que se valoró las alternativas mencionadas por los padres y el médico de la congregación religiosa a la que pertenecen, tales como la Eritropoyetina, la cual no es factible porque el efecto que genera es a largo plazo y no está indicado en pérdidas agudas, haciendo de conocimiento las limitaciones que tienen para el tratamiento quirúrgico del menor A.P.V..

SEGUNDO: Por sentencia contenida en la resolución obrante a folios 42/51, se resuelve declarar fundada la solicitud; en consecuencia, se autoriza la intervención quirúrgica y transfusión de sangre en el niño A.S.P.V., quién se encuentra hospitalizado en la Unidad de Cuidados Intensivos –UCI– del Servicio de Quemados del Instituto Nacional de Salud del Niño ubicado en la Sede San Borja; teniendo en consideración que la sangre que se le transfiera cumpla con los estándares, protocolos y cuidados adecuados; siendo que, en este acto, el abogado de los padres del niño formula recurso de apelación, concediéndosele el plazo conforme a ley; posteriormente, mediante Resolución Administrativa de la Unidad de Investigación Tutelar de Lima obrante a folios 131/133, se resuelve declinar la competencia del conocimiento de la presente investigación tutelar a favor del niño A.S.P.V., debiendo remitirse los actuados al Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Nuevo

Chimbote de la Corte Superior de Justicia del Santa, a fin de que dicho Juzgado continúe con la presente Investigación Tutelar según su estado, y resuelva conforme a sus atribuciones.

TERCERO: Por resolución uno se resuelve aperturar Investigación Tutelar a favor del menor P.V., además de disponer la continuación de su colocación familiar provisional a cargo de su abuela paterna doña M.C.T., con el apoyo de la tía paterna doña L.M.P.T.; asimismo se dispone, entre otros actos procesales de esclarecimiento, recabar la **DECLARACIÓN INFORMATIVA** de los padres biológicos del menor tutelado P.V. y la declaración testimonial de la abuela y tía paternas; así como la declaración informativa del menor tutelado.

CUARTO: De fojas 204/210 obra la **AUDIENCIA DE ESCLARECIMIENTO DE HECHOS**, recibiendo en primer lugar la declaración informativa del menor tutelado A.S.P.V., manifestando que actualmente vive con sus padres, sus tíos y su abuela paterna, señalando que quién vela por sus alimentos, actividades escolares, asistencia médica son sus padres, su tía y abuela paterna; negando que sea sometido a castigo físico en la forma en que es corregido, y narrando el incidente de la quemadura que sufriera accidentalmente; también se hacen presentes los señores D.V.M. y M.S.P.T., padres biológicos del menor tutelado, declarando la primera que vive junto al menor tutelado y su esposo, así como que, a raíz del accidente es aún más cuidadosa con su hijo, que al ser ama de casa siempre ha velado por su familia y constantemente está en búsqueda del bienestar del menor en cuestión; sostiene finalmente que se negó a la transfusión sanguínea porque ha tenido referentes de que dichas operaciones salen mal, y fue por ese motivo que, con su esposo, buscaron otras alternativas, y todo ha resultado bien. Por otro lado, don M.S.P.T. coincide en que vive con el menor tutelado y su esposa, agrega que no se negaron a la intervención quirúrgica, sino solo a la transfusión de sangre, pues existen otras alternativas menos riesgos, pero por sobre todo, sus creencias religiosas así lo dictaban y la familia nuclear en pleno temía contaminar la sangre del menor tutelado; y refiere que el niño no se encuentra en abandono, que basta mirar los hechos para darse cuenta que siempre permanecieron con su hijo en todo el periodo que permaneció hospitalizado, así como que contrataron a un médico

particular para poder realizar la operación prescindiendo de la transfusión sanguínea. Asimismo, se recibe la declaración de la abuela paterna doña M.C.T.T., quién señala que su hijo, esposa y el menor tutelado viven en el segundo piso de su casa; sostiene que quiere que sus padres se hagan cargo, legalmente, del menor, pues no sabría que decisión tomar en caso de que el menor requiriese otra intervención quirúrgica; de igual manera, agrega que su nieto en ningún momento se ha encontrado en abandono; y que su hijo y su nuera son padres responsables que están en sus facultades cabales para ver por su nieto. Finalmente, se recibe la declaración de la tía paterna L.M.T.P., quien alega que, también vive en la misma casa con su mamá, hermano y familia; enfatiza que su sobrino nunca se ha encontrado en estado de abandono, porque sus padres son los que velan por él, además que quisiera que la responsabilidad legal vuelva nuevamente a su hermano y cuñada, ya que, en caso de necesitar el menor una segunda intervención quirúrgica, no sabría qué decisión adoptar; dando así por concluida la audiencia.

QUINTO: Según los **Informes Sociales Evolutivos** del menor, tales como la Evaluación Socio económica y Familiar emitida por el Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia del Santa obrante a folios 166/169, así como los dos Informes Psicológicos practicados a los padres biológicos del menor, obrantes a folios 186/187 y 187/189, como también el Informe Social obrante a folios 190/194, se evidencia que el menor se encuentra restablecido en cuanto a salud, en proceso de adaptación de su nueva condición, se ha integrado a sus estudios de manera regular, y se está desarrollando de manera normal dentro del ámbito de su esfera; es importante resaltar que la presencia cercana y constante de los padres le infunde seguridad y es parte activa de su correcto crecimiento y formación, por lo que, sería absurdo privar a dicho menor de esa influencia ennoblecedora, aunado a ello, el credo profesado por los mismos, le da al menor un sistema de valores necesario, tales como evitar la mentira, el robo, entre otros valores fundamentales, tan necesarios en nuestra sociedad.

SEXTO: Que, a fojas 253/255 se observa el Dictamen Fiscal N° 01-2018- FT, el cual señala que el menor P.V. no se encuentra en estado de abandono moral y material.

SÉTIMO: Que, del análisis y valoración de lo actuado en el proceso se puede concluir que el menor no se encuentra en abandono, pues la actitud de los padres del menor de no permitir que se realice la necesaria intervención quirúrgica con transfusión de sangre pre y post operación no implica abandono sino lo contrario, pues refleja preocupación y la búsqueda del bienestar del niño, ya que, buscaron la forma de proveerle toda clase de ayuda médica, esto es, contratar un médico particular en aras de que se pueda realizar la intervención quirúrgica sin necesidad de transfusión sanguínea y de igual manera, ser coherentes con la fe que profesan, con todo el sistema de valores que acarrea la misma. Además los progenitores han mostrado su interés, quedándose la madre al cuidado de su hijo todo el periodo que el menor estuvo internado en el UCI de Quemados del Instituto Nacional de Salud del Niño –San Borja, Lima.

OCTAVO: Que por lo actuado se concluye que el menor A.S.P.V. no se encuentra en estado de abandono material o moral, pues por los hechos que preceden no se tipifica en los presupuestos a que se refiere el **artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley No. 27337** pues si bien, la norma legal en referencia en su acápite b) determina que el Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente **cuando carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligación eso deberes correspondientes o carecieran de las calidades morales o mentales** necesarias para asegurar la correcta formación, empero del análisis de lo actuado se concluye que el menor A.S.P.V. cuenta con sus padres biológicos quienes buscan su bienestar, y no se ha logrado demostrar que carezcan de calidades morales o mentales para asegurar la correcta formación de su hijo o alguna otra causal prevista en la ley.

NOVENO: Es pertinente destacar que de conformidad con lo establecido por el **artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes**, tanto el niño como el adolescente, tienen derecho a vivir en el seno de su familia siendo separado única y exclusivamente por circunstancias definidas y con la exclusiva finalidad de protegerlos, en este sentido cabe reinsertar de manera definitiva al menor tutelado al seno de su familia con la entrega a sus padres, quienes a partir de ahora asumen y

ejercen a plenitud la patria potestad con el ejercicio de los derechos y deberes que esta situación conlleva, debiéndose realizar las coordinaciones con los padres biológicos del menor A.S.P.V. y la abuela paterna para su entrega.

FALLO: Por estas consideraciones y los dispositivos legales citados, de conformidad con el artículo doscientos cuarenta y ocho del Código de los Niños y Adolescentes, atendiendo al interés superior del niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y en concordancia con el dictamen del Representante del Ministerio Público: **SE RESUELVE:**

1.- **DECLARAR** que el menor **A.S.P.V. NO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE ABANDONO MORAL O MATERIAL DEBIENDO SER ENTREGADO A SUS PADRES** quienes cuidarán de su menor hijo.

2- Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución **archívese** en el modo y forma de ley: _

3.- **NOTIFÍQUESE** a los padres biológicos en su domicilio real y procesal, a la abuela paterna para su conocimiento.-

3.- NOTIFÍQUESE a la Tercera Fiscalía a Civil y Familia.-

Anexo 3: Matriz de consistencia o coherencia

“LIBERTAD RELIGIOSA DE PADRES Y CONSENTIMIENTO DEL MENOR EN TRATAMIENTOS MÉDICOS SIN SANGRE”

| FORMULACION DEL PROBLEMA | OBJETIVO GENERAL | HIPOTESIS GENERAL | VARIABLES HIPÓTESIS GENERAL | TIPO DE INVESTIGACIÓN |
|--|--|---|--|--|
| ¿De qué manera se tutelaría la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre? | Analizar y fundamentar de qué manera se tutelaría la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre. | La libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor en tratamientos médicos sin sangre, se tutelaría con la no investigación penal a los padres del menor que ejercen su derecho de objeción de conciencia y por la autonomía progresiva del menor. | Variable Independiente: Libertad religiosa y consentimiento del menor, en tratamientos médicos sin sangre | Por la finalidad: Básica. |
| | OBJETIVOS ESPECÍFICOS | | El Enfoque de Investigación: es Cualitativo. | |
| | <ul style="list-style-type: none"> ❖ Analizar la libertad religiosa de padres y el consentimiento del menor en tratamientos médicos sin sangre. ❖ Fundamentar si el ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los padres del menor los exime de investigación penal. ❖ Fundamentar si la autonomía progresiva del menor o su consentimiento exime de investigación penal a los padres del menor. | | Como investigación jurídica es: Jurídico-formal Método: dogmático-funcional | |
| | | | Por el nivel o alcance: Estudio descriptivo. | |
| | | | Variable Dependiente: No investigación penal por ejercicio del derecho de objeción de conciencia y autonomía progresiva del menor | Diseño de Investigación -Documental. -No experimental, transversal y retrospectiva. |
| | | | | Población Muestral Está constituido por 03 sentencias o casos judiciales sobre negativa a transfusión de sangre en menor de edad, por convicción religiosa. Se utilizó la muestra teórica o conceptual (casos 01 y 02) y la muestra por conveniencia (caso 03) para el análisis del problema. |

Apéndice A: Formato de consentimiento informado para transfusión sanguínea, derivado del Manual de Hemoterapia del Ministerio de Salud - Instituto Nacional Materno Perinatal del año 2008



INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL
CENTRO DE HEMOTERAPIA TIPO II

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL RECEPTOR

FECHA: / /

I DATOS PERSONALES:

| | | | |
|-----------------------------------|-------|------------------------------------|-------------------|
| Apellidos y Nombres del Receptor: | | | |
| Edad: | Sexo: | Masculino <input type="checkbox"/> | Historia Clínica: |
| | | Femenino <input type="checkbox"/> | |
| Servicio: | Cama | | |

II CONSENTIMIENTO INFORMADO:

Yo, concedo autorización para que se me transfunda la cantidad necesaria de sangre y hemocomponentes. Certifico que he tenido la oportunidad de preguntar sobre este procedimiento y entiendo lo que es y cuales son sus riesgos y tambien he tenido la oportunidad de negarme a ser transfundido. He revisado y entendido la informacion que me dieron referente al riesgo de propagacion del virus del SIDA, Hepatitis y otros, a traves de las transfusiones de sangre, plaquetas o plasma, entiendo que durante o despues de la transfusion pueda sufrir una reaccion inesperada, por ello eximo de toda responsabilidad a esta institucion y a sus miembros ante cualquier tipo de reclamo o demanda que yo, mis herederos, ejecutores o administradores tengan o puedan tener en contra de cualquiera de ellos en lo que se refiere a esta transfusion y cualquier consecuencia como resultado directo o indirecto de ella.

Firma del Receptor/Padre/Apoderado



Huella Digital

Firma del Médico Tratante

Apéndice B: Formato de consentimiento informado para transfusión sanguínea, del Ministerio de Salud de Japón del año 2014

Información sobre las transfusiones sanguíneas

1. ¿Qué es una transfusión sanguínea?

- Una transfusión sanguínea es una terapia importante que sirve para reponer cada uno de los componentes de la sangre (tales como glóbulos rojos, plaquetas, componentes proteínicos y factores coagulantes) cuando sus funciones o cantidades se han menoscabado.
- La transfusión sanguínea tiene un determinado grado de riesgo. Solo se lleva a cabo cuando se espera que el resultado final sea positivo.

2. Indicaciones para las transfusiones sanguíneas

- Cuando un paciente no puede producir suficiente sangre por su cuenta.
- Cuando la vida de un paciente está en peligro por una hemorragia masiva causada por enfermedad, cirugía o lesión.

3. Hemoderivados para cada componente de la sangre

- Los “hemoderivados de glóbulos rojos” se utilizan cuando un paciente tiene anemia, que es una deficiencia en glóbulos rojos.
- Los “hemoderivados de plaquetas” se utilizan cuando no hay un número suficiente de plaquetas, que desempeñan un papel importante en la detención de las hemorragias.
- Los “hemoderivados de plasma” se utilizan cuando escasean los factores coagulantes o cuando el volumen de plasma circulante se reduce.
- Los “hemoderivados de sangre entera”, que contienen todos los componentes sanguíneos, se usan cuando un paciente sangra mucho o se halla en choque circulatorio.

4. Opciones para las transfusiones de sangre

- Si hay posibilidad de tratamiento medicamentoso, podemos observar el estado del paciente sin recurrir a una transfusión sanguínea.
- Hay dos tipos de transfusión sanguínea: la transfusión alogénica, que utiliza sangre donada por otras personas; y la transfusión autóloga, que utiliza la propia sangre.

Transfusión alogénica: En principio, sólo se transfunden los componentes sanguíneos necesarios, usando hemoderivados suministrados por la Cruz Roja japonesa, tales como hemoderivados de glóbulos rojos, hemoderivados de plaquetas, o plasma fresco congelado. En principio, la transfusión alogénica comienza con un volumen mínimo de los componentes necesarios.

Transfusión autóloga: Se extrae sangre del propio paciente antes de la cirugía, sin riesgo de que se produzcan reacciones adversas cuando el paciente reciba la transfusión. La transfusión autóloga, sin embargo, normalmente está limitada a los pacientes que están esperando una cirugía, cuyo estado general es bueno, y que no tienen complicaciones, tales como infecciones. Por lo tanto, no todos los pacientes pueden beneficiarse de este tipo de transfusión. Si la pérdida de sangre es abundante, se puede usar sangre alogénica en combinación con la propia sangre del paciente.

- Para las transfusiones sanguíneas, en principio solo se utilizan los componentes sanguíneos necesarios.

5. Riesgo de no recibir una transfusión sanguínea

- Si hay deficiencia de glóbulos rojos y usted contrae una anemia severa, todos los órganos carecerán de oxígeno, lo que dará como resultado un estado físico grave.
- Si hay deficiencia de plaquetas y de factores coagulantes, usted podría sangrar profusamente.
- Si el volumen de plasma sanguíneo o el volumen de sangre en circulación disminuyen, la presión sanguínea descenderá, lo cual puede poner en peligro su vida.

6. Riesgos de las transfusiones de sangre

- La Cruz Roja japonesa realiza todas las pruebas disponibles actualmente en sus hemoderivados, y verifica su seguridad. El riesgo de infección, como por ejemplo de hepatitis B, hepatitis C, y VIH (SIDA) tras

una transfusión es muy pequeño. Sin embargo, esto no significa que no haya ningún riesgo.

- Dado que los hemoderivados se extraen de la sangre de otras personas, la respuesta del sistema inmune puede causar reacciones adversas de grado moderado (ej., urticaria, escalofríos, fiebre o hipotensión) a severo (ej. reacción hemolítica a una transfusión). Además, las transfusiones frecuentes de plaquetas pueden desencadenar la producción de anticuerpos contra ellas, lo que resulta en una resistencia a las transfusiones de plaquetas (un estado en el que no se observan efectos beneficiosos tras la transfusión). Citamos las principales reacciones adversas a continuación.

| <Síntomas> |
|---|
| Fiebre y/o urticaria |
| Asma |
| Choque circulatorio (hipotensión y dificultades para respirar) |
| Hepatitis B o C |
| Hepatitis no B y no C (NBNC) |
| HTLV-I, VIH, u otros virus desconocidos |
| Enfermedad de injerto contra huésped (EICH) por transfusión sanguínea |
| Producción de anticuerpos inmunitarios |
| Sífilis, malaria, o anafilaxis en pacientes con deficiencia de IgA |

- Los glóbulos blancos (linfocitos) presentes en los hemoderivados pueden atacar y destruir los órganos del paciente que los recibe. Esto se denomina enfermedad de injerto contra huésped (EICH) por transfusión de sangre. Es una reacción adversa mortal a una transfusión sanguínea.

Aún no se ha establecido un tratamiento eficaz de la EICH por transfusión. Por tanto, la prevención es la única estrategia posible.

7. Medidas para reducir los riesgos de las transfusiones sanguíneas

- Irradiamos nuestros hemoderivados para prevenir la EICH por transfusión.
- Antes de una transfusión sanguínea, probamos y verificamos que los hemoderivados seleccionados son apropiados para usted. Además, médicos, enfermeras y técnicos confirman la identidad de los hemoderivados varias veces antes de la transfusión para prevenir una equivocación.

8. Procedimientos de emergencia

- En caso de que se produzca una emergencia que ponga en peligro la vida del paciente, o en caso de que el médico que le atiende determine que usted necesita una transfusión sanguínea para su tratamiento, dicho médico elegirá el tipo de transfusión sanguínea.

9. Sistema asistencial para quienes padezcan reacciones adversas y enfermedades infecciosas, y cualificación para recibir prestaciones

- Aunque los hemoderivados se manipulan apropiadamente, usted puede verse afectado por infecciones u otras reacciones adversas a causa de estos productos. Si su salud se resiente negativamente, y contrae alguna enfermedad o incapacidad para cuyo tratamiento necesita ser hospitalizado, usted puede utilizar este sistema para recibir prestaciones, que incluyen gastos médicos, subsidio médico y pensión por incapacidad.

10. Pruebas de enfermedades infecciosas y almacenamiento de sus muestras de sangre

- Para comprobar si la transfusión de sangre causa infecciones víricas, su sangre se analiza antes de la transfusión sanguínea en busca de infecciones, incluyendo los virus de la hepatitis B y C y el VIH. Se le recomienda que se haga las mismas pruebas después de la transfusión (es decir, al cabo de tres meses). Además, las muestras de sangre que se le hayan extraído para estas pruebas se guardarán durante un determinado periodo de tiempo (normalmente más de un año) para investigar las causas de cualquier infección vírica o reacción adversa que usted haya padecido por la transfusión.

11. Revelación de información al fabricante

- Tenga en cuenta que podemos transmitir su información al fabricante de los hemoderivados si lo consideramos necesario para prevenir la ocurrencia o la propagación de daños asociados con la transfusión sanguínea.

12. Conservación de registros

- Los registros relacionados con las transfusiones de sangre se conservan durante 20 años a partir de la fecha de la transfusión.

Hemos ofrecido un resumen de los procedimientos de transfusión; sin embargo, las transfusiones varían de hecho dependiendo de las enfermedades y las condiciones de cada paciente. Por consiguiente, si tiene alguna pregunta, no dude en plantearse a su médico.

***Mediante mi firma a continuación, confirmo que con la lectura de esta información y la explicación detallada recibida he entendido enteramente.**

Fecha (año /mes/día): (/ /)

Firma:

Apéndice C: Alternativas médicas a la transfusión sanguínea. Parte pertinente del “Compendio para el uso clínico de sangre y componentes”. Programa nacional de hemoterapia y bancos de sangre, 2005, Ministerio de Salud.

Estas alternativas pueden ser: Farmacológicas y No Farmacológicas

Alternativas Farmacológicas a la Transfusión de Componentes Sanguíneos

| | | Para Glóbulos Rojos | Para Glóbulos Blancos | Para Plaquetas |
|----|---|--|--|---|
| I | Agentes hemopoyéticos (Estimulan el crecimiento y el desarrollo de las células sanguíneas) | 1. Hematínicos: Vitamina B12, Ac. Fólico y fierro. 2. Eritropoyetina Recombinante: Eprex, Hemax, Recormon. 3. Hormonas anabolizantes andrógenos: Anadrol, Decadurabolin | 1. Factor Recombinante estimulador de colonias de granulocitos 2. Factor Recombinante estimulador de colonias de granulocitos macrófagos. Ej. Leucomax | 1. Interleukina 11 recombinante: Neumega 2. Trombopoyetina: Factor de crecimiento y desarrollo megacariocítico |
| II | Agentes hemostáticos (Promueven la coagulación) | 1. Acido aminocaproico: Amicar 2. Acido Tranexámico: Transamin 3. Aprotinina: Trasylol 4. Desmopresina: DDAVP 5. Vasopresina: Pitressín 6. Agentes hemostáticos tópicos: Gelfoam, Trombogen, Surgicel 7. Adhesivos tisulares: Dermabond 8. Vitamina K | | |

| | | |
|---------|---|---|
| | | <p>9. Factores de la coagulación recombinantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Factor VII: Novoseven • Factor VIII: Kogenate • Factor IX Recombinante: Benefix |
| II I | Expansores no sanguíneos del volumen plasmático | <p>1. CRISTALOIDES: Solución salina normal, lactato de Ringer, solución salina hipertónica</p> <p>2. COLOIDES: Gelatina y Dextrán</p> <p>3. QUIMICOS PERFLUORADOS: Fluosol DA - 20</p> |

ALTERNATIVAS NO FARMACOLÓGICAS QUE FACILITAN EL CONSUMO MÍNIMO DE COMPONENTES SANGUÍNEOS

| | |
|--|--|
| Técnicas operatorias y anestésicas para limitar la pérdida sanguínea intraoperatoria | <ol style="list-style-type: none"> 1. Hemodilución intraoperatoria 2. Hemodilución hipervolémica 3. Recuperación intraoperatoria 4. Hipotermia inducida 5. Anestesia hipotensiva 6. Planificación preoperatoria <p>*Incremento del equipo quirúrgico</p> <p>*Posición quirúrgica</p> |
| Aparatos para controlar el oxígeno en la sangre y técnicas que limitan las pruebas de sangre | <ol style="list-style-type: none"> 1. Oxímetro del pulso 2. Equipo de microtest pediátrico 3. Monitor de oxígeno transcutáneo 4. Planificación anticipada de acto quirúrgico |
| Aparatos y técnicas que facilitan la hemostasia interna | <ol style="list-style-type: none"> 1. Electrocauterio 2. Cirugía Láser |

| | |
|---|---|
| | 3. Radiocirugía con bisturí de rayos gamma 4. Bisturí de microondas para la coagulación 5. Endoscopia 6. Embolización arterial 7. Coagulador de rayos argón 8. Adhesivos de tejidos: Gel plaquetario |
| Aparatos y técnicas que facilitan la hemostasia externa | 1. En Hemorragia: *Compresión directa *Cirugía inmediata *Uso de hielo *Torniquete 2. En Shock: Posición Trendelenburg |

Ministerio de Salud (2005). Compendio para el uso clínico de sangre y componentes. Programa nacional de hemoterapia y bancos de sangre (PRONAHEBAS). Lima, Perú.

En el precitado Compendio se clasifica a las *alternativas* a la transfusión en: Farmacológicos y No Farmacológicos.

Apéndice D: Comités de Enlace con los Hospitales

A partir de 1979, se empezaron a formar Comités de Enlace con los Hospitales, bajo la dirección del Cuerpo Gobernante de los Testigos de Jehová. Estos comités tiene el propósito de apoyar a los Testigos en su determinación de no recibir transfusiones de sangre, aclarar cualquier mal entendido por parte de los médicos, y entablar un espíritu más cooperativo entre las instituciones médicas, y los pacientes que son Testigos (Sánchez, 2003).

Esta red internacional está compuesta de unos 1.700 Comités de Enlace con los Hospitales que opera en más de 110 países, formados por ministros religiosos de la comunidad capacitados para hablar con médicos, miembros del personal hospitalario, trabajadores sociales y representantes del poder judicial. Esta red proporciona información fiable sobre estrategias clínicas para evitar transfusiones de sangre y facilita que los pacientes Testigos de Jehová reciban asistencia médica (véase <https://www.jw.org/es/informacion-medica/recursos-descargables/comites-enlace-hospitales-testigos-jehova/>). Se explican tratamientos alternativos a las transfusiones de sangre que pueden tomarse en consideración y se recomienda que todos los profesionales de la salud deben estar al día con los nuevos tratamientos, analizar las opciones disponibles y ayudar a los pacientes a elegir un tratamiento teniendo en cuenta su enfermedad, deseos, valores y creencias.

Es necesario precisar que la postura de la negativa a la sangre, no les es impuesta como una obligación de parte del Cuerpo Gobernante de los Testigos de Jehová, siendo que bajo su propia conciencia eligen no aceptar la sangre, así que todos los que se niegan a recibir un tratamiento con sangre reciben apoyo de los comités de enlace con los hospitales, para que mantengan esa determinación, siguiendo los dictados de su conciencia educada (Sánchez, 2003).

Los Testigos de Jehová tienen una postura firme en cuanto respetar el mandato bíblico de abstenerse de sangre, lo que implica la transfusión de sangre. Sánchez (2003) añade: “Son tal vez uno de los grupos religiosos que más se apega a sus creencias, al punto que viven una forma de vida acoplada a dichas convicciones” (p.21).

