



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LÍMITE A LA PATRIA POTESTAD EN EL EJERCICIO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS EN EL PERÚ

Edwin Córdova-Reto

Piura, octubre de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Córdova, E. (2016). *El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú* (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

EDWIN LEONEL CÓRDOVA RETO

***EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LÍMITE A LA
PATRIA POTESTAD EN EL EJERCICIO DE LA OBJECIÓN DE
CONCIENCIA A LOS TRATAMIENTOS
MÉDICOS EN EL PERÚ***



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado

2016

APROBACIÓN

La tesis titulada “El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú”, presentada por Edwin Leonel Córdova Reto en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Susana Mosquera Monelos.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

A mi familia. A mis padres, Pedro y Maritza, porque gracias a ellos todo esto es posible, por sus innumerables enseñanzas y apoyo constante en mis metas. A mis hermanos, Darwin y Kevin, por haberme soportado durante la preparación de la tesis, haber sabido apoyar con su silencio y haber logrado sacarme una que otra sonrisa en los momentos más tensos que he afrontado en el camino.

A mis profesores. A mi asesora, la Dra. Susana Mosquera Monelos, por su infinita paciencia, enseñanza y apoyo durante la elaboración de la presente investigación. Y por sus valiosos consejos para poder desarrollarme como docente universitario.

A la Universidad de Piura. A la Facultad de Derecho, a la que le debo mis conocimientos jurídicos, que han resultado necesarios para la elaboración de esta tesis; y para la vida laboral. A la Facultad de Humanidades, porque gracias a la confianza y apoyo brindado he logrado el período de calma intelectual necesaria para finalizar esta investigación.

ÍNDICE

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I.- LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPAL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO	1
1. ¿Qué es la persona humana?.....	1
1.1. El fundamento de la persona: la dignidad humana	2
1.2. La historicidad de la persona	3
1.3. La obligatoriedad de los derechos humanos	4
2. ¿Qué es el Derecho?	6
2.1. Hacia una concepción de lo que es el Derecho.....	6
2.2. Los derechos humanos.....	7
2.3. El Derecho y las leyes injustas	8
3. La persona humana y la hermenéutica jurídica	10
3.1. La dignidad y la perfección humana.....	10
3.2. La dignidad humana como criterio hermenéutico	11
CAPÍTULO II.- EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.....	13
1. La noción del derecho de libertad religiosa.....	13
1.1. El derecho de libertad religiosa	14
1.2. La titularidad de la libertad religiosa	17
1.3. Regulación de la libertad religiosa.....	21
1.3.1. Breve historia de libertad religiosa en el Perú	21
1.3.2. Garantía normativa de la libertad religiosa en el Perú.....	29

2. La objeción de conciencia.....	39
2.1. La naturaleza de la objeción de conciencia.....	39
2.2. Manifestaciones jurídicas de la objeción de conciencia.....	47
CAPÍTULO III.- LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MÉDICOS EN SITUACIONES DE RIESGO DE LA VIDA DEL MENOR	53
1. La objeción de conciencia a los tratamientos médicos	53
2. Derechos y deberes de los médicos en la atención de pacientes.....	57
2.1. El deber deontológico del médico	57
2.2. El deber de informar: el consentimiento informado.....	59
2.3. El médico como sujeto en el supuesto de estudio	64
3. El ejercicio de la patria potestad frente a la objeción de conciencia. 67	
3.1. La patria potestad	67
3.1.1. Definición de la patria potestad	67
3.1.2. Extinción y suspensión de la patria potestad	72
3.2. El interés superior del menor y la patria potestad	75
3.3. La libertad religiosa del menor.....	77
3.3.1. La titularidad del derecho de libertad religiosa del menor	78
3.3.2. El menor “maduro” como titular del derecho de libertad religiosa	80
3.3.3. La determinación de la madurez del menor	82
4. Admisibilidad de la objeción de conciencia a tratamientos médicos interpuestas por los padres en nombre de sus hijos menores de edad... 87	
4.1. ¿Conflicto de derechos?	87
4.1.1. El derecho a la Vida	88
4.1.2. El derecho a la Salud	94
4.1.3. El aparente conflicto entre derechos.....	96
4.2. Entre una respuesta y una propuesta al supuesto de estudio ..	102
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	117

INTRODUCCIÓN

La presente investigación permite optar al título de abogado. Teniendo en cuenta esta finalidad se analizará en el presente trabajo, a una figura jurídica moderna, pero con raíces tan profundas en la naturaleza humana, la cual es la objeción de conciencia con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica y su correcto ejercicio en el marco del ordenamiento jurídico peruano.

La objeción de conciencia puede estudiarse desde diversas áreas académicas, y debido a la unidad intrínseca del ser humano no es posible excluir conceptos extralegales. Pero es necesario precisar que el presente es un trabajo de naturaleza jurídica, una tesis de Derecho. Por ello, en este momento resulta necesario esbozar una noción de objeción de conciencia, la cual es un mecanismo jurídico de desobediencia individual a normas de obligatorio cumplimiento, que se aplica respaldado en la fuerte convicción de estar respetando un sistema normativo superior que debe ser objetivamente argumentado, dado que inaplica la norma prescriptiva en el caso concreto.

La presente investigación trata de una de las figuras jurídicas más intrigantes y extensas del mundo jurídico, la cual se encuentra íntimamente relacionada a la compleja temática de la desobediencia al Derecho. Por ello, este estudio se centrará en el supuesto específico de la negativa del padre a que su hijo menor de edad reciba determinados tratamientos médicos sin los cuales estaría en riesgo su vida.

Por eso, es necesario indicar que el enlace con la realidad, y origen del presente escrito, es la conocida negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones sanguíneas a pesar del riesgo en que se encuentre su vida, situación en la que entran en aparente conflicto la libertad religiosa del menor -ejercida mediante la patria potestad- frente al derecho a la salud y la vida -garantizado por valores deontológicos del médico-. Y en estas situaciones, en la que se ve involucrado un menor de edad, siempre debemos examinar el principio del *interés superior del menor*.

Por lo que se ha planteado responder a lo largo de la investigación, a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la naturaleza de la objeción de conciencia a tratamientos médicos que involucran a menores de edad, qué respuestas deben darse, y cómo debe ser tratada en el Perú? Siendo necesario precisar que no se presupone la regulación peruana sea incorrecta o inexistente. Esto lo determinará la actual investigación.

En ese sentido, se analizará si el ejercicio de la titularidad de la libertad de conciencia y religión del menor, así como, la consecuente interposición de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos podría recaer en el padre, en el ámbito del ejercicio de la patria potestad, con la finalidad que sus hijos menores de edad no reciban tratamientos médicos apropiados que podrían preservar sus vidas. Por ello, será necesario precisar qué es la patria potestad y también a partir de que momento la libertad religiosa del menor puede ser ejercida por sí mismo.

Por lo mismo, se tendrá en cuenta al momento del análisis al principio-garantía denominado “interés superior del menor” visto como límite al ejercicio de la patria potestad, cuando en base a ella se vulneran los derechos del niño-adolescente. Siendo necesario establecer bajo qué circunstancias el menor de edad puede ejercer la titularidad de su derecho de libertad de conciencia y de religión de manera plena; esto se entiende, porque la finalidad del principio señalado es que los menores puedan ejercitar sus derechos de un modo pleno.

Al mismo tiempo que el tema se ha ido focalizando desde el punto de vista académico, también resulta necesario precisar que el límite geográfico al estudio de la cuestión planteada es la realidad peruana y su ordenamiento jurídico, es decir, se analizará el supuesto presentado en base a la legislación nacional o internacional que sea aplicable en el Perú.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

En el supuesto analizado se encontrarán ante un caso en el que existe un aparente conflicto de derechos, es decir, existe un conflicto de intereses o pretensiones jurídicas y a partir de allí se debe entender que la tarea es determinar qué pretensión jurídica es válida. La objeción de conciencia no es propiamente un derecho humano, como varios doctrinarios explican, por lo tanto, no es la objeción de conciencia uno de los supuestos derechos en conflicto.

La relevancia de la objeción de conciencia es que se trata del mecanismo jurídico para el ejercicio efectivo del derecho humano de la libertad de religiosa, el cual en el caso de las objeciones de conciencia a los tratamientos médicos se encuentra supuestamente en conflicto con el derecho humano de la salud-vida de los enfermos -garantizado por el médico en virtud de su deber deontológico.

La hipótesis planteada es que la objeción de conciencia a los tratamientos médicos no es aplicable en el supuesto planteado, debido a que la pretensión jurídica válida es la de la vida del menor, por lo que no es factible ejercer dicho tipo de objeción de conciencia como parte del ejercicio de la patria potestad. Ahora, si bien se tiene una respuesta inicial, es necesario encontrar una respuesta definitiva a la pregunta que origina esta tesis. La cual consta de tres capítulos que buscan dar respuesta a la pregunta planteada inicialmente, los cuales serán comentados brevemente en los párrafos siguientes.

El primer capítulo se encarga de analizar la realidad de la persona humana como criterio fundamental de toda interpretación jurídica y como titular de derechos humanos, para poder crear una base adecuada a nuestra investigación. También intenta dar una noción de lo que es el Derecho y de lo que son los derechos humanos para en capítulos posteriores poder explicar algunos de ellos.

El segundo capítulo estudia la libertad religiosa para de esta forma poder entender uno de los derechos que aparentemente entran en conflicto en el supuesto planteado. Este derecho nos permite expresar las creencias de manera pública, seguir la observancia de los ritos, cambiar de religión o negarse a seguir alguna. Las únicas limitaciones en su ejercicio son la costumbre, la moral, la salud y el orden público.

También se estudia la objeción de conciencia, mecanismo jurídico que permite actuar a la persona en base a las propias convicciones aun cuando se limite su actuación por algún imperativo legal o contractual, el cual se inaplicaría en el caso en concreto. Este mecanismo se enmarca en la temática de la desobediencia al Derecho, por lo que se entiende como una negativa individual al cumplimiento de determinado ámbito del ordenamiento jurídico en base a ciertas convicciones, buscando no aplicar dicha norma de forma personal y en el caso en concreto.

El tercer capítulo analiza la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, en concordancia, también estudia la figura del médico en el marco de su deber deontológico de salvaguardar la vida de los pacientes, así como su deber de informarles de la situación médica concreta y los tratamientos necesarios, con la finalidad de poder obtener el consentimiento informado de los pacientes o apoderados de estos para aplicar dichos tratamientos. Finalmente, se estudia la figura del médico como sujeto especial en esta clase de objeción de conciencia.

Asimismo, se estudia el derecho-deber de la patria potestad, el principio del interés superior del menor y la titularidad del derecho de libertad de conciencia por parte del menor. Para finalizar analizando la admisibilidad de la objeción de conciencia a tratamientos médicos aplicados en situaciones de riesgo de la vida del menor, solicitada por el padre en el ejercicio de la patria potestad, y, en consecuencia, las actuaciones del médico, y la autoridad judicial al respecto. Asimismo, se plantea cómo debe tratarse dicha situación en el Perú.

Espero con las conclusiones del presente trabajo de investigación colaborar con el entendimiento del mecanismo jurídico de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, y que esta figura jurídica pueda tener una correcta regulación y aplicación en la realidad peruana.

Piura, 06 de abril de 2016.

CAPÍTULO I

LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPAL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

1. ¿Qué es la persona humana?

Resulta necesario responder la presente pregunta al iniciar una investigación jurídica, debido a que el Derecho regula la actuación externa y jurídicamente relevante de la persona humana. Para ello, elaboraremos una noción de persona que nos permita descubrir, o por lo menos, acercarnos a la naturaleza humana.

En una reflexión de nuestro propio ser descubrimos que existimos, y así se dude de todo, descubriremos nuestra existencia en la propia duda; por lo que podemos ser llamados una realidad. La misma que se presenta ante el mundo como la única capaz de comprenderlo. Y de esta comprensión del mundo logramos comprendernos a nosotros mismos como seres complejos, es decir, con múltiples dimensiones que no están en conflicto, sino que se encuentran vinculadas entre sí, por lo que podemos calificar a la persona humana como una realidad compleja.

La primera dimensión es la individual, dónde se reconoce una intimidad en la que formamos nuestras convicciones. La segunda es la social, en la cual exteriorizamos las convicciones mientras nos relacionamos con otras personas que también actúan según su intimidad. En tercer lugar, al observar que las cosas se deterioran y la muerte de los seres vivos nos damos cuenta de la dimensión material, y entendemos

que hay necesidades que debemos cubrir para seguir vivos. Finalmente, comprendemos que también estamos formados por una parte inmaterial, sin la cual no tendríamos vida –ni inteligencia, ni voluntad, ni libertad-, la cual es la dimensión espiritual; y nos cuestionamos sobre el más allá y adoptamos una determinada postura religiosa.

Al comprender las dimensiones de la persona humana se descubren una serie de exigencias y necesidades que nos hace entender que no somos perfectos. Pero, no deseamos quedarnos con esa imperfección, en ese sentido, la persona humana es *una realidad compleja e imperfecta que tiende a la perfección*, por lo que intenta satisfacer una serie de exigencias y necesidades; lo que consigue por medio de bienes, siendo un bien todo aquello que la perfecciona¹.

1.1. El fundamento de la persona: la dignidad humana

El ser persona no nos atribuye ninguna característica adicional, sino que reconoce en nosotros un núcleo esencial que nos diferencia de los demás seres y nos hace respetables *per se*. Es un reconocimiento de la naturaleza humana teleológica, que hace que los seres humanos seamos de un modo determinado y no de otro modo distinto, y que nuestra finalidad sea el perfeccionarnos a nosotros mismos por medio de bienes.

Y la naturaleza humana y su inseparable necesidad de respeto, siempre exigible bajo cualquier circunstancia -que convierte a la persona en el centro de derechos y deberes- es lo que se le denomina dignidad humana. La misma que obliga a todos a tratar a las personas como un fin en sí mismo, y no como medios para lograr nuestros propios fines, constituyéndose como el fundamento de la perfección humana. Y para lograr alcanzarla de modo efectivo en la sociedad aparece el Derecho, asegurando mínimos que permitan el respeto de la dignidad humana y facilitando bienes –con apoyo del Estado- que apoyen nuestra perfección.

La dignidad nos consagra como Sujetos de Derecho, es decir, nos otorga la capacidad jurídica de ser titulares de derechos y obligaciones. En ese sentido, el Derecho debe ser aquel instrumento que posibilita el alcance de la perfección humana por medio de unos bienes que no serían

¹ Cfr. CASTILLO, L. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. [3ª Ed.] Lima: Palestra Editores, 2007. pp. 29-33.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

otra cosa que los derechos humanos; tal como lo indica el artículo primero de la Constitución peruana (1993) al consagrar que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado”². Esto no responde qué es la dignidad, pero al menos nos hace ver que es “algo” importante y que merece protección³.

En ese sentido, debe existir una igual dignidad para todos los seres humanos⁴. La misma que no se constituye como un derecho humano, sino como un principio o fundamento de los mismos⁵.

1.2. La historicidad de la persona

La vida es digna solo cuando se alcanzan realmente los bienes que perfeccionan a la persona. Para esto debemos tener en cuenta que la dignidad se desenvuelve históricamente, es decir, las personas vivimos en un lugar y tiempo determinado, en el cual buscamos perfeccionarnos y exigimos el respeto a una determinada comunidad; esto es lo que llamamos historicidad de la persona humana; la misma que nos permite descubrir cómo se debe proteger a la persona y de qué forma se le deben garantizar los bienes jurídicos que la perfeccionen.

Por ello, resulta imprescindible preguntarnos si se debe proteger de un modo abstracto o concreto a la dignidad humana. Ante esto, tenemos que la persona no existe de un modo abstracto, sino que vive realidades concretas en un determinado contexto histórico, y para que la protección sea real se le debe proteger concretamente según sus circunstancias.

² Art. 1° de la Constitución política del Perú de 1993.

³ Cfr. EXP. N° 01865-2010-PA/TC, del 20 de julio de 2011, F.J.22. En ese mismo sentido se pronuncia la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo N° 11 que declara: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

⁴ En textos internacionales se hace referencia a una “igual dignidad” que poseen todas las personas humanas: “[...] iguales en dignidad y derechos [...]” (Declaración Universal de Derechos humanos, art. 1°); e “[...] igual protección ante la ley” (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 24°).

⁵ Cfr. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima: Palestra: 2012. p. 89; y Cfr. FERNÁNDEZ, C. *El derecho y la dignidad del ser humano*, en “Revista Jurídica del Perú”, N° 87 (2008). p. 287.

En consecuencia, los bienes que perfeccionan a la persona deben tener un contenido concreto y determinado por las circunstancias reales⁶; y dado que en innumerables ocasiones la ley positiva no avanza conforme los hechos, resulta de gran utilidad la cláusula de *numerus apertus*, según la cual “[l]a enumeración de los derechos establecidos [...] no excluye [...] otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre [...]”⁷. Estos bienes que son los derechos humanos deben tener un contenido concreto y ser de obligatorio cumplimiento.

1.3. La obligatoriedad de los derechos humanos

Para garantizar la protección concreta de la persona humana, los derechos deben ser de obligatorio cumplimiento, esto es porque se han convertido en el fundamento del sistema democrático, y en ese sentido, son un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y también una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social⁸.

En ese sentido, que los derechos sean bienes que perfeccionan a la persona humana nos muestra la necesidad de los mismos, pero no supone su obligatoriedad⁹. Para algunos juristas la obligatoriedad es o bien por la ley en si misma o por el respeto al sistema para el cual se dicta la ley.

Para lo primero, la obligatoriedad de los derechos no puede encontrarse en la ley debido a que estas son un producto humano, y al ser la persona un ser falible debido a que no es perfecto, el legislador de turno puede equivocarse al elaborar de una ley. En ese sentido, es coherente afirmar que la obligatoriedad no proviene de la ley positiva, dado que si fuera cierto que solo lo que la ley determine como derechos humanos se debería proteger, nos encontraremos que si en determinado caso la ley positiva no protegiera determinado bien humano, no podría ser exigible un comportamiento de respeto hacia ese bien. Por lo mismo, resulta acertada y coherente la cláusula de derechos no enumerados.

⁶ Cfr. CASTILLO, L. *Los derechos...*, ob. cit., p. 43.

⁷ Art. 3° de la Constitución política del Perú de 1993.

⁸ Cfr. BIDART, G. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad Autónoma de México, 1993.

⁹ Cfr. CASTILLO, L. *Los derechos...*, ob. cit., p. 46.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Para el segundo supuesto, la defensa del sistema –al cual se le puede unir la coacción estatal- tenemos que nadie puede obligar a una persona a seguir un determinado grupo de normas argumentando que es en bien del sistema social que se vive, esto es porque primero debería justificarse que es lo que obliga a la persona a permanecer en ese sistema; es decir, sé que si juego ajedrez debo seguir unas determinadas reglas, pero nadie puede obligarme a jugar este juego. Y si existe una obligación a ser parte del sistema es porque existe un fundamento anterior al propio sistema, un fundamento que le da obligatoriedad a las leyes.

El Derecho no se reduce solo a la ley positiva, sino que tiene una referencia meta-positiva, meta-legal, con la cual se salva de la arbitrariedad del legislador de turno¹⁰, que es quien tiene el poder y capacidad de emitir mandatos imperativos y hacerlos cumplir.

La obligatoriedad proviene de la dignidad, esto es reconocido por nuestro Tribunal Constitucional: “Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales [...] es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado [...]”¹¹. Declaración necesaria, pero sin efectos constitutivos, dado que aún con su ausencia, la dignidad humana seguiría siendo el fundamento de los derechos humanos y de todo el ordenamiento jurídico.

Los derechos humanos encuentran su fundamento y obligatoriedad en la dignidad humana, la misma que convierte a la persona en Sujeto de Derecho, y sobretodo, en un centro jurídico del cual irradian –y se fundamentan- los Derechos Humanos¹². Por lo que “el derecho debe formularse siempre en atención y en referencia de la persona humana”¹³,

¹⁰ Cfr. *Ibíd.* p. 48.

¹¹ EXP. N° 1417-2005-PA/TC, del 11 de julio de 2005, F.J.2. La dignidad no es un derecho, sino un principio fundamentador de los mismos que se concretiza en el respeto efectivo de los derechos y su necesaria exigibilidad jurisdiccional.

¹² Cfr. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J. *Persona humana y derecho. Un diálogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*. México DF: Ed. Porrúa. 2014. p. 119.

¹³ CASTILLO, L. *Los derechos...*, ob. cit., p. 49.

de esta forma el fundamento último de la obligatoriedad de los derechos humanos es el valor de fin en sí misma que tiene toda persona humana, es decir, su dignidad formada por su naturaleza perfectible y la necesidad de respeto que la misma reclama.

Es por ello, de acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, en razón de la dignidad que nos corresponde por ser personas humanas, que podemos reclamar la protección de nuestros derechos ante las distintas autoridades jurisdiccionales del país, y si fuera necesario también en las jurisdicciones internacionales. Por lo que resulta imprescindible preguntarnos ahora qué es eso que llamamos “derecho”.

2. ¿Qué es el Derecho?

El término “derecho” es un término análogo, es decir, posee una serie de conceptos diferentes, pero íntimamente relacionados entre sí¹⁴. Son dos las acepciones que veremos en la presente investigación, la primera nos indica que el “Derecho” puede ser entendido como la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo¹⁵, que regula las manifestaciones externas para garantizar la convivencia humana; en la segunda, el “derecho” es todo bien humano, es decir, todo aquello que logra que el ser humano alcance cotas de perfección.

2.1. Hacia una concepción de lo que es el Derecho

El Derecho nace en la alteridad, es decir, cuando alguien reclama algo como propio frente a otra persona y resulta necesario determinar lo que le corresponde a cada quien. Esta determinación fue concebida en Roma como un arte, el mismo que consistía en dar a cada uno lo suyo, es decir, el derecho que le corresponde a cada quien¹⁶. Posteriormente, se abandonó el concepto de arte que incluía a la justicia en su concepción

¹⁴ Cfr. ZEGARRA, A. *Descubrir el derecho: las nociones elementales del derecho privado y del derecho público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores, 2009. pp. 22-23.

¹⁵ Cfr. RADBRUCH, G. *Introducción a la filosofía del derecho*. [4ª ed.] México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1951-1965. pp. 15-25.

¹⁶ Cfr. HERVADA, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Piura: UDEP Colección Jurídica: 1999. pp. 29-31.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

para pasar a entender al Derecho como una Ciencia que busca la seguridad jurídica, aunque nunca se ha podido desligar de la justicia.

No en pocas ocasiones se ha intentado explicar el Derecho fundamentándolo en sí mismo. Lo cual es una tarea imposible, dado que la fundamentación de cualquier realidad requiere salir de sí misma para determinar su origen¹⁷. Esto ha llevado al Derecho a olvidarse del mínimo ético que contiene -al ser su tarea la de regular la convivencia humana- y de su referencia necesaria e ineludible en la dignidad.

El Derecho es un medio de perfeccionamiento humano, a través de un conjunto de saberes –conocimiento- que permiten regular la convivencia humana –en concreto- determinando lo suyo de cada quien (lo justo) -mediante leyes y decisiones judiciales-, es decir, el derecho en el caso concreto; para lo cual usa claramente criterios de justicia al momento de determinar los bienes (derechos) que le corresponden a cada persona según determinadas circunstancias.

2.2. Los derechos humanos

El Derecho se encarga de asegurar “los derechos” por medio de la elaboración de las normas jurídicas, realizando una determinación abstracta de lo que le corresponde a cada quien, la misma que será concretada por medio del poder judicial en el caso concreto. A cada persona le corresponde bienes que la perfeccionen, es decir derechos que garanticen su desarrollo y adecuada convivencia en la sociedad.

Los derechos pueden clasificarse por la norma que los contiene, así, los derechos constitucionales son lo que tienen una mayor jerarquía en el ordenamiento –los mismos que pueden estar recogidos de modo expreso o implícitamente por medio de la cláusula de derechos no enumerados-; y todos los derechos son derechos humanos, en cuanto, la persona es el titular que los puede reclamar como suyos en una situación concreta.

Pero, el que estos bienes sean recogidos en una norma solo es algo declarativo, dado que son derechos humanos así no se encuentren recogidos en la Constitución. Por lo cual, resulta adecuado entender que

¹⁷ Cfr. LOPÉZ, J. *Historia de la Filosofía del Derecho clásica y moderna*. Valencia: Tirant lo Blanch: 1998. p. 22.

los derechos son bienes que resultan necesarios para que la persona logre el perfeccionamiento que reclama su naturaleza; por lo cual es indispensables que sean determinados de modo concreto teniendo en cuenta siempre la dignidad, la misma que es fundamento de los mismos.

2.3. El Derecho y las leyes injustas

Ahora, estos derechos son recogidos en las leyes que son elaboradas por el poder legislativo, por lo que resulta necesario saber qué es la ley. En ese sentido, podemos empezar indicando que es el medio por el cual el Derecho se concretiza y reconoce los derechos necesarios para la convivencia humana. Y es por esto que Santo Tomás definió a la ley como “una ordenación de la razón, en vista del bien común y promulgada por el que tiene al cuidado la comunidad”¹⁸.

Pero para el Aquinate no existe una sola clase de ley, sino que existen cuatro tipos de leyes. La primera es la ley divina¹⁹, la misma que es necesaria para una correcta dirección de la vida humana y se conoce solo por revelación²⁰. La segunda clase es la ley eterna, promulgada por Dios y dirigida al gobierno del mundo. No puede ser conocida por las personas, pero “[e]s el fundamento de toda ley”²¹, por lo que la ley humana debe adecuarse a ella si desea ser una ley auténtica.

Esta adecuación se da gracias a la ley natural, tercera clase de ley según Santo Tomás, la misma que consiste en un conjunto de prescripciones inscritas en la razón de toda persona, que ordena hacer el bien y evitar el mal. Es ante todo y en sí misma un complejo objetivo de juicios racionales sobre la conducta humana, que puede ser conocida por todos; en ese sentido, la ley natural es cognoscible, universal, inmutable e indeleble. La ley eterna es la misma ley natural, pero participando en la razón humana; y se le llama “natural” porque se origina del proceso natural de nuestra inteligencia. La ley natural es el conjunto de leyes racionales que expresan aquel orden que le es propio a la persona²².

¹⁸ SANTO TOMÁS, *Suma Teológica* I-II, Q.90, a.4.

¹⁹ Cfr. *Ibid.* I-II, Q.91, a.4.

²⁰ Cfr. LOPÉZ, J. *Historia de la Filosofía...*, ob. cit., p. 189.

²¹ *Ibid.* p. 190.

²² Cfr. HERVADA, J. *Introducción crítica al Derecho...*, ob. cit., pp. 165-167.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

La cuarta clase es la ley humana positiva, la misma que es promulgada por el legislador de turno, descansa en su propia razón, y tiene como objetivo el bien de la sociedad. El contenido de la ley positiva representa una decisión política, una elección del legislador que, si no se fundamenta en la ley natural, da como resultado una ley injusta²³, ya sea por ignorancia o por una decisión totalmente arbitraria e interesada. Y al no ser respetuosa de la dignidad, no debería permanecer vigente.

Es por ello, que consideramos coherente la fórmula agustiniana que expresa que: “la ley injusta no es ley, sino violencia”²⁴. Por lo que sí es promulgada una norma viciada por el error del legislador –o la mala intención del mismo-, esta norma no debería ser cumplida –sin importar si la creemos justa o no, sino por el hecho de no ser una norma racional y dirigida al bienestar personal y social de los que se encuentran obligados a cumplir dicha norma-. La ley injusta no cumple con la finalidad que se supone debe tener una ley, es decir, regular la convivencia humana para poder garantizar la perfección de las personas (el bien de la comunidad).

Cuando se dice que la ley injusta es más bien violencia se está señalando que carece de la capacidad de empeñar las voluntades que tiene la ley justa. A lo más, puede mover las voluntades solo por la presencia extrínseca de una sanción. Amenazar con un mal que no está legitimado racionalmente es un acto típico de violencia. El fundamento previo y superior a toda ley es la persona, en cuanto su dignidad, la misma que nunca le puede ser arrebatada²⁵, por lo que cualquier ley que establezca limitaciones debe ser tachada de injusta.

Ahora bien, si el estado o juez son los que pretenden aplicar una ley injusta, la interrogante que le surge a la persona es: ¿qué hacer contra la ley injusta? La jurisprudencia alemana responde mediante fórmula de

²³ Para SANTO TOMÁS la justicia es la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”. (Cfr. SANTO TOMÁS, *Suma Teológica* II-II, Q.58, a.1). Este dar a cada uno su derecho, o mejor dicho dar a cada uno lo suyo se manifiesta como la fórmula jurídica de la justicia. (Cfr. HERVADA, J. *Introducción crítica al Derecho...*, ob. cit., pp. 46-57).

²⁴ Formulaciones similares podemos encontrar en San Agustín (De libero arbitrio, libro I, c. 5), Tomás de Aquino, (S. Th., I-II, Q. 96, art. 4), y en pensadores anteriores: Platón, (Leyes, 715b) y Cicerón (Leyes, libro II, c. 5).

²⁵ Cfr. GONZALEZ, A, *Dignidad y naturaleza. Un estudio desde Robert Spaemann*. Pamplona: EUNSA: 1996. pp. 45-52.

Radbruch, con la cual concluye que la injusticia extrema no es Derecho, es decir, existen casos en que el Derecho positivo debe ceder ante la justicia²⁶. Entendemos que la fórmula de Radbruch deja un espacio para que leyes injustas puedan ser válidas en cuanto no configuren una extrema injusticia, no obstante, a nuestra consideración la ley injusta siempre debe ceder ante la justicia, esto es porque la justicia es el valor informador que irradia el Derecho.

De esta forma, toda injusticia²⁷ configura una ley inválida y debe ser tachada e inaplicada. La ley de mayor rango se aplica en caso de conflicto de leyes, es así que debe prevalecer la ley natural -que posee un mayor rango- en cuanto justifica, fundamenta y ordena nuestro sistema de leyes; en ese sentido, cualquier ley que se oponga a ella sería tachada de injusta, y en consecuencia debería ser inaplicada en el caso concreto y podría ser necesario -en la mayoría de los casos- que sea derogada, es decir, eliminada del ordenamiento jurídico. Dicho en otra palabra, cualquier ley que no garantice el perfeccionamiento de la persona -de su naturaleza- es una ley injusta, por lo que no debe ser obedecida.

El Derecho tiene medios para incumplir las leyes injustas; en primer lugar, se encuentra la desobediencia civil, que se caracteriza por ser una actuación política que busca una modificación en el ordenamiento jurídico al que pertenece, es decir, señala a la ley como injusta de modo general y busca que sea derogada. En segundo lugar, está la objeción de conciencia que consiste en el incumplimiento de un deber jurídico que no se le califica de injusto de modo general, sino que configura una situación injusta en el caso en concreto, por lo que el objetor plantea este mecanismo para inaplicar dicha norma imperativa.

3. La persona humana y la hermenéutica jurídica

3.1. La dignidad y la perfección humana

Toda actividad que desarrolle la persona está llamada a garantizarle cotas de perfección que le permitan satisfacer las exigencias y necesidades propiamente humanas que posee. Perfección que alcanzará

²⁶ Cfr. VIGO, L. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La ley: 2004. pp. 197-225.

²⁷ Cfr. HERVADA, J. *Introducción crítica al Derecho...*, ob. cit., p. 31.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

por medio de los derechos humanos que le son debidos, los mismos que se tienen de acuerdo a determinadas circunstancias históricas y al hecho mismo de la dignidad humana.

De esta forma toda interpretación jurídica que se realice debe ir orientada a asegurarle a la persona los bienes o derechos que le son debidos y le permitan alcanzar mayores grados de perfeccionamiento. No siendo posible la existencia de un derecho a la muerte, el cual vulneraría lo más valioso que todo derecho intenta proteger, es decir, la dignidad humana y de esta forma interrumpe irremediablemente el camino de búsqueda de sentido y perfeccionamiento del ser humano.

3.2. La dignidad humana como criterio hermenéutico

El ordenamiento jurídico en su conjunto encuentra su centro de gravitación en la persona. Siendo que la persona es su dignidad, que la configura como un fin en sí mismo y que le permite actuar como lo que es y no como otra cosa distinta. Por lo tanto, al hablar de dignidad estamos hablando del principal criterio hermenéutico que tiene el Derecho para resolver cualquier situación que se le presente.

Los derechos y libertades solo existen para la persona, por lo que cualquier interpretación jurídica debe basarse en el principio *pro-homine*. Es decir, que de cualquier interpretación posible debe preferirse la que permita que la persona alcance mayores cotas de perfección, usando como medio al Derecho. El cual debe ser interpretado y concretizado para que pueda ser aplicado, y esa interpretación debe hacerse a la luz de la noción de persona y sus circunstancias. En ese sentido, toda interpretación jurídica debe tener como fundamento a la persona instalada de forma concreta es decir bajo una instalación espacio-temporal, y atendiendo a las circunstancias precisas que la rodean.

Nuestro Tribunal Constitucional señala que “[l]a Constitución es la norma jurídica suprema del Estado [...]. [La misma que] [...] es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio [...] de

dignidad humana [...]”²⁸. La Constitución peruana reconoce que la base de toda interpretación es la dignidad humana.

Por lo mismo ante una situación en que se encuentre vulnerada la dignidad humana por medio de una ley que puede ser calificada de injusta *erga omnes* o para el caso concreto nos encontramos con la necesidad que al momento de interpretar dicha situación, para que se asegure la consecución de cotas de perfección a favor de la persona, debe tenerse como base la propia dignidad humana, como el principal criterio de interpretación jurídico existente en el Derecho.

Resulta justificable que si una persona o grupo de personas creen haber sufrido la vulneración de sus derechos por medio de determinadas leyes pueden optar por mecanismos como la desobediencia civil o la objeción de conciencia. Además, la autoridad con el poder para responder ante dichos mecanismos de “protesta al derecho” debe actuar interpretando la situación en base a la dignidad humana –y a la situación concreta que rodea la aplicación de este mecanismo- para poder obtener un resultado que respete el valor de la persona como fin en sí mismo.

²⁸ EXP. N° 0030-2005-AI/TC, del 02 de febrero de 2006, F.J.40.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. La noción del derecho de libertad religiosa

El Estado regula el derecho de libertad religiosa, no para decir algo del fenómeno religioso, sino para asegurar la convivencia pacífica de las personas. Asimismo, reconoce la capacidad y la libertad de la persona de acceder a la verdad y actuar conforme a la misma. Siendo que la verdad trascendente a la que llega la persona no debería vulnerar la ley natural, y, en consecuencia, garantiza su perfeccionamiento²⁹.

La libertad religiosa tiene su fundamento en la naturaleza y dignidad humana. Esto se entiende, dado que “[d]e la naturaleza pues se origina la obligación del hombre de buscar la verdad, aceptarla, y vivir según ella. [...] [La cual se percibe] como un imperativo incondicionado cuya fuerza normativa radica en sí misma. [Y al tratarse de una verdad religiosa tiene] mayor fuerza obligatoria [...] puesto que implica ya no solo una verdad sobre algo particular sino la verdad sobre el sentido de la vida y el destino último del [...] [ser humano]”³⁰.

²⁹ Cfr. TEJADA, P. “El fundamento de la libertad religiosa”. pp. 11-28. En: MOSQUERA, S. [Coord.]. *El derecho fundamental de libertad religiosa: Terceras Jornadas Sobre Derechos Humanos*. Lima: Palestra Editores., 2014. p. 17.

³⁰ *Ibíd.* p. 23.

1.1. El derecho de libertad religiosa

La libertad religiosa es un derecho humano³¹, es decir, un bien jurídico que garantiza el perfeccionamiento de la persona humana; lo que alcanza al formarse unas determinadas creencias religiosas y actuar decididamente conforme a las mismas. Se puede entender la libertad religiosa desde dos dimensiones. Desde un punto de vista subjetivo es un derecho fundamental, es decir, una exigibilidad de justicia; y desde un punto de vista objetivo se comprende como un principio del ordenamiento jurídico peruano que informa, orienta y ayuda a interpretar las manifestaciones religiosas de los ciudadanos.

En ese sentido, “[l]os derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias [...], sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos [...]. [...] El carácter objetivo [...] radica en cambio, en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura [...] la sociedad democrática y el Estado constitucional”³².

La dimensión subjetiva de la libertad religiosa hace referencia al derecho en cuanto una libertad que debe ser garantizada por el estado y que se manifiesta sobretodo en la autodeterminación religiosa (ámbito interno), la libertad de culto y la no coacción (ámbito externo), a mantener en reserva las convicciones (ámbito negativo) y a respetar la moral y el orden público (límites del derecho de libertad religiosa). En cambio, la dimensión objetiva hace referencia a la no confesionalidad del estado y al principio de colaboración.

³¹ Por ello se comprueba: La existencia de un titular que puede ser individual o colectivo, un objeto concreto que es la profesión de las creencias religiosas, la oponibilidad frente a terceros debido a que contiene un deber de acción o de prestación, y una necesidad de sanción en caso de lesión del derecho.

³² EXP. N°. 3330-2004-AA/TC, del 11 de julio de 2005, F.J.9.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

En su dimensión subjetiva “la libertad de religión comporta el derecho [...] de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. [...] [También] tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad [...] para decidir en conciencia que no desea tomar parte [de esto] [...]”³³. En ese sentido, la libertad religiosa es una zona reservada; por ello, el Estado debe limitarse solo a restringir determinadas conductas (no convicciones) que atenten contra la libertad religiosa de los demás o el orden público o moral social³⁴.

No estamos ante una libertad absoluta, dado que la libertad religiosa no es un derecho legal a actuar según cualquier creencia de lo trascendente, así, que al afirmar que hay un derecho de libertad religiosa plena no significa que todas las doctrinas y prácticas religiosas son sanas, dignas y verdaderas. Al defender el derecho de libertad religiosa se está reclamando el interés o el bien de quien supuestamente ostenta la verdad.

Por ello, la libertad religiosa es en sí misma una reivindicación de la dignidad, y por eso se deben respetar las creencias y manifestaciones religiosas de toda persona debido a que la perfeccionan, y en ese sentido no debería permitirse ninguna agrupación religiosa con creencias autodestructivas³⁵. Perder la libertad religiosa es perder más que una libertad de ser religioso, es perder la libertad para ser humano³⁶.

Los límites que el Estado establece al derecho de libertad religiosa son: restricciones de orden público, que hacen referencia a un concepto jurídico indeterminado, que puede definirse como un conjunto de principios de orden moral, social, político y económico que inspiran un ordenamiento jurídico y que se consideran vitales e irrenunciables para el mantenimiento de una justa y pacífica convivencia democrática en una determinada sociedad.

³³ EXP. N° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002, F.J.3.

³⁴ Cfr. EXP. N° 3283-2003-AA/TC, del 15 de junio de 2004, F.J.17.

³⁵ Cfr. SHAH, T. *Libertad religiosa. Una urgencia global*. Madrid: Ediciones RIALP, S.A. 2013. Pp. 52-53.

³⁶ Cfr. *Ibíd.* p. 73.

Podemos también encontrar como un límite a la salud pública, el cual nace del bien público que debe ser respetado, en ese límite se encuentra incluido el derecho a la vida y a la salud: nadie puede poner en riesgo la vida -propia o ajena- por motivos religiosos. Junto al orden público y a la salud pública aparece como tercer límite la moral pública, que es un mínimo ético aceptado socialmente que forma parte de una determinada comunidad, el cual no puede ser vulnerado sin ocasionar un daño en la pacífica convivencia buscada por el Derecho. En términos generales se habla de un cuarto límite a este derecho formado por los demás derechos constitucionales³⁷.

La plena libertad religiosa implica una serie de instituciones, leyes y hábitos que confieren igualdad ante la ley, no es solo ausencia de persecuciones o restricciones³⁸. Sino que se intenta asegurar el ejercicio pleno del derecho de libertad religiosa mediante el dictado de normas o firmas de convenios de cooperación, donde se encuentra la dimensión objetiva de este derecho. La cual marca una pauta de comportamiento para el estado, colocándose como un principio orientador de las relaciones Estado-Iglesia; esto es en los Estados que hay una consideración positiva del hecho religioso, ya que no funciona de la misma manera en sistemas jurídico-estatales negadores de la religiosidad.

Esta vertiente objetiva se concreta en la petición expresa a un Estado no confesional, de que tome las medidas necesarias para garantizar el derecho de libertad religiosa. Lo mismo que se entiende en la necesidad estatal de elaborar normas -como la ley de libertad religiosa y su respectivo reglamento- y también de implementar medios para ejercitar de forma clara el principio de colaboración recogido en el texto constitucional. En esa línea pueden llegar a afirmar convenios de colaboración con las diferentes confesiones religiosas que hayan logrado demostrar tener un notorio arraigo³⁹ en el país.

³⁷ Cfr. Artículo N° 1 de la *Ley de libertad religiosa* peruana, Ley N° 29635, del 16 de diciembre de 2010.

³⁸ Cfr. SHAH, T. *libertad religiosa...*, ob. cit., pp. 55-56.

³⁹ Cfr. Art. 28 del D. S. N° 010-2011-JUS que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa: “El Estado [...] podrá suscribir convenios de colaboración [...], para lo cual las entidades religiosas debidamente inscritas en el Registro de Entidades religiosas deberán acreditar [...] [un] notorio arraigo en el país [...]”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Pero, el derecho de libertad religiosa no serviría de nada si no hubiera un modo eficaz de protegerlo. Por ello encontramos el proceso constitucional de Amparo, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 200° de nuestro texto constitucional, que señala que: “[...] La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los [...] derechos reconocidos por la Constitución [...]. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. [...]”.

Esta garantía se ejerce a través del Tribunal Constitucional en última instancia, para asegurar en mayor medida la efectiva vigencia de la Constitución, a nuestro interés, de los derechos contenidos en ella; entre los cuales se encuentra el de libertad religiosa⁴⁰. No obstante, como veremos más adelante no es la única manera de garantizar el efectivo ejercicio de este derecho constitucional por parte de su titular.

1.2. La titularidad de la libertad religiosa

El que de la persona humana se predique la libertad religiosa implica que es la persona humana la que puede ejercitarla y oponerla a terceros, así como reclamar debidamente su respeto en caso de que alguien intente vulnerarla, dicho de otro modo, podemos decir que la persona humana es el titular del derecho de libertad religiosa. No obstante, respecto a este derecho existe una doble titularidad: individual y colectiva. La titularidad individual le corresponde a cada persona en cuanto libre, y puede ser ejercitada en cuanto alcanza la madurez necesaria para ello, caso contrario, es el padre o apoderado el que la ejercita en su nombre.

Por otro lado, respecto a la titularidad colectiva podemos afirmar que no es la suma aritmética de las libertades individuales de cada persona, sino que es a la persona jurídica, la confesión religiosa, a quien se le atribuye dicha titularidad de modo pleno. El Tribunal Constitucional dice respecto de la titularidad colectiva que: “el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, [se] considera que también las

⁴⁰ Cfr. CASTILLO, L. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. México, DF: Porrúa: IMDPC, 2008. pp. 42-57.

personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias”⁴¹. La titularidad colectiva se fundamenta en el natural deseo de unirse con los que tiene algo en común, y por ello se asocian para ejercitar el derecho de libertad religiosa de manera colectiva, es decir, junto a la confesión religiosa a la cual se han adscrito, en virtud de compartir las mismas creencias.

Pero esta titularidad colectiva no es fruto del derecho de asociación general que tiene cada uno de los ciudadanos, sino que se encuentra relacionada con un derecho de asociación especial, originado en la capacidad natural que tienen las personas para acceder a la verdad y determinar su vida en base a ella. Por lo cual, se tiende a compartir la verdad alcanzada y unirse con las personas que tienen creencias similares para poder compartir la verdad entre todos.

En ese sentido, el derecho de libertad religiosa incluye en su propio contenido esencial un especial derecho de asociación, que no se constituye en la mera posibilidad de poder asociarse cuando se desee, sino que el derecho de asociación en el ámbito religioso es una necesidad real para que el derecho de libertad religiosa se configure de modo pleno en todo ordenamiento jurídico, es decir, sin la asociación en el ámbito religioso no podemos hablar del ejercicio pleno de la libertad religiosa.

El fruto de este derecho de asociación especial, que forma parte del derecho de libertad religiosa, es que a la confesión religiosa se le reconoce como una persona jurídica que ejerce la titularidad colectiva de una determinada creencia religiosa, es decir, reciben una especial consideración y protección, la cual obtienen mediante su inscripción en el registro de confesiones religiosas⁴². No obstante, este registro no es constitutivo sino solo declarativo⁴³. Aunque, la no inscripción en el

⁴¹ EXP. N° 2939-2004-AA/TC, del 13 de enero de 2005, F.J.5-6.

⁴² Cfr. Art. 17 del D. S. N° 010-2011-JUS que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa: “[...] La inscripción [...] en el Registro de Entidades religiosas, permite el reconocimiento como Entidad religiosa para el Estado peruano, de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa [...]”.

⁴³ Cfr. Art. 18 del D. S. N° 010-2011-JUS que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa: “[...] Las entidades que no soliciten su inscripción en el Registro o cuya solicitud no hubiere sido aceptada, continuarán como asociaciones civiles sin fines de lucro [...]”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

registro no hace que las confesiones religiosas pierdan la posibilidad de reclamar los derechos que les son debidos.

Por ello resulta necesario preguntarnos cuales son los requisitos⁴⁴ que les permiten dicha inscripción, y de qué sirve dicho registro. La utilidad del registro se manifiesta de dos formas: la primera es que el registro es el requisito principal –pero no único- para poder firmar efectivos convenios de cooperación entre la Iglesia y el Estado⁴⁵, es decir, hace posible que se concretice el principio de cooperación. Y segundo, los requisitos que se nos dan para permitir la inscripción -y para permitir la firma de convenio de cooperación- son los principales criterios interpretativos para definir a una confesión religiosa.

Son tres los elementos objetivos que deben poseer las diferentes confesiones religiosas para ser verdaderos titulares del derecho de libertad religiosa. El primero es el sustrato personal que hace referencia a una cantidad mínima de fieles que deben existir y compartir dicha forma de entender lo trascendental. Lo segundo es una organización propia y autónoma, es decir, que no dependa económica ni jurídicamente de otra

⁴⁴ Cfr. Art. 19 del D. S. N° 010-2011-JUS que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa: “[...] d. [...] fines religiosos [...] f. [...] [P]resencia activa [...] por un período no menor de 7 años, o ser Confesión religiosa oficial de un Estado que mantenga relaciones diplomáticas con el Perú. g. [...] [N]o [...] [tener] finalidad de lucro, y no [...] [realizar] actividades políticas, [...] [o] relacionadas con fenómenos astrofísicos, psicológicos, parasicológicos, de adivinación, astrología, espiritismo, difusión de ideas o valores puramente filosóficos, humanísticos, espiritualistas, ritos maléficos, cultos satánicos u otro tipo de actividades análogas. h. Mención del número de fieles o adherentes mayores de edad no menor a 10,000 mil. [...]”.

⁴⁵ Cfr. Art. 28 del D. S. N° 010-2011-JUS que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa: “El Estado [...] podrá suscribir convenios de colaboración [...], en asuntos de interés común, en beneficio de la colectividad, para lo cual las entidades religiosas debidamente inscritas en el Registro de Entidades religiosas deberán acreditar además: a. [N]otorio arraigo en el país [...]. Se entenderá por notorio arraigo la práctica ininterrumpida de la doctrina [...] por un mínimo de diez años posteriores a su inscripción en el Registro, tener presencia activa en todo el territorio de la nación y tener una cantidad no menor a 50,000 mil fieles [...] b. [...] Dimensión Nacional [...] c. Garantía de estabilidad y permanencia [...]”.

entidad. En tercer lugar, debe haber una garantía de duración y permanencia, es decir, debe poseer un arraigo en la comunidad.

El sustrato personal es la primera característica de toda confesión religiosa dado que no puede haber una confesión religiosa sin fieles, si bien la ley no establece un número de fieles, y deja dicha tarea al reglamento, que lo determina en diez mil (10,000), y lo sube a cincuenta mil (50,000) en caso que se quiera acreditar un notorio arraigo. Esto es porque existe la necesidad que varias personas hayan encontrado la misma respuesta en su búsqueda de la verdad. Por ello, se busca proteger un sustrato personal, asociativo, una *universitas personarum*, pero de una naturaleza especial en el caso de las confesiones religiosas.

La naturaleza especial de este *universitas personarum* se evidencia en que no cubre a la unión libre de personas para la consecución de fines lícitos, que pueden ser religiosos, sino que, para preservar los fines religiosos, las personas expresan conjuntamente sus creencias. En este sentido, el sustrato principal de las confesiones religiosas son los fines religiosos; y este puede describirse como religioso-personal-asociativo, cuya ausencia es un motivo para rechazar la inscripción de la confesión y criticar su existencia. Por ello, es necesario que un número adecuado de personas tengan las mismas respuestas religiosas -y en base a ellas regulen su vida- y busquen una comunidad donde compartirlas.

El segundo requisito es que la confesión religiosa se constituya como una organización propia y autónoma. Es decir, se debe tener una estructura organizativa suficiente para asegurar su plena independencia y autonomía de tal manera que sus directrices solo se vean guiadas por el fenómeno religioso que defiende y propone. Esto persigue la finalidad de evitar posibles fraudes en referencia a los beneficios que tienen las confesiones religiosas inscritas en el registro nacional de las mismas.

Un tercer requisito es una garantía de duración y permanencia; a esto se le denomina un arraigo social que el reglamento ha consignado como mínimo el período de siete años -y un mínimo de 10 años para alcanzar el notorio arraigo-, dado que muchas veces se ha considerado que no se trata solo de un sustrato personal sino también temporal, es decir, no solo basta que se tenga el número de fieles adecuado sino que resulta necesario que se encuentren un determinado tiempo, en el lugar,

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

actuando en base a esas respuestas que en común tienen acerca de lo trascendental, del sentido de la vida.

En consecuencia, para considerar la existencia de una confesión religiosa no se podrá juzgar la veracidad de sus afirmaciones, pero si el cumplimiento de los requisitos que permiten inscribirla en el registro. En ese sentido, lo adecuado no es partir de un concepto de religión, sino, la comprobación formal de que constan los fines religiosos en los documentos presentados. En síntesis, si un estado pretende establecer modelos de colaboración en materia religiosa no podría cooperar con todos los ciudadanos, sino que tendría que hacerlo con la confesión religiosa que los une, protege y representa⁴⁶.

1.3. Regulación de la libertad religiosa

El derecho de libertad religiosa tiene un contenido siempre digno y protegible, y en su totalidad normativo. En ese sentido, la libertad religiosa en el Perú tiene un contenido constitucional que se ha visto desarrollado por la ley de la materia y su reglamento, asimismo, debe interpretarse en conformidad de los tratados internacionales relacionados a la libertad religiosa que hayan sido ratificados por el Perú⁴⁷.

1.3.1. Breve historia de libertad religiosa en el Perú

En los textos internacionales se recoge la triada conformada por la libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad de religión⁴⁸, no obstante, la Constitución peruana solo recoge la fórmula binomial de

⁴⁶ Art. 50° de la Constitución política del Perú de 1993: “[...] [E]l Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”.

⁴⁷ IV Disposición final y transitoria de la Constitución política del Perú de 1993: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁴⁸ Art. 18° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [...]”.

libertad de conciencia y de religión⁴⁹ -la misma que había sido utilizada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁰- pero solo después de un largo recorrido en las relaciones Iglesia-Estado, desde la época virreinal, y como consecuencia de una serie de cambios constitucionales, o mejor dicho, cambios de textos constitucionales.

En el virreinato, eran los reyes españoles los que ostentaban el regio patronato otorgado por el poder papal, y por ello se justificaba la confesionalidad católica de la corona española⁵¹. Esta confesionalidad se heredó en el Perú, al igual que el ejercicio fáctico del regio patronato, auto-atribución que fue ejercida por el presidente de turno, hasta que se oficializó por medio de la bula *Praeclara inter beneficia*. Asimismo, no se puede hablar de libertad religiosa en este período; pero se logra entender la especial relevancia del catolicismo en la cultura peruana, tanto así, que el poder estatal en más de una ocasión intentó que el poder papal reconociera la independencia o por lo menos le otorgue cierta autonomía a las tierras de donde había sido expulsado el poder español⁵².

Una vez declarada la independencia en 1821 se procedió a elaborar un Estatuto provisional, el cual puede considerarse el inicio del proceso constitucional peruano. Este texto legal configura al Perú como un estado confesionalmente católico. No obstante, nos muestra un primer esbozo de tolerancia religiosa al determinar que la práctica de alguna religión cristiana no estatal podrá realizarse siempre y cuando pidan permiso al Estado para poder manifestarla, y sin vulnerar el orden público⁵³.

⁴⁹ Art. 2.3° de la Constitución Política del Perú de 1993: “[Toda persona tiene derecho:] A la libertad de conciencia y de religión [...]”.

⁵⁰ Art. 12.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. [...]”.

⁵¹ Art. 12° de la Constitución de la Monarquía Española de 1812: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. [...] [Y] prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.

⁵² Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Palestra Editores: UDEP, 2005. p. 30.

⁵³ Art. 2° del Estatuto Provisional del Perú de 1821: “Los demás que profesen la Religión Cristiana, y disientan en algunos principios de la Religión del Estado, podrán obtener permiso del Gobierno [...], para usar el derecho que les compete, siempre que su conducta no sea trascendental al orden público”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Antes de la expulsión definitiva del poder español -en 1824-, se elaboró la Constitución de 1823 guiada por unos postulados liberales, sin embargo, fue un instrumento político artificial⁵⁴ e inaplicable. Este texto hizo un reconocimiento expreso de la confesionalidad católica del Perú⁵⁵; y estableció la obligación estatal de protegerla⁵⁶.

Por ello, basado en las tesis bolivarianas se formuló la Constitución Vitalicia de 1826, la cual reconoció la confesionalidad del estado, pero no se opuso a los otros cultos⁵⁷. Una vez derogada esta carta vitalicia recupero vigor el texto de 1823 hasta que entró en vigor la Constitución de 1828 -vigente hasta 1834- que reconoce a la religión católica como la oficial del Perú e indica que la protegerá conforme al espíritu del evangelio, y que no permitirá el ejercicio público de ninguna otra⁵⁸.

Este contenido permanece inalterado en la Constitución de 1834⁵⁹, siendo que lo más relevante de este nuevo texto fue la apertura para el federalismo, lo que se seguiría después con la conformación de la federación peruano-boliviana; cuyo texto constitucional aprobado en 1837 trata el tema religioso en un lenguaje similar a la Constitución vitalicia, recogiendo la confesionalidad católica sin limitar el ejercicio de las restantes⁶⁰, pero garantizando su protección⁶¹.

⁵⁴ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 45.

⁵⁵ Art. 8° de la Constitución Política de 1823: “La religión de la república es la Católica, Apostólica y Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra”.

⁵⁶ Art. 9° de la Constitución Política de 1823: “Es un deber de la Nación [...] [proteger la religión Católica], por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente”.

⁵⁷ Art. 6° de la Constitución Vitalicia del Perú de 1826: “La Religión del Perú es la Católica, Apostólica y Romana”.

⁵⁸ Art. 3° de la Constitución Política del Perú de 1828: “Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana. La Nación la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio; y no permitirá el ejercicio de otra alguna”.

⁵⁹ Art. 2° de la Constitución Política del Perú de 1834: “Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, La Nación la protege por todos los medios conformes al Espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna”.

⁶⁰ Art. 5° de la Constitución de la Confederación Peruano Boliviana de 1837: “La religión de la confederación es la Católica, Apostólica, Romana”.

⁶¹ Art. 44° de la Constitución de la Confederación Peruano Boliviana de 1837: “[...] [Se protegerá] por todos los medios la Religión [...] Católica [...]”.

Luego de la frustrada Confederación, se aprobará la Constitución de 1839, la cual retornará a la confesionalidad católica, muy similar a la del texto de 1828 y no permitirá el ejercicio público de cualquier otro culto⁶². Este texto, a pesar de un período de interrupción (1842-1845), estaría en vigencia hasta 1854; año en que se redactó un estatuto provisorio para reafirmar a Ramón Castilla en la presidencia⁶³. Luego, la Constitución de 1856, recogerá la confesionalidad, la protección estatal y la prohibición del ejercicio público de cualquier otra religión⁶⁴. Sin embargo, el texto constitucional fue marcadamente secularizado⁶⁵, y será sustituido por el texto de 1860, que se mantuvo vigente hasta 1920.

La Constitución de 1860 siguió siendo anticlerizante, aunque aún mantiene la confesionalidad católica del estado, la cual protege y no permite el ejercicio público de ninguna otra⁶⁶. Pero, no incluirá la aclaración respecto al fuero eclesial⁶⁷ y quedo pendiente la firma de un concordato con la Iglesia Católica⁶⁸, el mismo que nunca se realizó. En

⁶² Art. 3° de la Constitución Política del Perú de 1839: “Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto”. No obstante, a pesar de esta prohibición constitucional es ya un hecho, en esa época, la introducción del principio de tolerancia religiosa en el Perú. (Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 51)

⁶³ Cfr. Ibíd. p. 51.

⁶⁴ Art. 4° de la Constitución Política del Perú de 1856: “La nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege [...] conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna”.

⁶⁵ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 55.

⁶⁶ Art. 4° de la Constitución Política del Perú de 1860: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna”.

⁶⁷ Art. 6° de la Constitución Política del Perú de 1856: “[...] [N]o se reconoce privilegios hereditarios, ni fueros personales, ni empleos en propiedad. Tampoco se reconoce vinculaciones, y toda propiedad es enajenable [...]. Por este artículo no se menoscaba la jurisdicción sobre materia eclesiástica, que corresponde a los Tribunales designados por las leyes canónicas [...]”.

⁶⁸ Art. 134° de la Constitución Política del Perú de 1860: “Para que se establezcan sobre bases sólidas las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado; y para que se remuevan los obstáculos que se opongan al exacto cumplimiento del artículo 6°, [...] se celebrará [...] un concordato”. Art. 6° de la Constitución Política del Perú de 1860: “[...] [N]o se reconocen empleos ni privilegios hereditarios, ni fueros personales. Se prohíben las vinculaciones; y toda propiedad es enajenable, en la forma que determinan las leyes”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

1867, los liberales proclaman una constitución que solo tuvo cinco meses de vigencia, se mantiene la confesionalidad y protección de la Iglesia Católica, y en ese sentido la intolerancia a los otros cultos⁶⁹. No obstante, respecto a la educación⁷⁰ se secularizó la enseñanza en todos los niveles⁷¹. La influencia de los liberales se vio a finales de siglo⁷².

Es necesario indicar que en 1874 se reconoce al Perú el ansiado derecho de patronato, mediante la bula *Praeclara inter beneficia*, para ser ejercido por el presidente de la república. De esta forma el Perú será el único caso en que este derecho llegué a legitimarse fuera de un concordato con la Santa Sede⁷³.

En base al texto de 1860 se dio una defensa violenta del principio de confesionalidad católica, por lo que se modificó, y posteriormente se excluyó del ordenamiento. Fue por medio de la Ley 2193 del 11 de noviembre de 1915 que se deroga la última parte del artículo 4° de la Constitución de 1860 que prohibía el ejercicio público de cualquier otra religión distinta a la católica⁷⁴. Este fue el primer paso serio para el reconocimiento de la libertad religiosa y de cultos. No obstante, el estado seguía defendiendo su confesionalidad; y no se puede hablar de libertad religiosa hasta que no se configure una efectiva separación de poderes⁷⁵.

En 1919 Leguía da un golpe de estado y aprueba un nuevo texto constitucional en 1920. Se sigue reconociendo que la religión que profesa la nación es la católica y que el estado la protege, pero no se formula

⁶⁹ Art. 3° de la Constitución Política del Perú de 1867: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna”.

⁷⁰ Art. 24° de la Constitución Política del Perú de 1867: “Son completamente libres la enseñanza primaria, media y superior, y la fundación de Universidades, [...] bajo las condiciones de capacidad y moralidad determinada por la ley. [...] La enseñanza primaria, media y superior protegida por el Estado, se sujetará a las formalidades prescritas por la ley”.

⁷¹ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., pp. 58-59.

⁷² Esto se dio por ejemplo en las leyes referidas a la laicalización de los cementerios y a la introducción del matrimonio civil. (Cfr. *Ibíd.* p. 59).

⁷³ Cfr. CARPIO, L. *La libertad religiosa en el Perú: Derecho Eclesiástico del Estado*. Universidad de Piura. Lima. 1999, p. 78.

⁷⁴ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 65.

⁷⁵ Cfr. *Ibíd.* pp. 65-66.

prohibición alguna a las demás religiones⁷⁶. Asimismo, se dispone constitucionalmente que nadie puede ser perseguido por ideas o creencias religiosas⁷⁷. De este modo con la yuxtaposición de ambos artículos se puede llegar a configurar un primer nivel de tolerancia en el ejercicio de las creencias religiosas⁷⁸. También se discutió sobre si el clero podría seguir participando en la representación política; pero, fue recién en el texto de 1933 que se vio truncada la participación del clero en política⁷⁹.

La Constitución de 1933 es hija del golpe de estado que el general Sánchez Cerro dio contra Augusto B. Leguía. En este texto se reconoce la libertad hacia los restantes cultos⁸⁰, por lo que se dejó de lado la mera tolerancia, pero no se abandonó la confesionalidad católica⁸¹. Asimismo, se determinó que la libertad de conciencia y creencias es inviolable⁸². Y que nadie puede ser perseguido en virtud de las mismas. Todavía no hay un reconocimiento como *derecho fundamental*, pero si, como una libertad que garantiza la inviolabilidad de la conciencia y las creencias⁸³. La tendencia que se impuso es la de reconocer una particular importancia a la Iglesia Católica en la historia del Perú⁸⁴.

Pero, será en 1979 donde aparezca un nuevo enfoque de las relaciones estado-iglesia. Esta Constitución empieza invocando la protección de Dios; y se proclama la dignidad humana como el valor supremo, y la igualdad de la persona sin discriminación de ningún tipo⁸⁵.

⁷⁶ Art. 5° de la Constitución Política del Perú de 1920: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege”.

⁷⁷ Art. 20° de la Constitución Política del Perú de 1920: “Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni por razón de sus creencias”.

⁷⁸ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 71.

⁷⁹ Cfr. *Ibíd.*

⁸⁰ Art. 232° de la Constitución Política del Perú de 1933: “[...] [E]l Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos”.

⁸¹ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 78.

⁸² Art. 59° de la Constitución Política del Perú de 1933: “La libertad de conciencia y de creencia es inviolable. Nadie será perseguido por [...] [ellas]”.

⁸³ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 80-81.

⁸⁴ Cfr. *Ibíd.* p. 83.

⁸⁵ Preámbulo de la Constitución política del Perú de 1979: “Nosotros, representantes a la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios [...]; creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Pudiéndose observar las influencias recibidas del Concilio Vaticano II, en especial, de la Constitución conciliar *Gaudem et Spes* la que entrelaza la dignidad de la persona con su vocación social y religiosa, ciudadano y fiel a un tiempo; y en ese sentido, todos (creyentes y no creyentes) deben colaborar en la edificación de un mundo en el que viven en común⁸⁶.

De la Constitución conciliar *Gaudem et Spes* se hereda la defensa de los derechos fundados en la dignidad, así como la efectiva separación entre la Iglesia y el Estado, es decir, entre la esfera religiosa y la política; pero no una separación radical ya que la persona es ciudadano y miembro de una confesión al mismo tiempo.

El texto de 1979, recoge una tabla de derechos; y consagra a la persona como el fin supremo del estado⁸⁷. Asimismo, reconoce el derecho de libertad religiosa y libertad de conciencia⁸⁸, que por su redacción, difiere de la regulación internacional, la cual reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En el caso peruano también se reconoce la libertad de pensamiento, pero ligada a la libertad de expresión⁸⁹. En ese sentido, en palabras de la Dra. Susana Mosquera, lo importante es que estábamos ante un adecuado reconocimiento y protección del derecho fundamental de libertad de religiosa en el texto constitucional de 1979⁹⁰.

hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado [...]; decididos [...] a fundar un Estado democrático [...] que garantice [...] vigencia de los derechos humanos [...]"

⁸⁶ Cfr. Numeral 21 de la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*.

⁸⁷ Art. 1° de la Constitución Política del Perú de 1979: "La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

⁸⁸ Art. 2.3° de la Constitución Política del Perú de 1979: "[Toda persona tiene derecho:] A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público".

⁸⁹ Art. 2.4° de la Constitución Política del Perú de 1979: "[Toda persona tiene derecho:] A las libertades de [...] expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley. [...]"

⁹⁰ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., pp. 101-102.

Asimismo, el texto de 1979 garantizará la cooperación, convirtiéndose en el sistema -actualmente vigente- que encauzará las relaciones entre poder político y religioso, independientemente del credo religioso que se trate; lo mismo que se materializó con la Iglesia Católica en el acuerdo firmado con la Santa Sede en 1980⁹¹. Asimismo, se elimina la prohibición de los sacerdotes de participar en la vida política del país, por medio del voto y la representación; y respecto a la educación se indica que la formación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia, y será determinada libremente por los padres⁹².

El Perú renuncia al patronato que ejercía el ejecutivo, consolidándose dicha decisión en el acuerdo con la Santa Sede, el cual se firma antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1979, dado que el régimen revolucionario no constitucional siguió utilizando la constitución de 1933 hasta que la de 1979 entro en vigencia el 28 julio de 1980 -posterior al Acuerdo con la Santa Sede, el cual se firmó el 19 de julio de 1980, y fue ratificado el 26 de ese mes-; siendo este Acuerdo el que todavía regula la relación entre el Estado Peruano y la Santa Sede.

La Constitución política del Perú de 1979, elaborada por la Asamblea Constituyente -que se instaló el 28 de julio de 1978 y fue presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre-, estableció que las relaciones Iglesia-Estado tomen un nuevo rumbo, se renuncia al patronato, se renuncia a la confesionalidad católica estatal, no se olvida la importancia histórica y socio-cultural que ha tenido la Iglesia Católica en la configuración del país y en la sociedad peruana, sin limitarse el estado peruano la posibilidad de establecer formas de colaboración con otras confesiones religiosas⁹³.

⁹¹ *Ibíd.* p. 103.

⁹² Art. 22° de la Constitución Política del Perú de 1979: “[...] La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia. [...]”.

⁹³ Art. 86° de la Constitución Política del Perú de 1979: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

1.3.2. Garantía normativa de la libertad religiosa en el Perú

La Constitución de 1993 hereda lo previsto por la Constitución de 1979 en materia religiosa, y proclama a la libertad de conciencia y de religión como un derecho fundamental⁹⁴. Sin embargo, primero analizaremos la libertad religiosa en base a las normas internacionales.

El origen de las normas internacionales en temas de derechos -y sobretodo el de libertad religiosa- lo encontramos en la Declaración de Virginia de 1776 donde por primera vez, en términos modernos, se trata la cuestión religiosa, estableciéndose como una protección del ciudadano frente al estado⁹⁵, y conjuntamente a la Declaración de independencia de los Estados Unidos proclaman una igualdad natural, unos derechos inalienables y que los gobiernos existen para asegurar el goce de estos derechos⁹⁶. Sin embargo, en esta tarea de reconocimiento de los derechos humanos tendrá mayor influencia la Declaración Francesa de 1789, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁹⁷.

Posteriormente a los derechos humanos se les llamó derechos constitucionales, en cuanto recogidos en las diversas Constituciones que siguieron el modelo de las declaraciones: americana y francesa. De esta manera se pasó a regular todo en los textos constitucionales internos, efectuándose un paso histórico del Estado de Derecho al Estado social de Derecho, por medio del cual los derechos pasan a ser vistos de manera concreta y por ello los derechos fundamentales son considerados libertades que implican participación social y prestación estatal⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, *ob. cit.*, p. 38.

⁹⁵ Art. 16° de la Declaración de Virginia de 1776: “[...] [T]odos [...] tienen [...] derecho al ejercicio libre de la religión de acuerdo a [...] su conciencia [...]”.

⁹⁶ Lo que se ve reflejado en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica: “[...] [T]odos [...] son [...] iguales; [...] [poseen] derechos inalienables [...]; que para garantizar[los] [...] se instituyen [...] los gobiernos, que derivan sus poderes [...] del consentimiento de los gobernados [...]”. Y en el Art. 1° de la Declaración de Virginia de 1776: “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen [...] derechos inherentes a su persona, de los que [...] no pueden ser privados [...]”.

⁹⁷ Art. 10° de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “Nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto, que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”.

⁹⁸ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, *ob. cit.*, p. 119.

Pero es después de la segunda guerra mundial, cuando los derechos se transforman en un medio para asegurar una verdadera paz⁹⁹. Es por ello que la ONU aprobó la Carta de Naciones Unidas en junio de 1945, y en diciembre de 1948 la Declaración Universal de los derechos humanos (en adelante DUDH), la cual reconocerá el derecho de libertad religiosa en su triple formulación de libertad de pensamiento, conciencia y religión¹⁰⁰, redacción que ha sido adoptada por la mayoría de textos internacionales posteriores y que se encuentran actualmente vigentes en el orden jurídico internacional.

En Latinoamérica, la defensa supranacional de los derechos humanos tiene sus antecedentes en 1938, en la VIII Conferencia Internacional Americana, celebrada en Lima, por medio de la cual se reconocieron ciertas libertades. Pero, será recién en 1945, cuando se entienda que el fin de los enfrentamientos armados, que destruyen y separan a la humanidad, se puede lograr con la protección internacional de los derechos humanos¹⁰¹. Y fue en 1948, en Bogotá donde se aprobó la “Declaración de los derechos y deberes del hombre”¹⁰², en la IX Conferencia Interamericana. La redacción del derecho de libertad religiosa recogida en la Declaración de 1948 es más escueta en comparación a la recogida en la DUDH, texto internacional que recoge la triple formulación de libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En 1959, se reunieron en Santiago de Chile los ministros de relaciones exteriores de los países americanos y se creó la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, cuyo estatuto fue aprobado en 1960, convirtiéndose esta Comisión Internacional en un instrumento esencial en la defensa de los derechos humanos en la Organización de

⁹⁹ Cfr. *Ibíd.* p. 120.

¹⁰⁰ Art. 18° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar[las] [...] individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

¹⁰¹ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, *ob. cit.*, p. 126.

¹⁰² Art. 3° de la Declaración de los derechos y deberes del hombre, de 1948: “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Estados Americanos¹⁰³. De modo acertado, en el orden interamericano se logró la aprobación, en 1969, de la Convención Americana sobre derechos humanos, conocida como el Pacto de San José¹⁰⁴.

La redacción del artículo 12° de la Convención Americana recuerda al artículo 18° de la DUDH, por lo que se puede afirmar que se avanza de manera progresiva a la unificación de la regulación internacional de los derechos humanos¹⁰⁵.

La formulación trinomial recogida en los textos internacionales sobre el derecho de libertad religiosa, nos habla de tres manifestaciones externas de un mismo hecho interno, que es la libertad básica del individuo, como ciudadano de un estado social y democrático de derecho, que le reconoce el disfrute de una serie de derechos fundamentales sin otro requisito que el respeto al orden establecido¹⁰⁶.

Regresando a la Constitución peruana de 1993, vale indicar que el actual texto constitucional fue el producto de un autogolpe de Estado (1992) dado por el entonces presidente Alberto Fujimori con apoyo de los militares, mediante el cual se destituyó al congreso. La actual Constitución guarda semejanza con el texto de 1979, no obstante, se hace necesario el comentario del texto vigente por lo que debemos empezar

¹⁰³ MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, *ob. cit.*, p. 127-128.

¹⁰⁴ Art. 12° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas [...] 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, [...] tienen derecho a que sus hijos [...] reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

¹⁰⁵ Lo que se aprecia en el art. 9° del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, y el art. 18° del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966; ambas ofrecen formulaciones coincidentes del derecho de libertad religiosa en su concepción tripartita. (Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, *ob. cit.*, p. 130).

¹⁰⁶ Cfr. *Ibíd.* p. 131.

indicando que la constitución recoge en su primer artículo que el fin supremo del Estado es la defensa de la dignidad de la persona humana. Esto es porque la dignidad es el fundamento de los derechos humanos, garantizado de esta manera su obligatoriedad.

Asimismo, nuestra Constitución tiene una tabla de derechos¹⁰⁷, la misma que no es una lista taxativa. Respecto al derecho de libertad religiosa se observa que el legislador no ha seguido la redacción de los textos internacionales, no obstante, no debe ser preocupante la variación terminológica sino la adecuada protección de ese derecho fundamental¹⁰⁸. Por lo que, teniendo en cuenta que los tratados internacionales firmados por el país forman parte del derecho interno¹⁰⁹, y en conformidad con la IV Disposición final y transitoria de la Constitución, señalamos que puede aplicarse la norma internacional en el ámbito interno, configurando el derecho de libertad religiosa bajo esta triple estructura.

En ese sentido, sobre la estructura del derecho de libertad religiosa, nos adscribimos a lo expuesto por la Dra. Susana Mosquera¹¹⁰, que la presenta como un derecho nucleado en capas como una célula donde el núcleo interno es la libertad de pensamiento, y sobre este núcleo las otras capas se encuentran gravitando, no siempre unidas físicamente, siendo por ello que en algunas ocasiones puede encontrarse gravitando más cerca del derecho de libertad de expresión que del de libertad de culto. Pero, existe una relación especial con la libertad de culto, dado que sin el pensamiento el culto carecería de base y sustento¹¹¹.

¹⁰⁷ Art. 2.3° de la Constitución Política del Perú de 1993: “[Toda persona tiene derecho:] A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”.

¹⁰⁸ MOSQUERA, S. *El derecho de libertad..., ob. cit.*, p. 135.

¹⁰⁹ Art. 55° de la Constitución Política del Perú de 1993: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

¹¹⁰ MOSQUERA MONELOS, S. “Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002”, (pp. 469-509) en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*. Vol. 5. 2004.

¹¹¹ Cfr. MOSQUERA, S. “El derecho de libertad religiosa”. pp. 65-83. En: MOSQUERA, S. [Coord.]. *El derecho fundamental de libertad religiosa..., ob. cit.*, pp. 77-78.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

No obstante, a veces el único modo de contacto de la libertad de pensamiento con el resto de la célula es a través de la libertad de expresión, de allí que haya sido una opción legítima el separar en dos a este derecho, dejando por un lado a la libertad de conciencia y religión - facetas externas- y por otro la libertad de pensamiento -que se externaliza con la libertad de expresión-¹¹².

El núcleo externo de ese derecho de libertad religiosa será la libertad de conciencia, mi juicio crítico de conciencia que identifica el bien y el mal. Y la actuación de mi personalidad deberá fundamentarse en lo que mi conciencia ha determinado, lo que se configura como un mandato imperativo en la persona humana. Por lo que no estamos en el caso de optar por preferencias personales sino de actuar en base a las convicciones profundas que podamos tener como seres humanos¹¹³.

“El manto de esa célula sería la libertad de culto. Al momento en que mi juicio de pensamiento [...] ha llevado a mi conciencia a la concreción sobre el valor verdad que encierra un determinado modo de entender la relación del hombre con Dios, modo al que yo me vínculo por decisión personal, y actúo en coherencia con [...] el credo de esa fe, [en ese momento] estoy actuando en la dimensión propiamente religiosa de mi derecho, la libertad de religión o de culto”¹¹⁴.

En ese sentido, la libertad religiosa siempre tendrá un núcleo interno de inmunidad, de no coacción. Pero siempre tendrá una libertad de acción, un *agere licere*, que me permita tener o no tener una religión, y manifestar mi fe de forma individual o asociada. Además del ámbito negativo y positivo (dimensión subjetiva), la libertad de acción tiene un tercer ámbito, el prestacional (dimensión objetiva)¹¹⁵.

Este ámbito prestacional nos lleva al nivel de membrada de la célula, en ese sentido, es la esfera más externa y también la más variada o versátil, dado que no será igual en cada estado y esto depende de cómo históricamente se ha tratado la cuestión religiosa. Esta membrana será

¹¹² Cfr. *Ibíd.*

¹¹³ Cfr. *Ibíd.* pp. 78-79.

¹¹⁴ *Ibíd.* p. 79.

¹¹⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 80.

más amplia en los países en los que el factor religioso ha participado en la construcción de la identidad de ese estado, bien desde un modelo confesional o cooperacionista, y será más delgada en aquellos otros en los que la secularización haya ganado terreno al factor religioso¹¹⁶.

Siguiendo con el estudio del fenómeno religioso, tenemos que, en el ámbito educativo, el texto de 1993 nos dice que las personas son capaces de decidir qué tipo de educación religiosa quieren recibir¹¹⁷. En el caso de los niños, son sus padres los que deciden, en virtud al ejercicio de la patria potestad que ostentan, que tipo de educación religiosa desean que reciban sus hijos menores de edad. En ausencia del padre es la persona mayor de edad que los tenga a su cargo. Lo que se aplica también en el ámbito formativo -en general- de la personalidad -religiosa- de los hijos menores de edad.

Respecto a las relaciones del Estado con la Iglesia Católica y con otras confesiones, nos regimos por el principio de cooperación, recogido en el artículo 50° de la Constitución, por lo cual, dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado podría firmar -con todas las confesiones religiosas- convenios de cooperación. Esto lo desarrollará la ley de libertad religiosa y su reglamento, siendo el registro de entidades religiosas el que juega un papel relevante al respecto. En el mismo artículo se reconoce la importancia de la Iglesia Católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú¹¹⁸, y se hace un reconocimiento de la independencia del Estado respecto a una determinada confesión religiosa.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Art. 14° de la Constitución Política del Perú de 1993: “[...] La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. [...]”.

¹¹⁸ El Tribunal Constitucional peruano declaró que: “[...] [E]l Estado [peruano] disocia los asuntos temporales de los asuntos espirituales [...]. [Pero no olvidemos] que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano -la cual [...] se articula a nuestro concepto mismo de nación- y [...] [se ha establecido una colaboración con la misma]. [...] [La que] se formalizó a través del Concordato con la Santa Sede de 1980, en el se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, [...] [y] exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar [...]. Asimismo, establece [...] [la] prestación religiosa para el personal católico de las [...] [F.F.A.A y la P.N.P], y de servicios religiosos para los fieles [católicos]

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Para viabilizar las relaciones Iglesia-Estado, mediante Decreto Supremo N° 019-2001-JUS (20/06/2001) se aprobó el ROF del Ministerio de Justicia, el cual creó una nueva Dirección de asuntos interconfesionales dedicada a promover las relaciones del Poder Ejecutivo con otras confesiones, distintas a la católica. Esta norma de 2001 será de gran relevancia para la completa y efectiva protección de las dimensiones externa y prestacional del derecho de libertad religiosa. Por ello, se debía saber con qué entidades o grupos religiosos se debe firmar convenios, de ahí la necesidad de establecer un sistema de control o registro de las entidades religiosas no católicas.

Este registro vio la luz en 2003 con la aprobación del Decreto Supremo N°. 003-2003-JUS en cuyo artículo 2° se establece que: “La Dirección de Asuntos Interconfesionales, deberá implementar el [Registro de confesiones distintas a la católica] [...]. Para tales efectos, se considerarán como confesiones distintas a la católica, a aquellas personas jurídicas que se encuentren debidamente inscritas en los Registros Públicos”. El registro fue reglamentado ese año y comenzó a registrar las distintas denominaciones que adoptan los cultos en el territorio peruano.

Pero al mismo tiempo, resultaba necesario promulgar una ley de libertad religiosa, siendo que por ello la ley 29635, también llamada ley de libertad religiosa, fue votada el 16 de diciembre de 2010 y publicada el 21 de diciembre del mismo año. Siendo esta ley el fruto de un amplio consenso luego de una serie de debates y comentarios sobre otros proyectos de ley que también habían sido presentados. Asimismo, mediante el Decreto Supremo N° 010-2011-JUS, del 26 de julio de 2011, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa.

La ley de libertad religiosa nos dirá que la cuestión religiosa en el Perú se encuentra regulada por la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por el Perú. También nos dirá que el único límite a la libertad de culto se encuentra en la afectación de derechos de terceros, así como, la protección del orden, la salud y moral públicos¹¹⁹.

[...] internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado.” (Cfr. EXP. N° 3283-2003-AA/TC, del 15 de junio de 2004, F.J.23).

¹¹⁹ Art. 1° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “El Estado garantiza [...] la libertad de religión reconocido y amparado por la Constitución

Una redacción acertada que permite configurar el contenido de la libertad religiosa bajo la estructura tripartita de los tratados internacionales. Así mismo, la ley de libertad religiosa recoge el derecho-principio de igualdad religiosa, prohibiendo toda discriminación por motivos religiosos; y reconociendo la diversidad de las entidades religiosas¹²⁰.

Al regular la titularidad individual de la libertad religiosa se reconoce la inmunidad de coacción, así como la manifestación individual y colectiva del derecho de libertad religiosa, es decir, la libertad negativa y el *agere licere* individual -y colectivo- de cada persona humana. Asimismo, reconoce el derecho de una adecuada asistencia religiosa; el de derecho a la educación y formación religiosa por parte de los padres a los hijos; la opción de conciencia respecto al juramento religioso que puede ser reemplazado por una promesa y una sepultura conforme a nuestra religión¹²¹. La ley también regula sobre la objeción de conciencia¹²², la cual es un mecanismo jurídico, no un derecho humano.

Política del Perú y por los Tratados Internacionales ratificados [...] [.] [T]iene como único límite tanto la protección del derecho de los demás [...] [,] como la protección del orden, la salud y moral públicos”. (CC. Art. 1° al 2° del D.S. N°010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²⁰ Art. 2° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “[...] Se prohíbe toda [...] [discriminación] en razón de sus creencias religiosas. El Estado reconoce la diversidad [de confesiones religiosas, las que] gozan de los mismos derechos [...]”. (CC. Art. 3° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²¹ Art. 3° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “La libertad de religión comprende [...]: a. Profesar la creencia religiosa [...] y cambiar o abandonar la que se tenga [...]. b. Practicar[la] de forma individual o colectiva [...]. c. Recibir asistencia religiosa por su confesión. [...]. d. Elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad [...] la educación religiosa [...]. e. [...] [A]sociarse para desarrollar [...] sus actividades religiosas. f. Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado [...]. g. Prestar juramento según sus propias convicciones religiosas o [...] acogerse a la alternativa promisorio. h. Recibir sepultura de acuerdo [...] [a su] confesión religiosa [...]. (CC. Art. 4° al 11° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²² Art. 4° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales religiosas [...] reconocid[as] por la entidad religiosa a la que pertenece”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Respecto a la titularidad colectiva, tenemos que la Ley de libertad religiosa define de manera negativa lo que son las entidades religiosas, indicándonos que la finalidad religiosa es su principal criterio distintivo, el cual es diferente a las actividades lucrativas, científicas, sociales, humanistas u otro tipo de actividades análogas. También excluye a las asociaciones satánicas o sectas con conceptos destructores de la dignidad humana. Y respeta la religiosidad andina, amazónica y afroperuana¹²³.

En ese sentido, sobre las entidades religiosas, la ley indica que se deben encontrar inscritas, para ejercitar los derechos reconocidos en la norma¹²⁴. Asimismo, el Registro de Entidades religiosas adquirió una nueva configuración¹²⁵ y se establecieron los requisitos para la inscripción en el mismo¹²⁶, y señala las características de las confesiones que podrían firmar convenios de cooperación¹²⁷.

¹²³ Art. 5° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “[...] Las entidades religiosas no tienen finalidad de lucro. No se consideran religiosas los fines [...] relacionados con fenómenos astrofísicos, psicológicos, parasicológicos, adivinación, astrología, espiritismo, difusión de ideas o valores puramente filosóficos, humanísticos, espiritualistas [...]. [Tampoco] [l]as entidades dedicadas al desarrollo de ritos maléficos, cultos satánicos o análogos [...]. El Estado respeta y garantiza las expresiones religiosas de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos [...]”. (CC. Art. 12° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²⁴ Art. 6° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “Son derechos colectivos de las entidades religiosas debidamente inscritas [...]: a. Gozar de personería jurídica [...]. b. Crear fundaciones y asociaciones [...]. c. Formar, designar o elegir libremente a sus ministros de culto, [...] y establecer su propia jerarquía [...]. d. [...] [P]racticar su culto [...]. e. Divulgar y propagar su propio credo. [...]. g. Mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras entidades religiosas [...]. (CC. Art. 13° al 16° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²⁵ Art. 13° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “[E]l registro [...] pasa a denominarse Registro de Entidades religiosas y tiene como finalidad [...] el reconocimiento de la personería jurídica civil de las entidades religiosas, así como facilitar sus relaciones con el Estado. La inscripción [...] es voluntaria. Las entidades religiosas inscritas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. [...]. (CC. Art. 17° al 18° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²⁶ Art. 14° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “[...] [S]e presenta una solicitud en la que consta [...]: a. Su fundación o establecimiento en el Perú, con indicación del número de fieles mayores de edad, lugares de

En términos generales, nos encontramos ante una buena ley, pero que al mismo tiempo ha perdido la oportunidad de aclarar el modelo de relación Iglesia-Estado que se tiene en el país, el cual es un modelo de cooperación, el mismo que respetando la autonomía e independencia de las confesiones y del Estado peruano, pueden llegar a formar convenios para favorecer a los fieles que también son ciudadanos a los cuales el estado les garantiza la defensa plena de su dignidad.

Y en ese sentido, resulta loable la inclusión del *notorio arraigo* como uno de los requisitos para la firma de convenios con entidades religiosas, siendo que de esta manera los convenios que pueda firmar el estado se encuentren justificados en la realidad nacional, ahora queda esperar que no se intenten hacer interpretaciones extensivas de lo que significa *notorio arraigo*¹²⁸.

Finalmente, solo falta decir, que todo derecho debe asegurarse un efectivo cumplimiento, así a pesar de la vía del amparo comentada anteriormente, existe otro medio en el cual nos centraremos ahora, se trata del mecanismo jurídico de la *objeción de conciencia*.

culto [...]. b. Su denominación y [...] los estatutos donde se señalen [fines religiosos] [...]. La inscripción requiere prueba [...] [de] presencia activa de la confesión en el Perú, por un período no menor de siete (7) años, así como de un número de fieles, mayores de edad, no inferior [...] [10,000 mil]. La inscripción en el registro conlleva el reconocimiento de la personería jurídica [...]. La denegación de la inscripción no impide [...] el ejercicio de los derechos [reconocidos en la ley] [...]. (CC. Art. 19° al 27° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²⁷ Art. 15° de la Ley 29635, Ley de libertad religiosa, de 2010: “El Estado [...] puede suscribir convenios de colaboración [...] con aquellas entidades religiosas que, estando inscritas en el registro [...] hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros [no menor de 50,000 mil] [...]. (CC. Art. 28° al 29° del D.S. N° 010-2011-JUS, Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa).

¹²⁸ Esa fórmula, del “notorio arraigo”, no es otra cosa que un eufemismo para referirse a las confesiones que han tenido una presencia relevante en la sociedad, por eso se acompaña de la segunda condición, el número de creyentes. (Cfr. Mosquera, S. (2005). “¿Es posible definir el concepto confesión religiosa? La cuestión registral, los nuevos movimientos religiosos y el problema de las sectas”. *Revista jurídica del Perú*, 55 (63), 237-266).

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

2. La objeción de conciencia

En el primer capítulo ya habíamos adelantado que la objeción de conciencia junto con la desobediencia civil son dos mecanismos jurídicos que sirven para desobedecer al derecho cuando la relación jurídica en la que nos encontramos puede ser calificada de injusta. En ese sentido, señalamos también que no eran lo mismo, sino que se diferenciaban dado que la desobediencia civil se ejercía en forma colectiva¹²⁹ con el interés político de derogar una norma por considerarla de forma general injusta.

En cambio, la objeción de conciencia es básicamente un “dejar de hacer” frente al sistema¹³⁰. Pero siempre es un acto personal, no un acto político dirigido a las mayorías. La objeción de conciencia se ejerce de manera individual y excepcional cuando en el caso concreto una norma que en líneas generales puede ser catalogada como justa genera una situación injusta, por lo que se pide su inaplicación en el caso concreto.

En el caso de la desobediencia civil, esta situación de injusticia se caracteriza por involucrar el bien común de toda la sociedad, o por lo menos de un gran grupo de personas. En cambio, en la objeción de conciencia la situación de injusticia se caracteriza porque la obligación originada del deber jurídico entra en una situación de conflicto con los contenidos éticos-religiosos normativos que me he ido formando a partir de mis creencias y convicciones más profundas, por lo que no es posible asumir dicho deber jurídico sin menoscabar mi propia persona en base a las convicciones y creencias que rigen mi vida.

2.1. La naturaleza de la objeción de conciencia

El presupuesto esencial para el planteamiento de la objeción de conciencia es que exista un conflicto de pretensiones jurídicas. Así lo plantea el artículo cuarto de la ley de libertad religiosa, al señalar que por un lado se encuentra una pretensión estatal que configura un deber legal y por otro lado está la pretensión del ciudadano-fiel, quien viéndose obligado por un imperativo religioso no puede cumplir el deber legal y se

¹²⁹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid 1997, pp. 9-11.

¹³⁰ Cfr. MOSQUERA, S. *El derecho de libertad...*, ob. cit., p. 163.

encuentra en una situación de conflicto. Este artículo es el primero que regula la objeción de conciencia en el Perú. Pero, eso no quiere decir que antes no se podía llevar a cabo, ni que solo los supuestos concordantes con la norma sean los únicos que pueden desarrollarse en el país.

Nuestro Tribunal Constitucional, en el 2002, indicaba que: “[...] [T]oda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, [por lo que] no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia [...] [sea] el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. [...] [E]l derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.”¹³¹.

Sin embargo, el artículo 4° de la ley 29635 reguló la objeción de conciencia reservándola solo para las creencias religiosas, no incluyendo las más diversas y profundas convicciones que pueden guiar nuestra vida basadas en criterios no religiosos. También, resulta adecuado señalar que cuando un supuesto de objeción de conciencia es regulado normativamente, dándose una opción legal a desobedecer la norma y optar por otro comportamiento ya no nos encontraremos ante una objeción de conciencia, sino ante una opción de conciencia, como cuando se recoge la alternativa promisorio ante el tradicional juramento religioso.

En ese sentido, dado que la norma peruana no establece medio sustitutorio de cumplir la obligación, ni determina una obligación específica, sino que desarrolla en abstracto el citado artículo, podemos decir que, sí nos encontramos ante una regulación del mecanismo jurídico de la objeción de conciencia, configurándose como una objeción de conciencia *secundum legem*.

¹³¹ EXP. N° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002, F.J.5-6.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

No obstante, no es el único caso en el que se puede efectuar la objeción de conciencia en el país; dado que podría efectuarse a la luz de la Constitución. Pero, es necesario que los legisladores controlen la expansión de esta figura jurídica, debido a que su crecimiento y diversificación nos ha llevado a que se pretenda objetar en conciencia para todas las circunstancias captadas subjetivamente como inconvenientes, incluso para incumplir obligaciones debidas que no se encuentran relacionadas con la libertad religiosa, esto puede verse en ciertas pretensiones individuales que reclaman la objeción de conciencia ante el pago de impuestos o ante determinadas condiciones laborales.

En relación a la norma, podemos decir que su regulación es parcial, en cuanto la ley de libertad religiosa no tenía que limitarse en el caso de la objeción de conciencia a los supuestos de deberes legales, sino que debió referirse a deberes jurídicos, la diferencia se torna notoria cuando entendemos que una persona se puede oponer también a obligaciones laborales, deberes judiciales o actos administrativos. Pero, entendemos esta situación, dado que no se han cerrado los caminos a los otros tipos de objeción de conciencia sino que se ha pretendido regular una situación jurídica determinada, lo que resulta coherente con el espíritu de evitar una continua expansión de esta figura jurídica que termine vulnerando o destruyendo el sistema jurídico nacional.

Tal como lo afirma la Dra. María Roca al señalar que “[es sorprendente] que tratándose del derecho [-no compartimos que sea un derecho-] a la objeción de conciencia se vincule este derecho a las doctrinas mantenidas por una confesión, pues las cuestiones de conciencia pueden estar o no vinculadas a una fe religiosa”¹³². Y adicionalmente, estos motivos religiosos deben estar respaldados por su confesión religiosa, lo que es algo positivo, dado que de esta manera no se podría alegar “cualquier cosa”, sino que la objeción de conciencia deber tener un criterio objetivo, es decir, solo se puede objetar en virtud a lo que un creyente debe asumir como doctrina en una determina confesión religiosa y no por presunciones personales e interpretaciones que desnaturalicen la doctrina religiosa que pretende invocar al objetar.

¹³² ROCA, M. “La ley de libertad religiosa del Perú y la LOLR de España”. pp. 105-127. En: MOSQUERA, S. [Coord.]. *El derecho fundamental de libertad religiosa...*, ob. cit., p. 106.

Ahora, respecto a lo que dice el Tribunal Constitucional peruano, tenemos que la objeción de conciencia sería un derecho derivado del derecho de libertad de conciencia y a pesar de no estar regulado en nuestra normativa interna no es necesario extraerlo de la cláusula de derechos no enumerados de la Constitución, pues solo es una derivación de un derecho preexistente, y en fundamento de la dignidad de la persona humana es necesario reconocerlo.

En ese sentido, compartimos el hecho de considerarlo una derivación de un derecho preexistente, pero no compartimos que se derive como otro derecho, sino como el mecanismo que hace posible oponer el derecho de libertad religiosa -en su concepción tripartita- en una situación particular -en la cual pueda verse amenazado- frente a terceros. Por lo que la objeción de conciencia sería un mecanismo jurídico de protección ante una situación de supuesto conflicto originada por una injusticia en un caso concreto.

Adoptar la postura del Tribunal constitucional, sería considerar que existen algunos derechos que necesitan de otros derechos para ser realmente oponibles frente a terceros debido a que carecen de los medios necesarios para defenderse. Postura que consideramos sin sentido, dado que no existe un derecho que carezca de la capacidad de ser oponible frente a terceros, en ese sentido, la objeción de conciencia solo es un mecanismo de protección y oponibilidad del derecho de libertad religiosa en su estructura tripartita frente a terceros que podrían lesionarla.

La objeción de conciencia se da en situaciones en que la conciencia de una persona determinada pugna con un deber jurídico, creándose un conflicto entre ambas. En dicho supuesto ante la ley injusta debe prevalecer la justicia, a la luz de las creencias del objetor¹³³. Ahora bien, la conciencia de la que se habla no es una conciencia subjetiva, sino que nos referimos a la conciencia que puede entenderse en términos clásicos como el dictamen imperativo del entendimiento práctico acerca de la adecuación de los actos a una norma objetiva inmutable. Por ello, al concebir a la conciencia como subjetiva nos hace creer que la objeción de conciencia es un derecho de la persona.

¹³³ El objetor tiene un deber frente a la comunidad de dar buenas razones que justifiquen su incumplimiento sino no se diferenciaría de quien se aprovecha injustamente de los beneficios sin soportar las cargas de una relación jurídica.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Nuestro Tribunal Constitucional nos habla “[de]l derecho constitucional a la objeción de conciencia [...] [que] permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir [...] [de la] conciencia y que pueden provenir [...] de profesar [...] [una religión]. [...] [L]a objeción de conciencia tiene una naturaleza [...] excepcional, [...] la permisión de una conducta que se separa del mandato general [...], no puede considerarse la regla, sino, [...] la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. [...]”¹³⁴.

En ese sentido, “[...] la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia [garantice] ipso facto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. [Por lo que] [...] la alegada causa de exención debe ser fehaciente.”¹³⁵. Por lo que frente a la objeción de conciencia siempre debe analizarse la situación en concreto para poder determinar si procede o no.

El Tribunal Constitucional peruano reconoce a la objeción de conciencia como un derecho de carácter excepcional; pero, no compartimos esa postura. Sino que su naturaleza es muy semejante a la de una acción procesal; dado que es “la negativa del individuo, por motivos de conciencia a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible”¹³⁶, en ese sentido, al estar supeditada a la declaración del objetor, podemos observar que tiene una naturaleza adjetiva, es decir, no es “un derecho que exige su reconocimiento”, sino un procedimiento donde se puede o no conceder una excepción¹³⁷.

¹³⁴ EXP. N° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002, F.J.7.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 12.

¹³⁷ En presencia de un deber jurídico incumplido por motivo de haber alegado la Objeción de conciencia el juez no debe sancionar sino verificar la situación como un conflicto de pretensiones jurídicas basadas en determinados derechos. Esto supone que la objeción de conciencia no es propiamente un derecho, sino que se constituye ante todo una especificación de la libertad de conciencia cuando esta entra en un aparente conflicto con un deber jurídico, por lo que la objeción de conciencia es similar a una acción procesal para defender un

La objeción de conciencia no es un derecho, sino el mecanismo jurídico -dado que busca dar lo que le corresponde a cada quien- que permite garantizar el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa. En ese sentido, no se diferencia mucho de la acción judicial o las mismas garantías o acciones constitucionales. Si fuera un derecho, estaríamos ante derechos que no pueden ser oponibles a terceros por sí mismos, por lo que la objeción de conciencia es solo un mecanismo jurídico que permite ejecutar de modo efectivo esta oponibilidad del derecho -de libertad religiosa, conciencia y pensamiento- frente a terceros en una situación en que este derecho se vea afectado por un supuesto conflicto.

De tal manera que la pregunta del juez debe ser no si se tiene derecho a la objeción de conciencia, sino si se está vulnerando o no el derecho de libertad religiosa con ese determinado deber jurídico que se quiere imponer, y, en consecuencia, si ha sido procedente el ejercicio de este mecanismo jurídico que pretende proteger la libertad religiosa.

Pero, antes de seguir avanzando, debemos precisar que entendemos por objeción de conciencia, en ese sentido, la definiremos como la pretensión pública individual de prevalencia normativa de un imperativo ético personalmente advertido en colisión con un deber jurídico contenido en la ley o en un contrato por ella tutelado¹³⁸. Esta definición de la objeción de conciencia abarca la mayoría de los tipos, y nos permite entender la estructura típica de esta figura jurídica.

En primer lugar, nos encontramos que la objeción de conciencia es una pretensión pública. En ese sentido, quedan excluidas las conductas privadas por medio de la que el ciudadano desobedece a la ley. Esto es porque la objeción necesita que la negativa a cumplir ese deber se

derecho, que en este caso sería el de libertad religiosa en su triple formulación, especialmente, al derecho de libertad religiosa. (Cfr. PRIETO, L. "La objeción de conciencia". pp. 343-388. En: IBÁN, I., PRIETO, L., y MOTILLA, A. *Curso de Derecho Eclesiástico*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 1991. pp 349-354).

¹³⁸ ARRIETA, J. *Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica*. En: Comisión de derechos humanos del Estado de México. *Objeción de conciencia*, Serie L: Cuadernos del Instituto: c) Derechos Humanos. Núm. 3, UNAM, México. D.F., 1998, pp. 27-55.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

exteriorice de modo público y la supuesta situación conflictiva pasa a tener una relevancia para el Derecho¹³⁹.

Pero no es una pretensión de cualquier cosa, sino que se trata de una pretensión de prevalencia normativa de un imperativo ético-religioso, es decir, está siempre presente una motivación ética desde la que la conciencia del sujeto se siente en condiciones de juzgar, es decir, valorar, la misma norma legal; y, lo que, es más, se siente consecuentemente facultado para rechazarla¹⁴⁰.

Por ello, podemos señalar que este carácter de pretensión pública y conflicto entre normas imperativas, se ve atenuado en los casos en que existe una regulación nacional como la peruana -aunque la regulación peruana solo es de naturaleza parcial como analizamos anteriormente-, dado que se configura una objeción de conciencia *secundum legem*, y si es la propia norma la que da la opción en caso que por conciencia no puedas realizar determinada opción estaríamos ante la figura de la *opción de conciencia*, como es el caso del reemplazo del juramento por la promesa para asumir cargos públicos.

En segundo lugar, la objeción de conciencia posee carácter *individual*, como parece exigido por la sede donde se plantea el contraste entre dos órdenes normativos, que es la conciencia, y además la experiencia jurídica demuestra que no todos los sujetos que participan de las mismas motivaciones la plantean, bien sea porque el conflicto de conciencia no se plantea con igual intensidad o porque no se sienten en condiciones de desafiar el orden legal¹⁴¹.

Excluyéndose de su naturaleza cualquier fenómeno de carácter colectivo, y teniendo en cuenta que el Ordenamiento peruano pide que la confesión religiosa a la que pertenece reconozca la doctrina que constituye el fundamento del objetor, pero de ningún modo es una objeción colectiva, dado que siempre es una petición individual para las

¹³⁹ Cfr. D'AGOSTINO, F., *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 1989/2, p. 3. Cit. por: ARRIETA, J. *Las objeciones de conciencia...*, ob. cit., pp. 27-55.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibíd.*

¹⁴¹ Cfr. PUGIOTTO, A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, p. 251. Cit. por: ARRIETA, J. *Las objeciones de conciencia...*, ob. cit., pp. 27-55.

determinadas circunstancias en la que se produce el supuesto conflicto entre el imperativo ético-religioso y el deber jurídico -y no únicamente un deber legal como lo plantea la ley de libertad religiosa peruana-.

En tercer lugar, se entiende que la objeción de conciencia tiene un carácter estrictamente personal, como lógica consecuencia también de la naturaleza exquisitamente personal del acto de la conciencia para cada sujeto, y de la virtualidad que a ésta se reconoce de imponer al sujeto mismo, y no a otra persona distinta, los propios juicios y dictados¹⁴². Es personal, debido a que el acto religioso es personal e implica una decisión consciente, responsable y libre. Por ello el derecho de libertad religiosa requiere en su titular una suficiente madurez intelectual y psicológica, sin la cual no puede ejercerse.

Es por ello que no resulta coherente que la objeción de conciencia sea invocada por terceros, no obstante, la formación religiosa de los menores y otras decisiones vinculadas a este derecho respecto a los menores son tomadas por quien tiene facultad para hacerlo, es decir, por quien ejerce la patria potestad. Esto culmina cuando alcanzan la madurez necesaria para pensar religiosamente.

El problema de la participación del tercero, resulta especialmente frecuente en la negativa a recibir determinados tratamientos médicos, en situaciones en la que el paciente ha perdido la conciencia o es un menor. En términos generales, este carácter insustituible de lo personal ha llevado a rechazar estas objeciones cuando como consecuencia de la misma podrían seguirse resultados irreversibles para el paciente.

Finalmente, en cuarto lugar, la objeción de conciencia se plantea respecto de una obligación contenida sea en la norma legal, sea en un contrato amparado por la ley¹⁴³. No es únicamente frente al precepto legal en el que se configura la objeción de conciencia. Dado que los imperativos éticos con fundamento religioso -o no-, pueden entrar en conflicto frente a una conducta normalmente obligatoria, como lo es la obediencia a la ley, las disposiciones del empleador, la aplicación de tratamientos médicos, entre otros.

¹⁴² Cfr. *Ibíd.*

¹⁴³ Cfr. *Ibíd.*

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

2.2. Manifestaciones jurídicas de la objeción de conciencia

Quien desobedece una norma puede hacerlo en señal de protesta, cuestionando la justicia de la misma, con la intención de generar conciencia social para propiciar su modificación, este es el caso de la desobediencia civil. Por otra parte, puede que quien viola la norma no tome como relevante el hecho de que esté prohibida la conducta que realiza, es decir, no existe una motivación jurídica al respecto. Por último, quien no obedece, puede reconocer que la norma es parte de un sistema en general justo, pero sostener a la vez que cumplirla implicaría realizar actos que se oponen a sus más profundas convicciones¹⁴⁴.

Este último es el caso que nos interesa en la presente investigación, el caso de la objeción de conciencia. En ese sentido, parece que nos hallamos ante un fenómeno unitario u homogéneo, por lo tanto, merecedor de un trato uniforme. Pero, nos hallamos en un “boom” de la objeción de conciencia, es decir, hay una amplísima heterogeneidad de las situaciones que se colocan bajo esta institución común, y también observaremos la notable diferencia de los deberes jurídicos incumplidos y los variados fundamentos morales dados por los objetores¹⁴⁵.

La objeción de conciencia se había dividido históricamente en dos: la primera es con la cual nació, es decir, la negativa a cumplir el servicio militar y la segunda es la objeción de conciencia a los abortos. Pero ahora estamos ante un fenómeno de expansión jurídica de esta institución, por lo que sería posible hablar de objeciones de conciencia. Son varias las causas de esta eclosión de la objeción de conciencia desde el mero positivismo legalista hasta el simple egoísmo, esto debido al sin número de causas o motivaciones que buscan el incumplimiento de la norma¹⁴⁶.

El legislador debe dar un régimen general y solo quedaría al juez determinar si es una objeción de conciencia correctamente planteada en los casos concretos que se presenten. Tradicionalmente se han clasificado

¹⁴⁴ Cfr. MALEM, J. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 55-57.

¹⁴⁵ Cfr. PRIETO, L. “Las objeciones de conciencia”. En: *Actas de los seminarios sobre Objeción de conciencia y desobediencia civil*. Madrid: 2008.

¹⁴⁶ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 2.

en tres supuestos: La objeción de conciencia a deberes cívicos (Están incluidas la negación a formar parte del servicio militar, la fiscal y los juramentos o promesas), la objeción de conciencia al cumplimiento de obligaciones laborales (Se presentan los casos del personal sanitario al aborto, los días festivos y la objeción al ideario del lugar de trabajo), y la objeción de conciencia a los tratamientos médicos. Por ello, dada su variedad, explicaremos brevemente los supuestos más representativos.

La primera, es la realizada contra el servicio militar obligatorio¹⁴⁷, que se define “como la negativa a cumplir la obligación legal que impone el servicio militar obligatorio o la participación de un sujeto individual en una guerra a través de su reclutamiento forzoso”¹⁴⁸. Ante esto se han esbozado algunas respuestas; a saber, en Alemania se ha establecido un “examen de conciencia” debido a la proliferación de objetores.

Pero también se ha encontrado en supuesto de una objeción de conciencia sobrevenida¹⁴⁹ al servicio militar obligatorio, es decir, que se ha producido en las personas un cambio de mentalidad mientras ya ejercían el servicio militar obligatorio. Esta objeción sobrevenida ha sido acogida en algunos países, como: Suecia, Estados Unidos y Alemania; mientras que, en Italia, Francia, Bélgica, España, entre otros, la rechazan exigiendo como requisito que la objeción sea manifestada antes de la incorporación al servicio militar.

En muchos casos se ha planteado en la legislación la opción de conciencia en caso no se quiera, por convicciones religiosas, cumplir con dicho servicio. No obstante, en estos casos, resulta peor cuando, existiendo prestaciones alternativas; el objetor también plantea objeción de conciencia ante esa prestación sustitutoria.

¹⁴⁷ La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio está siendo reconocida, pero más que una decisión a favor de la conciencia de la persona, se trata de un ataque al ejército. Los Estados han cedido no ante la evidencia jurídica del respeto a la libertad de conciencia, sino frente a la opinión pública que no desea que las jóvenes generaciones continúen colaborando con una institución que se estima caduca, de dudosa utilidad, y claramente inhumana.

¹⁴⁸ NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 37.

¹⁴⁹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel, 2011. p. 102.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Un segundo tipo, es la llamada objeción de conciencia al aborto; la cual “consiste en la negativa a ejecutar prácticas abortivas o a cooperar, directa o indirectamente, en su realización; negativa motivada por la convicción de que tal proceder constituye una grave infracción de la ley moral, [...], de la norma religiosa”¹⁵⁰. Este tipo de objeción se produce en los países en los que se han despenalizado las prácticas abortivas en determinados periodos de gestación, y que generalmente, han admitido también el ejercicio de la objeción de conciencia al personal médico.

Respecto de la objeción de conciencia al aborto, en especial a las leyes de un determinado país que facilite dicha práctica, es factible indicar que la ley permisiva no ha quitado vigencia a aquella otra norma más primaria y general, del derecho a la vida, por lo que, en estos supuestos, más que objetar, se está argumentando dentro de la legalidad, y es el “objedor” víctima de la incoherencia del propio ordenamiento que legitima dos conductas radicalmente opuestas¹⁵¹.

Respecto a la objeción de conciencia en el ámbito fiscal, debemos entender “a la pretensión de impago de aquella parte de las tasas o tributos debidos al Estado [...] que, según cálculos financieros, corresponder a la financiación de actividades contrarias a la conciencia de determinados contribuyentes”¹⁵². Esta oposición debe tener una real justificación moral, dado que el objedor esta reconociendo la norma, pero se niega a obedecerla, sino existe esta fundamentación estaríamos frente a alguien que se aprovecha del funcionamiento de las instituciones.

El objedor no puede ser equiparado a un *free-rider*, es decir, alguien que aprovecha los beneficios de la cooperación social sin soportar las cargas correspondientes. Por ello, consideramos correcto afirmar que “es deber del contribuyente aportar al desarrollo del país, y será decisión del parlamento el destinar los fondos a diferentes finalidades”, si bien no compartimos totalmente esta posición, es la que debe ser asumida en un Estado debido a lo complejo que resulta comprobar si la finalidad del objedor es la de defraudar en materia tributaria al país correspondiente.

¹⁵⁰ NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 37.

¹⁵¹ Cfr. ARRIETA, J. *Las objeciones de conciencia...*, ob. cit., pp. 27-55.

¹⁵² NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 81.

La objeción de conciencia en el ámbito laboral abarca la negativa del trabajador de realizar cierta actividad asignada -que generalmente procede del *ius variandi* del empleador- que vulneraría de modo efectivo su derecho. En este caso debe haber una situación en que ambas partes puedan llegar a un acuerdo dado que, si bien el empleador no puede obligarlo a realizar actividades contrarias a sus creencias religiosas, como el hecho de obligarlo a trabajar en días que constituyen fiestas de guardar para su determinada religión¹⁵³.

No obstante, tampoco el empleador puede verse afectado -y mucho menos si nos encontramos en una situación sobrevenida-; de tal forma, que debe aceptarse la objeción de conciencia siempre y cuando no establezca en la empresa cargas, ya que los derechos de uno, no pueden constituirse en limitaciones de la otra parte.

Nos podemos encontrar ante la objeción de conciencia al juramento y las formulas rituales que son especialmente pedidas cuando se accederá a determinados cargos. Respecto de este tipo de objeción de conciencia, puede decirse que tiende a desaparecer dado que los estados han encontrado una respuesta legislativa adecuada en la opción de conciencia¹⁵⁴, al establecer otras vías como por ejemplo la promesa de buen desempeño al momento de asumir el cargo.

También se encuentra la objeción de conciencia en el ámbito educativo, la cual es la negativa a recibir determinados contenidos en un curso. En el ámbito escolar nos encontramos con la decisión de los padres, en virtud de la patria potestad, sobre el tipo de enseñanza que recibirán sus hijos menores de edad, especialmente si se trata de un menor no maduro¹⁵⁵, debido a que en el caso del menor maduro, este puede oponerse a la enseñanza religiosa que sus padres han elegido y en consecuencia, negarse a recibir un determinado curso. Este tipo de objeción también puede ser planteada en el ámbito universitario, tanto por alumnos menores maduros como de alumnos mayores de edad.

¹⁵³ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 147-148.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibíd.* p. 215-216.

¹⁵⁵ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley...*, ob. cit., p. 248.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Un especial caso de objeción de conciencia en el ámbito educativo es la negativa de los docentes a dictar contenidos que sean opuestos a sus más profundas convicciones religiosas. La objeción de conciencia en el ámbito escolar, no sería adecuada en los supuestos en que libremente se ha aceptado inscribir al hijo en un colegio privado que profesa determinada enseñanza religiosa, en el ámbito universitario tenemos que los alumnos pueden optar por reemplazar cursos de contenido moral por otras asignaturas propuestas en el centro de estudio.

Finalmente, el supuesto de estudio que da origen a esta investigación, es decir, objeción de conciencia a los tratamientos médicos. En ese sentido, existen situaciones en las que el rechazo de los tratamientos por parte del paciente -fundamentado en convicciones religiosas y de conciencia- entra en colisión con el deber deontológico de los profesionales de la salud; a lo que debe añadirse la responsabilidad civil o penal que puedan derivarse, tanto para los profesionales de la salud como para los parientes a cargo del paciente incapaz que necesitaba la asistencia oportuna. En consecuencia, se configura una situación de “aparente” conflicto con el derecho a vida y a la salud. Al estudio de este tipo de objeción vamos a dedicar el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MÉDICOS EN SITUACIONES DE RIESGO DE LA VIDA DEL MENOR

1. La objeción de conciencia a los tratamientos médicos

La objeción de conciencia a los tratamientos médicos es una negativa a recibir determinado tratamiento en base a las convicciones más profundas del ser humano, que pueden ser de origen religioso. En ese sentido, son dos las confesiones religiosas más representativas en este tipo de objeciones: los Testigos de Jehová que se oponen a las hemotransfusiones como consecuencia de una peculiar interpretación del texto de Levítico que prohibía la ingestión de sangre¹⁵⁶, y el movimiento *Christian Science*, que rechaza cualquier tipo de tratamiento médico, entendiendo que todo puede ser combatido con el recurso de la oración.

Es angustiante para los médicos -y les genera un conflicto ético- que, conociendo el origen del mal, teniendo las destrezas para intentar su curación y contando con los recursos, que el paciente no esté dispuesto a someterse al tratamiento propuesto, siendo más grave cuando se constituye como el único medio de mantener con vida al paciente¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Levítico 17, 10: “Si un hombre [come] cualquier clase de sangre, yo [-Dios-] volveré mi rostro contra esa persona [...]”.

¹⁵⁷ Cfr. BESIO, M. y BESIO, F. “Testigos de Jehová y transfusión sanguínea. Reflexión desde una ética natural”.; En: *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, Volumen 4. Número 71. 2006. p. 275.

Ahora, se torna más complejo el asunto cuando el paciente se encuentra incapacitado para tomar una decisión respecto al tratamiento médico, y es su representante legal el que ejerce la objeción de conciencia negándose a recibir el tratamiento propuesto. Pero, de este supuesto podríamos mencionar varios casos, no obstante, en la presente investigación solo nos concentraremos en el supuesto de que quien objeta es el padre o la madre o ambos, en el ejercicio de su patria potestad, pidiendo que su hijo menor de edad no reciba determinado tratamiento médico, y, en consecuencia, poniendo en riesgo la vida del menor.

Es importante indicar que existen tres posibilidades: la primera es que exista un efectivo tratamiento alternativo, la segunda es cuando no hay posibilidad de tratamiento alternativo, y la tercera es cuando nos encontramos en una situación de emergencia en que el tratamiento debe aplicarse inmediatamente sino el paciente perdería su vida. Cada uno de estos casos configurará una respuesta diferente, aunque es siempre recomendable que se observe el caso en concreto.

Cuando existen medios alternativos a los tratamientos propuestos, la respuesta indicada, a primera vista, sería la de aplicar dicho tratamiento alternativo. Ahora, si bien pueden existir tratamientos médicos alternativos, no siempre existe la posibilidad de que puedan ser efectivamente aplicados, debido a que no se puede acceder a ellos por razones económicas (de los padres, y del hospital en el que se atiende el paciente) o por la gravedad de la situación -y el desconocimiento del médico respecto a la aplicación del mismo-.

Por lo tanto, en los casos que no exista acceso a los medios alternativos, y sobre todo cuando no existen medios alternativos al tratamiento propuesto; solo queda aplicarse el tratamiento recomendado por el profesional de la salud u objetar en conciencia ante el mismo.

En los casos de emergencia en la que se encuentra en riesgo la vida del paciente, tenemos que en muchas situaciones no es decisión del propio afectado el objetar conciencia -dado un eventual, o no, estado de incapacidad en el que se encuentre-, sino de alguien que lo tenga a cargo. Sin embargo, sea un tercero el que lo representa o sea que el propio paciente capaz se mantiene consciente; en muchos de estos supuestos será necesario aplicar el tratamiento médico sin haber cumplido con el

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

deber de informar, ni mucho menos haber obtenido el consentimiento informado en el que se autorice la aplicación de dicho tratamiento.

En ese sentido, hemos definido a la objeción de conciencia como la pretensión pública individual de prevalencia normativa de un imperativo ético personalmente advertido en colisión con un deber jurídico contenido en la ley o en un contrato por ella tutelado. Por ello, debemos analizar si este supuesto de negación a los tratamientos médicos basados en motivos religiosos se configura como una verdadera objeción de conciencia, o si tiene alguna particularidad que la excluya o le de alguna característica que la diferencie de los demás supuestos.

Este análisis particular sobre la naturaleza de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos se justifica en las consecuencias, en muchos casos vitales, dado que se tiene en aparente conflicto al derecho a la salud, e incluso, el derecho a la vida¹⁵⁸. En consecuencia, debemos iniciar indicando que efectivamente la objeción de conciencia a los tratamientos médicos es una pretensión pública -elaborada por el paciente o su representante en caso el enfermo sea un incapaz- que pide que el profesional de la salud -el médico- no le aplique determinado tratamiento médico al paciente, motivado por convicciones religiosas que se verían vulneradas con la aplicación de dicho tratamiento.

Esta pretensión nunca es pedida por la confesión religiosa o por un grupo de personas, dado que es una pretensión de naturaleza individual, en ese sentido, es la misma persona o de manera excepcional su representante quien lo solicita. Pero es necesario advertir que en este tipo de objeción de conciencia se le pide a un tercero, el médico, una conducta en la que omita aplicar un tratamiento -aún en contra de sus posturas ético-religiosas y deontológicas-, no resulta ser típico en este mecanismo jurídico; dado que lo que se pide normalmente es una inaplicación de la norma para que la persona que se constituye en objeto, sea quien omita una determinada conducta.

El objeto de la objeción de conciencia es que, al existir prevalencia normativa de un imperativo ético, el tratamiento no sería un bien para la persona, sino un mal que les impide el perfeccionamiento; por lo cual la

¹⁵⁸ Cfr. SÁNCHEZ, M. *La impropia llamada de objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. pp. 53-59.

única respuesta coherente sería la de seguir el imperativo ético-religioso y desobedecer el deber jurídico que nos pide una conducta contraria a nuestras convicciones más profundas. Esto se cumple en la objeción de conciencia a los tratamientos médicos al estar fundamentada en convicciones más profundas que intentan asegurar el perfeccionamiento.

Es la propia persona quien determina este imperativo, se trata de una situación en la que el mecanismo jurídico, de la objeción de conciencia, busca ejercitar un derecho personalísimo como lo es la libertad religiosa -en su naturaleza tripartita contenida en las normas internacionales- y que nadie más debería pedirla, excepto en los supuestos previamente mencionados, a saber, la expuesta por los representantes de los incapaces, siendo el caso más particular el de los padres de familia -en ejercicio de su patria potestad- en representación de su hijo menor de edad.

Además, siendo uno de los presupuestos de toda objeción de conciencia que exista un aparente conflicto de derechos, un real conflicto de pretensiones jurídicas, dado que la pretensión fundamentada en el derecho de libertad religiosa debería entrar en colisión con un deber jurídico, por lo que debemos preguntarnos: ¿cuál es el deber jurídico que genera la situación de conflicto que tiene como consecuencia que el paciente -o su representante- ejercite la objeción de conciencia a un determinado tratamiento médico?

La respuesta sería que el principal conflicto con el que se enfrenta esta objeción de conciencia es el derecho a la salud y el derecho a la vida. Por lo que, únicamente si se admitiese la existencia de “un deber de salud” de todo ciudadano, podríamos clasificar como objeción de conciencia la negativa a someterse a un tratamiento médico¹⁵⁹. Dado esto, no habría casos de objeción de conciencia a los tratamientos médicos, a excepción, que exista en el ordenamiento jurídico un determinado “deber de salud”.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibíd.* p. 60. Entendemos por tratamiento médico a todo acto que realice un profesional en medicina que tienden a la mejora y conservación de la salud humana, en ese sentido, estoy diciendo que el profesional de la Salud debe actuar conforme a su *lex artis* y que la finalidad perseguida por esos tratamientos debe ser la de mejorar la salud del paciente. (Cfr. *Ibíd.* pp. 53-59.)

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Por ello, pasaremos a estudiar, la figura del médico y la existencia del deber de salud, para luego estudiar la figura de la patria potestad, dado que nuestro particular caso de estudio se centra en el ejercicio de la misma, por parte de los padres para objetar el tratamiento que deben recibir sus hijos, y así, terminar analizando, si es que en base al interés superior del menor este aparente conflicto de derechos debe resolverse dando la razón a la objeción planteada o negándosela.

2. Derechos y deberes de los médicos en la atención de pacientes

2.1. El deber deontológico del médico

El deber deontológico médico viene relacionado con el juramento hipocrático que hace la persona que se encuentra lista para ejercer la medicina de una manera completamente legal. Es para muchos, solo una ceremonia, pero su fundamento histórico y ético lo hace ser el punto de partida para establecer cómo debe ser la función médica y con ello establecer cómo deben ser las relaciones médico-paciente, es decir, lo que el médico debe tener en cuenta al momento de atender a sus pacientes, personas humanas, que necesitan ser informadas de su enfermedad, y de los medios necesarios para que se reestablezca su salud.

Clásicamente el juramento hipocrático es aquel juramento realizado a los dioses por el cual se compromete el nuevo médico a asegurar el mejor tratamiento a los enfermos -según su capacidad-, y asimismo a mantener la reserva de todo cuanto pudiese haberse enterado en cuanto su rol de médico, es decir, a guardar el secreto profesional. -siempre y cuando no sea indispensable divulgarlo-.

Pero fue en la Convención de Ginebra de 1948, donde se actualizó el texto del juramento dejándolo de la siguiente forma: “[...] [M]e comprometo solemnemente a consagrar mi vida al servicio de la humanidad. [...] Desempeñaré mi arte con conciencia y dignidad. La salud y la vida del enfermo serán las primeras de mis preocupaciones. Respetaré el secreto de quien haya confiado en mí. [...]. No permitiré que entre mi deber y mi enfermo vengan a interponerse consideraciones de religión, de nacionalidad, de raza, [...]. Tendré absoluto respeto por la

vida humana. [...] [N]o admitiré utilizar mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. [...].”¹⁶⁰.

En este sentido, el deber fundamental de todo médico es proteger la vida por medio del aseguramiento de la salud de las personas, siendo que la profesión médica la desarrollará con dignidad, lo que abarca también el respeto de la dignidad humana, y en cuanto seres racionales que son las personas humanas tendrá que explicarles de su situación actual, la gravedad de su enfermedad, los medios posibles de cura o paliativos médicos que existen y sobretodo con los que cuentan en el centro médico donde se está atendiendo.

Por lo cual, el paciente siempre se encontrará informado de su situación y consultado para tomar las decisiones necesarias para preservar su vida. El médico siempre procurará asegurar la vida de la persona humana que en ese momento es su paciente y con el cual tiene un deber de privacidad que lo obliga a mantener el secreto profesional.

Es deber del médico el no permitir que bajo ninguna circunstancia se ponga en riesgo la vida humana, ni siquiera por motivos religiosos o de cualquier otra clase -entrando en una delicada situación en el tema de las objeciones de conciencia a tratamientos médicos, en situaciones en que se encuentra en riesgo la vida del paciente-.

En base a esto podemos decir que las relaciones médicos-pacientes ya no son asimétricas, sino de simetría; y parten desde el médico que busca el aseguramiento de la salud del paciente, pero no negando su condición personal, por lo cual se tendrá que tener, al momento de aplicar un tratamiento, el consentimiento informado de la persona que recibirá el tratamiento médico.

¹⁶⁰ Actualmente, hay una versión redactada en 1964 por el Doctor Louis Lasagna, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Tufts, la cual se usa mucho en los países de tradición anglosajona, la misma que señala: “[...] Aplicaré todas las medidas necesarias para el beneficio del enfermo, [...]. Recordaré que la medicina no solo es ciencia, sino también arte, y que la calidez humana, la compasión y la comprensión pueden ser más valiosas que el bisturí del cirujano o el medicamento del químico. No me avergonzaré de decir “no lo sé”, ni dudaré en consultar a mis colegas de profesión [...] [cuando sea necesario] para la recuperación del paciente. Respetaré la privacidad de mis pacientes, pues no me confían sus problemas para que yo los desvele. [...]”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

2.2. El deber de informar: el consentimiento informado

La relación médico-paciente tiene como finalidad principal el cuidado de la salud, y es una relación altamente compleja que se configura como una relación jurídica de prestación de servicios, por la cual el profesional de la salud atiende a alguien que lo solicita celebrándose expresa o tácitamente el contrato de asistencia médica¹⁶¹.

Como todo contrato jurídico se deben cumplir ciertos criterios de validez del acto jurídico¹⁶²; en ese sentido, respecto a las partes del contrato de asistencia médica tenemos por un lado a un profesional de la salud y por otro al paciente, persona que recurre al profesional de la salud solicitando sus servicios y quedando bajo su cuidado. Sobre la capacidad, el profesional de la salud tiene que estar debidamente acreditado (habilitación profesional), y en el caso del paciente este puede ser mayor o menor de edad, capaz o incapaz, siendo fundamental el consentimiento propio o de la persona a cargo del paciente en caso este no puede darlo por no estar en pleno ejercicio de su capacidad, a excepción de los casos en que sea necesaria alguna intervención de emergencia para preservar la vida al paciente¹⁶³.

Sobre el objeto del contrato de asistencia médica de manera directa es el ser humano, aunque a primera vista esto suena ilegal, debemos tener en cuenta que esto se justifica a partir de las disposiciones constitucionales que garantizan la protección de la persona, dado que el objeto es el ser humano en cuanto se le busca reestablecer la salud, asegurar la vida, para que pueda de esta forma asegurar su continuo camino de perfeccionamiento que le es debido en cuanto poseedor de una

¹⁶¹ Cfr. VARSI, E. *Derecho médico peruano: doctrina, legislación & jurisprudencia*. Lima, Grijley, 2006. p. 149.

¹⁶² Art. 140° del Código Civil: “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

¹⁶³ Art. 4° de la Ley N° 26842, Ley General de la Salud del Perú: “Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. [...]”.

naturaleza y dignidad distintivas que lo hacen ser un fin, y bajo ningún supuesto un medio. El fin de este contrato de asistencia médica se determina por las determinadas contraprestaciones, en términos generales para el médico son sus honorarios y para el paciente son la prestación de servicios de asistencia médica para el cuidado y defensa de su salud.

Respecto a la forma del contrato, es válido indicar que no existe una forma establecida, por lo que el contrato queda determinado por el acuerdo verbal entre médico y paciente, exceptuando las particularidades de formas que la ley puede solicitar para algunos casos específicos, como, por ejemplo, para la donación de órganos. Se puede añadir que casi siempre se trata de un contrato informal, celebrado casi sin palabras, mediante gestos, es consensual, dado que se perfecciona mediante el consentimiento de las partes, y es *intuitio personae*, es decir, es personalísimo (excepto en los casos de seguridad social, seguro privado o por emergencias)¹⁶⁴.

Entre los principales deberes que se establecen al médico para el paciente tenemos: El deber de dar la atención debida, el deber de lealtad y cortesía, el deber de mantener la fórmula dual médico-paciente, el deber de abstenerse de asegurar un resultado, el deber de seguridad, de proporcionar la historia clínica, deberes genéricos (diligencia, habilidad, continuación del tratamiento, emisión de certificados) y el deber de informar¹⁶⁵. Este apartado trata de este último deber, el deber de informar y la consecuente necesidad de obtener el consentimiento informado para poder aplicar los tratamientos necesarios en la preservación de la salud.

El consentimiento informado es un derecho de la persona¹⁶⁶, de tal manera que el médico no podrá someter a su paciente a riesgos

¹⁶⁴ Cfr. VARSI, E. *Derecho médico peruano...*, ob. cit., p. 152.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibíd.* pp. 154-158.

¹⁶⁶ Art. 15° inc. h de la Ley N° 26842, Ley General de la Salud del Perú: “Toda persona [...] tiene derecho: h) A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier [...] tratamiento, así como negarse a éste”. Asimismo, en el Art. 27° de la Ley N° 26842, Ley General de la Salud del Perú: “El [...] [profesional de la salud está obligado] a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos. Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

injustificados y tendrá que pedir por escrito su consentimiento para tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o intervenciones que puedan afectarles físicamente¹⁶⁷. El consentimiento informado es un aporte del derecho a la medicina, y puede ser definido como “la anuencia libre, voluntaria y conscientemente manifestada por un paciente, en el pleno uso de sus facultades, después de recibir información adecuada, a efectos de que se lleve a cabo en él una actuación médica en el tratamiento de su salud.”¹⁶⁸.

La razón de ser del consentimiento informado está en la búsqueda personal de la perfección, por ello, el médico debe respetar la libertad del paciente al momento de autodeterminarse en la consecución del bien jurídico salud -y del bien jurídico vida-, por lo cual el paciente libremente decidirá si una vez que le han informado los tratamientos que en su particular situación requiere ha de tomar el consejo médico o si por el contrario ha decidido -en base a su particular valoración de *bienes*- negarse a la aplicación de los mismos, porque con esa decisión se asegura un bien mayor -en su particular consideración personal-.

Por ello, en virtud de la importancia de la decisión que debe adoptarse respecto a su propia salud y vida, es necesario que para que se dé el consentimiento informado debamos estar ante una persona que tenga capacidad absoluta conforme a lo reconocido en el Código civil, por ello cuando nos encontremos ante un supuesto de pacientes incapaces, este derecho lo ejerce su representante legal. Aunque en el caso de los menores de edad se tendrá que atender a lo dispuesto en el Código del niño y del adolescente¹⁶⁹, actuando siempre en base al respecto del principio del interés superior del menor¹⁷⁰.

Este consentimiento se brinda sobre un tratamiento del que previamente se han dado a conocer sus pros y sus contras -se ha

practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado”.

¹⁶⁷ Cfr. VARSÍ, E. *Derecho médico peruano...*, ob. cit., p. 184.

¹⁶⁸ *Ibíd.* pp. 183-184.

¹⁶⁹ Art. 9° del Código del niño y del adolescente: “[El menor tendrá] [...] derecho a [...] la objeción de conciencia [...] en función de su [...] madurez”.

¹⁷⁰ Art. IX del Código del niño y del adolescente: “[...] [S]e considerará el Principio del Interés Superior del [menor] [...] y el respeto a sus derechos”.

informado de manera oportuna-. Sobre la forma del mismo, es necesario que sea por escrito en el caso de las intervenciones quirúrgicas, también podría ser verbal en la mayoría de los casos, así como, que también existen supuestos en los que podría darse un consentimiento tácito, formado por actos o signos inequívocos. Este consentimiento es temporal y revocable sin sujeción a ninguna formalidad.

El formato del consentimiento informado expreso por escrito deberá contener la determinación del paciente y del médico que informa. También debe contener los riesgos reales y potenciales del tratamiento. Asimismo, se requiere que el paciente consigne su edad, su profesión u ocupación, sus creencias religiosas. Y que se indique claramente las molestias previas o que puedan derivarse de la intervención, la existencia de otras alternativas, y finalmente la conformidad firmada en forma libre y voluntaria por el paciente para que se le aplique dicho tratamiento, indicando que se le ha informado de manera oportuna y completa¹⁷¹.

No obstante, a pesar de la visión contractual adoptada del consentimiento informado, debe entenderse que es, ante todo, “un deber jurídico que asume el médico cuyo incumplimiento acarrea, como consecuencia, la lesión de un conjunto de derechos fundamentales de la persona”¹⁷². En ese sentido, la importancia del consentimiento informado es que tiene como finalidad la protección de un bien supremo que no es otro que la persona¹⁷³; al respetarse y protegerse a la libertad en la relación médico-paciente y se deja de lado la antigua asimetría de esta relación para pasar a estar en una situación de simetría, donde ambas partes de modo libre buscan la conservación de la salud del paciente.

Esta simetría se da fundamentalmente por el derecho del paciente a ser informado antes de poder prestar su consentimiento a recibir determinado tratamiento médico, por lo cual, se muestra un claro respeto de la persona en cuanto a su libertad y de modo más preciso en cuanto a su dignidad. Ahora, existen unas dificultades en la aplicación del tratamiento, derivadas de la no obtención del consentimiento informado, este complejo grupo de casos podrían ser tan variados, no obstante, nos

¹⁷¹ Cfr. VARSÍ, E. *Derecho médico peruano...*, ob. cit., pp. 188-189.

¹⁷² Fernández, C. *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Lima: Motivensa, 2011. p. 48.

¹⁷³ Cfr. *Ibíd.*

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

centraremos en las objeciones al consentimiento informado, para ser más preciso las objeciones de conciencia a los tratamientos médicos, lo que significa el rechazo o la negativa a otorgar el consentimiento informado.

En esta clase de objeción de conciencia, el objetor no está pidiendo que determinada norma no se le aplique configurándose un supuesto de “no hacer” de su parte frente a un determinado deber jurídico, sino que lo que está pidiendo es la omisión de una tercera persona, el médico, en su deber deontológico -garantizar la salud y la vida del paciente-. Además, no nos encontramos ante un deber jurídico que le causa una vulneración, y en caso de ser pedida por el representante legal tenemos que es un tercero el que está reclamando el mecanismo jurídico -de ejercicio estrictamente personal- de protección de un derecho personalísimo como lo es la configuración tripartita del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

También debemos tener en cuenta, que el objetor no es un suicida o una persona que esté buscando “asesinar” a su representado, sino que es alguien que desea preservar la vida, pero defiende bienes jurídicos que él considera superiores como lo es la salvación garantizada en el más allá. Es por ello, que de sucederse finalmente un daño irreparable como la pérdida de la vida no puede ser condenado, sin aplicación de atenuantes, como un homicida, ni puede ser tratado como alguien que está intentando suicidarse. El objetor de conciencia no defiende un derecho a la muerte, sino que lo que está defendiendo un derecho a una vida plena.

Esto se puede comprobar, en el caso de los testigos de Jehová, que, negándose a las transfusiones sanguíneas, no se niegan a la posibilidad de recibir tratamientos alternativos. Pero, ningún médico considerará medios inalcanzables para el tiempo y lugar donde se encuentra –a estos medios se les conoce como extraordinarios-; solo caen bajo sus ponderaciones aquellas alternativas practicables, conocidas como medios ordinarios¹⁷⁴. Esto se torna complicado, en caso de las confesiones que rechazan todo tratamiento, quedándose solo con el remedio de la oración.

Por lo que resulta necesario, detenernos en la figura del médico como tercero involucrado en la objeción de conciencia a un tratamiento médico, así mismo, ver si en su particular relación con el paciente y en

¹⁷⁴ Cfr. SÁNCHEZ, M. *La impropia llamada...*, ob. cit., pp. 100-114.

los fundamentos jurídicos de su actuación se puede hablar de un “deber de salud” al cual todos los ciudadanos nos encontramos obligados o que particularidad tiene la objeción de conciencia a los tratamientos médicos.

2.3. El médico como sujeto en el supuesto de estudio

En el caso de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos nos encontramos en una situación en la que no solo es difícil identificar la existencia de un deber jurídico contra el que se debe dirigir la objeción¹⁷⁵, sino que adicionalmente se complica al incluir al médico como sujeto que debe omitir una conducta -éticamente exigible-, es decir, pedirle que tenga una actitud de no hacer, la cual sería la de no aplicar el tratamiento médico que resulta imprescindible al paciente para el cuidado de su salud y la preservación de su vida.

La situación se complica cuando el objetor es el representante legal -en la mayoría de los casos, los padres que en ejercicio de la patria potestad actúan en representación de su hijo menor de edad- y pide la objeción de conciencia en nombre del menor¹⁷⁶. Esto es debido a que está pidiendo al médico que se abstenga de prestar asistencia médica conforme a su deber deontológico a una tercera persona que la necesita, y que esta tercera persona -el menor- no ha expresado su derecho personalísimo, sino que lo ha hecho la persona que lo tiene a cargo.

De esta forma, nos aventuramos a decir, que las objeciones de conciencia a los tratamientos médicos configuran un supuesto especial e impropio de lo que es la objeción de conciencia. Y que uno de los elementos de esta objeción es el médico. No obstante, revisaremos la existencia o no de un deber personal de salud¹⁷⁷ que le resulte exigible a todas las personas y cómo su no existencia -si este fuera el caso- afecta a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos.

¹⁷⁵ Sin embargo, no puede olvidarse que la jurisprudencia ha configurado supuestos en el que el conflicto se produce, precisamente porque el deber de solidaridad *in abstracto* se traduce en un deber *in concreto* de imponer el tratamiento médico en determinados casos. (Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley...*, ob. cit., Madrid: Iustel, 2011. p. 181).

¹⁷⁶ Cfr. *Ibid.* p. 189.

¹⁷⁷ Cfr. SÁNCHEZ, M. *La impropia llamada...*, ob. cit., pp. 59-65.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Ahora, es mediante el consentimiento informado que se convierten en lícitos, ciertas conductas del profesional de la salud que en otros supuestos podrían ser consideradas como penalmente relevantes¹⁷⁸; y por medio de este consentimiento se ha decidido confiar que cumplirá con sus deberes profesionales, en virtud de los cuales no solo no habría efectos inocuos en el paciente sino que le restablecería la salud¹⁷⁹. Esto es importante porque podemos calificar a la objeción de conciencia de impropia por dos razones, una siguiendo a Paz Sánchez González que afirma que se pueda hablar de impropia, debido a que no en todos los tratamientos se encuentran impuestos como obligatorios en los diferentes ordenamientos jurídicos¹⁸⁰.

Por lo que en el caso de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos se habla de objeción impropia en la medida que no existe un mandato legal y la existencia de ese mandato legal vendría a ser excepcional si es que existiera en algún ordenamiento jurídico. Pero hay casos específicos en los que se habla de objeción en sentido estricto, como por ejemplo en la negativa a vacunarse en una hipótesis de vacunación obligatoria¹⁸¹.

No obstante, preferimos el calificativo de impropia de la objeción de conciencia, dado que es el médico quien debería no cumplir con su deber deontológico de asegurar la salud y la vida del paciente¹⁸², como consecuencia que el paciente no desea recibir tratamientos fundamentado en sus convicciones religiosas.

En otras palabras, se busca que basado en las convicciones del paciente, el médico incumpla un deber jurídico contenido en sus normas deontológicas de asegurar la salud y la vida de los pacientes, por lo que le resulta adecuado al médico recurrir a la vía judicial -en ciertos casos- para determinar si dicha pretensión es asumible por el derecho o si se trata de una pretensión abusiva del ejercicio del derecho de libertad

¹⁷⁸ Cfr. *Ibíd.* p. 65.

¹⁷⁹ Cfr. GARCÍA, P. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008. pp. 337-339.

¹⁸⁰ Cfr. Cfr. SÁNCHEZ, M. *La impropia llamada...*, ob. cit., p. 63.

¹⁸¹ Cfr. *Ibíd.* pp. 64 - 65.

¹⁸² Cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley...*, ob. cit., p. 180-181.

religiosa que terminaría afectando al derecho que el deber jurídico del médico pretende resguardar, es decir, el derecho a la salud, y por consecuencia, el derecho a la vida.

Esta situación se vuelve más compleja cuando el paciente es un menor de edad, que, debido a su particular incapacidad, necesita la intervención de su padre en el ejercicio de su patria potestad. En esa situación lo impropio de este tipo de objeción se manifiesta en que tendremos tres personas en un supuesto que es un mecanismo de protección de un derecho personalísimo.

Por un lado tendremos un objetor de conciencia que se pronuncia acerca de una conciencia ajena que le corresponde al titular del derecho de libertad religiosa -el menor- que se vería afectado si se le aplica el tratamiento recomendado por el médico; y adicionalmente la conducta de “no hacer” frente a un deber jurídico que debe cumplirla el médico, es decir, no debe cumplir el deber jurídico consagrado en su código deontológico de asegurar la salud y la vida al paciente menor de edad, basado en las convicciones religiosas de este paciente, el cual no las ha manifestado, sino que una tercera persona, los padres.

Sin el consentimiento informado el médico no podría decir que se encuentra ejerciendo su profesión de acuerdo con su *lex artis*. De este modo, en caso de no informar hay la posibilidad de indemnización. Pero también existen excepciones a este deber de informar esto es cuando la información puede estar en conocimiento de todos, también puede ser que el paciente ya la ha conocido previamente. Otro motivo para evitar el deber de informar es la urgencia del caso¹⁸³.

El que debe informar es el médico, la duda surge cuando se nos pregunta quién es el que debe consentir. Esto aparentemente tan sencillo por la respuesta que se puede dar a priori se vuelve complicado cuando el enfermo no tiene la capacidad de dar respuesta, de dar un consentimiento informado. Es decir, en principio el consentimiento debe ser prestado por el propio paciente. Pero en el caso de los menores de edad ese consentimiento puede ser dado por los padres de familia en ejercicio de su patria potestad y siempre garantizando el interés superior del menor, o negarlo debido a la libertad religiosa del menor.

¹⁸³ Cfr. *Ibíd.* pp. 100-114.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Por ello resulta adecuado saber qué es eso que llamamos Patria Potestad, también como se relaciona con el interés superior del menor, y de qué manera el menor puede ser titular del derecho de libertad religiosa. Esta es la tarea que nos plantearemos de aquí en adelante, para luego determinar qué supuestos de objeción de conciencia a los tratamientos médicos pueden ser amparados por el derecho y cuáles no. Y sea cual sea la respuesta, conocer los fundamentos de la misma para poder aplicarlos en el caso concreto.

3. El ejercicio de la patria potestad frente a la objeción de conciencia

3.1. La patria potestad

3.1.1. Definición de la patria potestad

El lugar más adecuado para el desarrollo y cuidado de los hijos es dentro de una familia¹⁸⁴ debidamente constituida. Sin embargo, puede afirmarse que ambos padres -unidos por la convivencia, el matrimonio, separados, divorciados o que nunca han tenido una relación estable- deben procurar el bien de sus hijos -mientras estos son menores de edad-, por lo cual adquieren derechos y obligaciones que les permitan lograr el perfeccionamiento del menor. Esto es lo que se denomina patria potestad, la cual originariamente tiene como fundamento la filiación, la que puede ser natural o por adopción.

La filiación es el vínculo natural y jurídico que une a los padres con los hijos, como hecho natural siempre existe, pero puede no existir jurídicamente. En ese sentido es necesario que exista una determinación de la filiación, la misma que en algunos casos se inclina a favor de la verdad biológica y en otros a favor de la legitimidad matrimonial, la mayoría de sistemas jurídicos se caracterizan por haber adoptado un sistema mixto al respecto, y adicionalmente se ha avanzado en el Perú desarrollando un principio de igualdad entre los hijos, por lo cual se ha eliminado las diferencias -de cualquier naturaleza- entre los mismos.

¹⁸⁴ No existe una definición legal de familia, sin embargo, podemos definirla como una comunidad permanente de personas, donde un hombre y una mujer conviven unidos por el afecto; y, en consecuencia, se da la bienvenida a los hijos, se les cría y educa favoreciendo el desarrollo de su personalidad.

En ese sentido, a raíz de la filiación jurídica se desprenden una serie de consecuencias, a saber: los hijos pueden usar los apellidos de los padres, los hijos son los herederos principales de sus progenitores, surge el derecho de alimentos a favor de los menores de edad por parte de sus padres, y también se desprende el derecho-deber de la patria potestad sobre los hijos menores de edad.

Ahora nos concentraremos en la patria potestad, la cual tiene un reconocimiento constitucional en el ordenamiento peruano¹⁸⁵, y puede ser definida como: “[el conjunto de deberes y derechos conferidos de manera exclusiva a los padres¹⁸⁶ para] [...] cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores - siempre y cuando éstos, cumplan con reconocer[los] [...]; y mientras estos no se emancipen-, y no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres, precisamente, porque constituye, el derecho que les asiste a los hijos menores respecto de sus padres”¹⁸⁷.

Y, por lo tanto, todas las conductas nocivas para los menores son incompatibles con los fines de la patria potestad, dado que tienen que asegurar su desarrollo bio-psico-social¹⁸⁸, es decir, deben actuar conforme el interés superior del menor.

La Ley otorga esta función o facultad a los padres con la finalidad que cuiden, orienten y dirijan el proceso de desarrollo de sus hijos menores de edad, así como, que también puedan administrar sus bienes hasta que lleguen a la mayoría de edad¹⁸⁹. La patria potestad involucra: el

¹⁸⁵ Art. 6° de la Constitución Política del Perú de 1993: “[...] Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. [...]”.

¹⁸⁶ Art. 419° del Código Civil: “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el juez del Niño y Adolescente [...]”.

¹⁸⁷ EXP. N° 99-98, Resolución del 5/03/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima.

¹⁸⁸ EXP. N° 3318-97, Resolución del 9/03/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima.

¹⁸⁹ Art. 418° del Código Civil: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

derecho-deber de tenencia¹⁹⁰, el derecho-deber de vigilancia, la educación -y formación- de los hijos, los alimentos, la corrección moderada de los hijos, y su representación legal. En caso de faltar los padres se nombrará un tutor. El tutor ejercerá todos los derechos y obligaciones que en su momento correspondieron a los padres¹⁹¹.

Siendo la patria potestad un atributo exclusivo de los padres respecto de los derechos y deberes que tienen para con sus hijos o hijas, es conveniente recordar lo que establece el Código de los niños y adolescentes¹⁹². Asimismo, es necesario indicar, que en ocasiones que un padre que se le haya restringido la tenencia, por circunstancias que lo ameriten, no se priva ni extingue la patria potestad a favor del otro progenitor, por el contrario, seguirán compartiéndola, dirigiendo el proceso formativo de sus hijos o hijas, y formando parte de las decisiones importantes en relación a su vida.

El ejercicio de la patria potestad deberá realizarse respetando los derechos del niño, dado que esta institución tiene una función tuitiva o

¹⁹⁰ Derecho-deber derivado de la patria potestad, que versa sobre el tener efectivamente al menor a su cuidado, lo ejercen por los padres conjuntamente o unilateralmente -en caso de separación o viudez-. La tenencia siempre estará supeditada a lo que sea más conveniente al menor. (Cfr. EXP. N° 527-98, Resolución de I21/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima).

¹⁹¹ Art. 526° del Código Civil: “El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad [...]”.

¹⁹² Art. 74° del Código del niño y del adolescente: “[...] Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: a. Velar por su desarrollo integral; b. Proveer su sostenimiento y educación; c. Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; d. Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos [...]; e. Tenerlos en su compañía [...]; f. Representarlos en los actos de la vida civil [...] g. Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición [...]; h. Administrar y usufructuar sus bienes [...]”. (CC. Art. 423° del Código Civil: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. 2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo [...]. 3. Corregir [...] a los hijos [...] 4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar[los] [...]. 5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso [...]. 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. [...]”.)

protectora frente al menor, por lo que toda la actuación de los padres deberá ser concordante con el interés superior del menor¹⁹³.

Los derechos reconocidos en la patria potestad tienen su fundamento en la protección del menor¹⁹⁴, es decir, los deberes que tienen los padres para sus hijos se ejercen buscando garantizarle los mayores beneficios personales y patrimoniales. Por lo que se entiende como un deber de asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio¹⁹⁵, buscando el beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad.

Es por ello que puede entenderse a “[l]a patria potestad [...] [se dirige] al auxilio, protección, vigilancia y representación de los hijos menores de edad, [y logra formar] [...] una red [...] de facultades y deberes íntimamente unidos que, lejos de dar ocasión para que se destaquen las atribuciones del padre bajo la modalidad de derechos subjetivos, [garantiza la protección efectiva de los hijos menores de edad] [...] [.] [Por lo que] no puede servir de apoyo para legitimar situaciones anormales que ni siquiera quedarían cubiertas por la explícita manifestación del padre [...] de exonerarse de [...] [la misma]”¹⁹⁶.

¹⁹³ Art. 18.1° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “[...] Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

¹⁹⁴ En el Derecho moderno la patria potestad puede calificarse como una institución con fines tuitivos o de protección del menor. Por lo que difiere de la patria potestad en el primitivo Derecho Romano, en que se concebía como un derecho del padre, que llegaba a tener algunas manifestaciones contrarias a todo sentimiento natural de paternidad, como la posibilidad de venta y aun de muerte del hijo, facultades que sin duda estaban atenuadas por las costumbres. En ese sentido, se puede afirmar que la patria potestad se ha ido nutriendo del avance de los derechos humanos, del respeto a la persona y su dignidad.

¹⁹⁵ Art. 421° del Código Civil: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre, aunque sea menor de edad. [...]”.

¹⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. 111, p. 133.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Y a partir de esto nos resulta fácil distinguir a los sujetos que participan de esta figura jurídica, por un lado, tenemos a los hijos y por otro lado tenemos a los padres como titulares de este derecho-deber. Y solo se suspendería la patria potestad en situaciones que vulneren el perfeccionamiento del menor, y debe evitarse confundir la tenencia con la patria potestad, dado que en el caso de que no vivan juntos los padres, será que ambos padres tienen la patria potestad y solo a uno se le designa la tenencia del menor.

La patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad. Existe primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Por ello siempre será adecuado escuchar al menor, sobre todo en los casos que nos encontremos con un menor maduro. Con el término “menor maduro” se designa aquellos menores de dieciocho (18) años, pero que demuestran tener una capacidad suficiente para tomar decisiones que direccionen su vida a su perfeccionamiento.

Por regla general los padres reemplazan al hijo en los actos que éste no puede realizar por su falta de capacidad. Pero, los hijos menores de edad están facultados para realizar actos jurídicos de manera directa y personal, sin necesidad de la intervención de sus padres, en los casos en que la ley expresamente se los permite. Pero, sus padres, seguirán resguardando el desarrollo del menor.

Asimismo, se desprende que los hijos tienen la obligación de respetar a los padres, siempre y cuando estos actúen guiados por el principio del interés superior del menor¹⁹⁷. No obstante, cuando se alcanza la mayoría de edad los hijos pueden autodeterminarse, y en ese sentido guiar su perfeccionamiento; y dado que la maduración es un proceso, se debe reconocer al “menor maduro” la capacidad para direccionar su vida.

Unos casos especiales de menores que se encuentran fuera del ámbito de la patria potestad lo configuran los menores que han contraído matrimonio o que se han emancipado por razones económicas. Asimismo, dado que el ejercicio de la Patria potestad siempre debe ser

¹⁹⁷ Art. 454° del Código Civil: “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres”.

desarrollada ejerciendo el principio del interés superior del menor, a modo de sanción, la ley ha establecido supuestos como respuesta a la actitud de ciertos padres -cuyo accionar no permite el desarrollo del menor- por lo que los padres que incurren en ellos se pueden ver excluidos del derecho-deber de la patria potestad.

3.1.2. Extinción y suspensión de la patria potestad

El Código de los niños y adolescentes en el artículo 77° regula la extinción¹⁹⁸ de la patria potestad, así como, en el artículo 75° se regula la suspensión¹⁹⁹ de la misma. La patria potestad puede verse extinguida por la muerte de uno de los sujetos de la patria potestad, así como, por el alcance de la mayoría de edad. Así mismo, en los casos donde el menor contraiga matrimonio o se produzca su emancipación.

También se sanciona con la extinción de la Patria potestad los casos de abandono judicial, los supuestos de delito doloso -sobretudo, en los casos en que el principal perjudicado es el menor-. Esto es una sanción a la actitud de los padres que no han actuado según el interés superior del menor. También produce la reincidencia de ciertos supuestos de suspensión de la Patria potestad -el darles órdenes, consejos o

¹⁹⁸ Art. 77° del Código del niño y del Adolescente: “La patria potestad se extingue o pierde: a) Por muerte [...]; b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; c) Por declaración judicial de abandono; d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos [...] [(artículos 107°, 108°-B, 110°, 125°, 148°-A, 153°, 153°-A, 170°, 171°, 172°, 173°, 173°-A, 174°, 175°, 176°, 176°-A, 177°, 179°, 179°-A, 180°, 181°, 181°-A, 183°-A y 183°-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo [...]); e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75; y, f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil”. (CC. Art. 461° del Código Civil).

¹⁹⁹ Art. 75° del Código del niño y del Adolescente: “La patria potestad [-del padre o de la madre-] se suspende [...]: a. Por la interdicción [...]; b. Por la ausencia judicialmente declarada [...]; c. Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d. Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e. Por maltratarlos física o mentalmente; f. Por negarse a prestarle alimentos; g. Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio [...] [(artículos 282° y 340° del Código Civil)]; h. Por habersele aperturado proceso penal [...] [(artículos 173°, 173°-A, 176°-A, 179°, 181° y 181°-A del Código Penal)]”. (CC. Art. 466° del Código Civil).

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

ejemplos que los corrompan; el permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; el maltratarlos física o mentalmente; y el negarse a prestarle alimentos- también es sancionada por la extinción de la misma.

En el caso de la suspensión de la patria potestad nos encontramos con la interdicción del padre o de la madre, es decir, la declaración de incapacidad de una persona que le impide realizar todos o algunos actos de su vida civil. La interdicción solo puede ser declarada por el juez. De acuerdo a los artículos 43° y 44° del Código civil, pueden ser declarados interdictos: los consumidores de drogas, los ebrios habituales, los que malgastan sus bienes, los que sufren del deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los que padecen retardo mental, los que sufren condena en prisión.

En los casos de supuestos de ausencia judicial se observa la necesidad de suspender la patria potestad. Ambos casos se muestran como una protección judicial del menor, y algunos supuestos de interdicción se ven claramente como sancionables en virtud de la actuación en base al interés superior del menor.

También se suspende la patria potestad cuando los padres perjudiquen a sus hijos: cuando les den órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; les permitan la vagancia o los dediquen a la mendicidad; los por maltraten física o mentalmente; y les nieguen el prestarle alimentos. Se observa que la mayoría de supuestos hacen referencia al interés superior del menor, dado que se suspende la patria potestad como sanción a los padres que con su conducta podrían ocasionarle un daño al menor o que no se han preocupado por ellos. Sin embargo, no es correcto afirmar que la patria potestad se suspenda solo con carácter de sanción, en nuestro país, pues esto no se deriva de las normas peruanas.

Ahora, en el caso del divorcio o separación, el cónyuge que no se queda con los niños ve suspendido su derecho de la patria potestad²⁰⁰. Este caso se entiende en los supuestos de divorcio por causales que puedan vulnerar la educación del menor, o en caso de invalidación del

²⁰⁰ Art. 420° del Código Civil: “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”.

matrimonio es entendible que a la persona que no ha hecho posible que existe un matrimonio válido deberá ser en principio quien padezca la suspensión de la patria potestad. No obstante, siempre será necesario evaluar el caso en concreto.

En ese sentido, resulta interesante detenerse en los supuestos de separación por mutuo acuerdo, en los cuales no existe ninguna conducta que pueda perjudicar al menor, por lo que no se entendería que se suspenda la patria potestad al que en esta situación no se ha quedado al cuidado del menor, al menos que lo que se esté privilegiando sea un criterio práctico de la toma de decisiones²⁰¹ respecto del menor, dado que la patria potestad es un derecho de los padres en beneficio de sus hijos menores que solo se perdería en supuestos realmente graves. Por lo que debe tenerse cuidado, pues pareciera ser que el Código civil confundiese la tenencia con la patria potestad.

En concordancia, cualquier limitación de la patria potestad tendría que sustentarse en causas específicas y perjudiciales a los intereses superiores del niño, niña o adolescente. No solo por el hecho del mero divorcio o separación se podría suspender la patria potestad a los padres, dado que se les privaría de poder ejercitar este derecho en situaciones en que la persona que aún conserva la patria potestad está actuando sin considerar el interés superior del menor.

Por lo que, al existir un criterio objetivo y práctico, será el juez²⁰² quien determine en el caso concreto cuál de los padres se encuentra en mejor disposición de actuar en base al interés superior del menor, y, asimismo, podrá suspender la tenencia, pero no la patria potestad, al menos que exista una conducta que no permita el desarrollo del menor.

²⁰¹ Se busca simplificar la toma de decisiones más que sancionar. Dado que, si el ejercicio conjunto de la patria potestad involucra discrepancias, es previsible que la invalidación o la separación o el divorcio por causa específica, produzcan un distanciamiento entre los padres, susceptible de afectar la deliberación compartida. No se busca facilitar las relaciones de los padres sino evitar confusiones o problemas para los menores. Estas decisiones, en todos los casos, deben adoptarse respetando el principio del interés superior del menor.

²⁰² “El juez tiene facultad para decidir a cuál de los padres corresponde el cuidado de los hijos menores de edad, atendiendo a los intereses de éstos”. (Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1960, p. 20).

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

El último supuesto de suspensión son los delitos dolosos en los que se pueda ver perjudicada la perfección o desarrollo del menor, en ese sentido, la actitud paterna y las decisiones judiciales deben ser tomadas teniendo en cuenta la opinión del menor en todos los casos, especialmente cuando se ve involucrado un menor maduro, y siempre respetando su interés superior que se constituye en un principio rector de toda relación en la que se vea involucrado un menor de edad, y en ese sentido un principio rector del ejercicio de la patria potestad.

3.2. El interés superior del menor y la patria potestad

El interés superior del menor²⁰³ se ve evidenciado en la particular situación del menor de edad que requiere que sean terceras personas las que le permitan ejercitar su derecho y también, que en el comportamiento de estas personas es posible que pueda verse vulnerado el desarrollo del menor. En ese sentido, el interés superior del menor tiene como finalidad garantizar el desarrollo integral del menor, es decir, se constituye en un principio directriz de la aplicación normativa a favor del menor, por lo cual la decisión judicial también debe verse guiada.

La patria potestad dejó de ser la primitiva figura de la época del Derecho Romano y pasó a ser una institución concebida para el beneficio del menor. En ese sentido, nos encontramos con el principio jurídico del interés superior del menor, el cual es un concepto jurídico indeterminado²⁰⁴ que le permite al legislador, concretar una situación y obliga a los padres a efectuar su decisión garantizándole la perfección del menor, es decir, tomando las decisiones que posibiliten su desarrollo.

²⁰³ Art. VII de la Declaración de los derechos del niño de 1959: “[...] El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres. [...]”. Art. 3.1° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Art. IX del Código del niño y del Adolescente: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente [...] se considerará el Principio del Interés Superior del [...] [menor] y el respeto a sus derechos”.

²⁰⁴ Cfr. DÍAZ, O. *El derecho Constitucional de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos*. Lima: Palestra Editores: 2010. p. 56.

Por lo que al momento de determinar el interés superior del menor se debe tener en cuenta que muchas veces será colocarlo en las situaciones menos malas, dado que debido a las circunstancias no existe la posibilidad de colocarlo donde teóricamente se perfeccionaría de modo pleno. Por lo que debe siempre escucharse la postura del menor, respecto a lo que él cree que es el interés superior para sí mismo, sin embargo, no existe una coincidencia necesaria entre lo que él estima como lo mejor, y el verdadero interés que será determinado por la persona a cargo o en todo caso, por la vía judicial²⁰⁵.

En ese sentido, cuando los padres hayan visto suspendida la patria potestad, podrían ver reactivado este derecho-deber cuando cese la causal que motiva esa suspensión²⁰⁶, dado que el juez decidirá sobre lo visto, teniendo en cuenta el interés superior del menor, es decir, el perfeccionamiento o desarrollo que el padre -que ha visto suspendida esta función tuitiva sobre su hijo- le permitiría a su hijo si ve restituida la función-facultad protectora de la patria potestad.

En el mismo sentido, se entiende la necesidad del juez de considerar el principio del Interés superior del menor al momento de determinar la tenencia²⁰⁷, dado que el padre que los tenga en su cuidado debe ser aquel que le garantice al menor el lograr su desarrollo personal. Y, por consiguiente, determinar el régimen de visitas²⁰⁸ que garantice su

²⁰⁵ Cfr. *Ibíd.* pp. 58-60.

²⁰⁶ Art. 78° del Código del niño y del Adolescente: “Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución [...]. El Juez especializado debe evaluar [...] en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

²⁰⁷ Art. 81° del Código del niño y del Adolescente: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia [...] se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del [menor] [...]. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez [...], salvaguardando en todo momento el interés superior del [menor] [...]”.

²⁰⁸ Art. 88° del Código del niño y del Adolescente: “Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos [...]. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”. Art. 90° del Código del niño y del Adolescente: “El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

bienestar. En caso de no estar vivo ninguno de sus padres, se creará un consejo de familia²⁰⁹, que también se regirá por este principio, al igual que en el caso de la adopción²¹⁰.

Por lo que es justificado concluir que en cada una de las funciones derivadas de la Patria potestad debe prevalecer el interés superior del menor, al igual que en toda actuación que involucre un menor de edad, y que justamente este principio tiene en sí mismo una finalidad tuitiva sobre el menor, que irradia al derecho-deber de la patria potestad. Por lo que es previsible que, en los temas relacionados a los derechos fundamentales del menor, también se encuentren direccionados por este principio, y en consecuencia estará presente al momento de analizar la libertad religiosa del menor.

3.3. La libertad religiosa del menor

El menor por el hecho de ser persona es titular del derecho de libertad religiosa. Pero al igual que lo que sucede en el ordenamiento español, en el ordenamiento peruano no se reconoce una edad en la que el menor pueda ejercer por sí mismo su derecho de libertad religiosa; caso contrario a lo que sucede en Italia, Alemania, Austria, Portugal o Suiza. En los dos primeros países se reconoce que la edad a partir de la cual los menores pueden ejercer por sí mismo su derecho de libertad religiosa son los catorce años; y en los dos últimos países establecen que dicha edad es la de dieciséis años²¹¹.

Es decir, se reconoce que el menor maduro, puede tener unas creencias religiosas diferentes a la de sus progenitores que se encuentran ejerciendo el derecho-deber de la patria potestad. Pues los menores de edad son titulares plenos de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión. Pero, dado que

extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique”.

²⁰⁹ Art. 101° del Código del niño y del Adolescente: “Habrà Consejo de Familia para velar por [...] [el interés del menor] que no tenga [padres] [...]”.

²¹⁰ Art. 118° del Código del niño y del Adolescente: “[...] la Oficina de Adopciones [...] [tendrá] en cuenta el Interés Superior del [...] [menor]”.

²¹¹ Cfr. DÍAZ, O. *El derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 91-93.

no han alcanzado su plena madurez, se entiende que hasta cierta edad deben ser formados y guiados por los padres, después pueden oponerse plenamente a ellos.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español reconoce la capacidad del menor para oponerse a las enseñanzas religiosas de sus padres, pero solo cuando dichas enseñanzas puedan atentar contra su desarrollo²¹². Esta decisión involucra reconocer cierta madurez en el menor, sino, no se pudiera oponer de una manera razonada.

Para saber si el menor puede ejercer su derecho de libertad religiosa hay que tener en cuenta su capacidad de obrar, a razón de que dicha capacidad nos muestre su grado de madurez psicológica que nos permite distinguir quienes tienen pleno uso de sus facultades - intelectuales y volitivas-, y quienes no las tienen -y son incapaces-. Dicha capacidad es alcanzada por el menor a diferente edad. Existen casos especiales cuando el menor adquiere su capacidad total, estos son por ejemplo el matrimonio de menores o el trabajo de menores cuando son ellos los que sustentan su propia vida²¹³.

3.3.1. La titularidad del derecho de libertad religiosa del menor

La titularidad individual de la libertad religiosa le corresponde al menor por el hecho de ser persona. Pero, dicho derecho no lo podrá desarrollar a plenitud, dado que -en la mayoría de los casos- estará bajo la patria potestad de los padres, y serán estos los que velen por los intereses religiosos del menor.

Fue en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en 1989, donde se les reconoce por primera vez a los niños el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión²¹⁴. Pero solo el menor maduro podrá ejercitar de modo pleno ese derecho, mientras tanto, el ejercicio recaerá en los padres²¹⁵ mediante el ejercicio de la Patria

²¹² STC 141/2000, del 29 de mayo de 2000, F.J.5.

²¹³ Cfr. DÍAZ, O. *El derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 94-126.

²¹⁴ Art. 14.1º de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

²¹⁵ Art. 14.2º de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

potestad teniendo como principal criterio el bienestar del menor, es decir, respetando el principio del interés superior del menor, principio rector en las situaciones jurídicas que involucran a menores de edad.

No obstante, si bien el menor maduro²¹⁶ tiene un ámbito más amplio y pleno de ejercicio del derecho de la libertad religiosa, este ámbito no es absoluto²¹⁷, dado que, siempre seguirá la patria potestad de los padres velando por el bienestar del hijo en caso de que las decisiones de este menor maduro, no sean acordes con el principio del interés superior del menor; y si la Patria potestad no se guía en sus decisiones bajo este principio se le podrá reemplazar judicialmente y será el juez el encargado de tomar las mejores decisiones para el menor en base a este principio de protección.

Debemos precisar que cuando hablamos de menor, nos estamos refiriendo a todo ser humano menor de dieciocho (18) años²¹⁸, y también debemos indicar que el proceso de maduración de una persona, por el que es capaz de tomar las decisiones que puedan regir su vida y sea capaz de determinar bienes y fines, y dirigir la propia vida a los bienes y fines propuestos, no es algo que se da de un día a otro, aún más teniendo en cuenta que la mayoría de edad es determinada en los diferentes países por una decisión política²¹⁹.

los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.”

²¹⁶ Cfr. STC 154/2002, del 18 de julio del 2002. F.J.9.

²¹⁷ Art. 14.3° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

²¹⁸ Lo que podemos encontrar en el Art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “[...] [S]e entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad [...]”; y en el Art. I del Título Preliminar del Código del niño y del adolescente: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. [...]”.

²¹⁹ De manera excepcional en otros países cuya mayoría de edad sea superior a la consideración internacional del menor maduro, no habría problemas en considerárseles aún como menores maduros a los ciudadanos de ese país que no han alcanzado la mayoría de edad. El problema sería si un país aceptase la

3.3.2. El menor “maduro” como titular del derecho de libertad religiosa

En ese sentido, es comprensible entender que al ser la maduración un proceso, es posible que muchos menores puedan ser calificados de *maduros* aún antes de la edad de mayoría de edad predispuesta legalmente, por ello es factible y coherente afirmar la existencia del menor maduro que puede ejercer de un modo más pleno, pero no absoluto -dado que tiene como criterio delimitador al ejercicio de la patria potestad de sus progenitores- sus derechos.

Pero, ¿cómo determinar que estamos frente a un menor maduro? Esta determinación es realmente importante, pues bien si para la toma de decisiones relacionadas a los menores de edad siempre primará el interés superior del menor, es correcto señalar que siempre y cuando la conducta paterna respete este principio guía, el ejercicio de la patria potestad es pleno respecto a los menores que aún no pueden ser calificados como maduros, pero respecto a los menores maduros la patria potestad ya no se ejerce de un modo pleno²²⁰, sino de forma subsidiaria, es decir, para corregir las decisiones del menor maduro que no lo perfeccionen.

Antes de pasar a responder la pregunta planteada es válido adelantar que, en el caso de los menores emancipados estos pueden ejercer la libertad religiosa que les corresponde de modo pleno, siendo posible que la religión que hayan adoptado sea diferente a la de sus padres.

La figura de la emancipación surge porque la madurez no se da en compartimentos estancos, de tal forma que al reconocer el Derecho que un menor puede emanciparse de la patria potestad que ejercen sus padres

mayoría de edad por debajo de esta edad, situación en la que se plantearían una serie de conflictos. En el Perú, existe una regulación jurídica sobre la mayoría de edad concordante con la regulación internacional sobre el menor maduro.

²²⁰ Art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

se le está reconociendo que ha podido alcanzar un grado de madurez que lo hace semejante a las personas mayores de edad y por ello ya no podrá intervenir la decisión paterna en las circunstancias que atañen a la determinación de su vida, la configuración religiosa de su ser ni el ejercicio lícito de sus derechos, en conformidad con lo dispuesto por el estado que lo que busca -o debe buscar- es el perfeccionamiento humano.

De tal forma, que, para analizar el ejercicio de la patria potestad en referencia al ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor no emancipado, se tendrán dos supuestos: el del menor maduro y el del menor no maduro, y en ambos supuestos debe primar el interés superior de los mismos. Ahora para determinar cuándo un menor es maduro y que tenga la primera opción de decisión respecto al ejercicio de sus derechos se puede seguir por un criterio de determinación particular caso por caso o bien o por un criterio de edad legal, muy similar al usado para determinar la mayoría de edad.

El criterio caso por caso, podría parecernos el más adecuado para determinar la realidad de los hechos, no obstante este método resulta impracticable dado la tarea logística que supondría analizar a todos los menores, que se encuentran en un mismo Estado, para poder determinar si ya se alcanzaron la madurez y hacer un seguimiento a los que todavía no la han alcanzado; siendo que esta enorme base de datos sería la que se utilizaría para resolver los conflictos que puedan surgir al respecto, algo, que a mi parecer resulta utópico.

Por ello, resulta tener mayor efectividad, en un sentido práctico la determinación de una edad por criterios objetivos en la que puede considerarse maduro a un menor, y en ese sentido, es coherente que también exista una comprobación judicial respecto de la real madurez del menor, dado que al ser la maduración de la persona un proceso puede que existan ciertas personas que hayan alcanzado la edad establecida pero no la madurez requerida para el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

De esa forma, sabemos que el menor puede ejercer su derecho de libertad religiosa de un modo más completo al alcanzar cierta madurez²²¹,

²²¹ Art. 11° del Código del niño y del adolescente: “[...] [T]ienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Se respetará el derecho de los

la misma que será determinada legalmente al establecer una edad en base a criterios objetivos, siendo que judicialmente se puede verificar si el menor ha alcanzado o no su madurez. Queda claro, entonces, que el sujeto puede ejercer el derecho de libertad religiosa antes de alcanzar la mayoría de edad, en función de su grado de madurez. Y que los padres en su función de guías no le podrán imponer religión o conducta religiosa a su hijo menor con madurez de juicio suficiente²²². Ahora, ¿cuál sería esa edad, y cuáles serían los criterios objetivos para determinarla?

3.3.3. La determinación de la madurez del menor

Para determinar la madurez del menor en el presente trabajo, recurriremos de manera breve al Código civil peruano, al artículo 173° del Código penal y al Código de los niños y adolescentes para determinar cuál es la edad a partir de la cual nos encontramos “legalmente” ante un menor que puede ser considerado maduro, el cual tendrá un particular ejercicio de su derecho de libertad religiosa -y de todos sus derechos en general-, siendo titular del mismo de un modo más pleno que lo que podría ser el menor que no ha alcanzado esa maduración.

No obstante, este reconocimiento de madurez requiere comprobación judicial en el caso en concreto, sobretodo, cuando la decisión del menor no le permite alcanzar su pleno desarrollo; haciéndose necesaria la intervención de los padres mediante el ejercicio de la Patria potestad, o la intervención de la autoridad judicial en caso que el ejercicio de la Patria potestad no sea un medio idóneo que garantice el desarrollo pleno del menor.

Es por ello, que la decisión adoptada debe garantizarle que continúe en el proceso de maduración necesario para alcanzar su desarrollo de un modo pleno, y en ese sentido, pueda determinar cómo ejercer sus derechos en virtud que le garanticen un verdadero perfeccionamiento, es decir, que logren satisfacer sus exigencias y necesidades, y no lo perjudiquen como persona. En otras palabras, debe ser una decisión que respete el interés superior del menor.

padres, o de sus responsables, de guiar al niño y al adolescente en el ejercicio de este derecho de acuerdo a su edad y madurez.

²²² Cfr. STC 141/2000, del 29 de mayo del 2000. F.J.5.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

El Código del niño y el adolescente considera adolescentes a los mayores de doce (12) años, marcando una clara diferencia de los mismos respecto a los niños que serían los que tengan menos de esa edad; y señala que en caso de infracción penal el niño será sometido a medidas de protección y el adolescente a medidas socio-educativas; y que ambos para la ejecución de actos civiles se encuentran en un régimen de asistencia, la cual debe ser brindada en primer término por los padres²²³.

Asimismo, el Código del niño y el adolescente establece que el menor podrá trabajar a partir de los catorce (14) años, siendo que de manera excepcional se podrá dar autorización a un menor de doce (12), y se considerará una edad mayor para algunas actividades dado el singular riesgo que estas puedan acarrear en su ejecución²²⁴.

Respecto a los matrimonios de adolescentes el artículo 113° del Código de niños y adolescentes remite a lo señalado en el Código civil, el cual señala que los menores de edad pueden casarse con autorización de los padres que ejercen la patria potestad²²⁵, o en caso de negativa de

²²³ Art. IV del Título Preliminar del Código del niño y del adolescente: “[...] Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles [...]. La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia [...]. En caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas”.

²²⁴ Art. 51° del Código del niño y del adolescente: “[...] a) Quince años para labores agrícolas no industriales; b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y, c) Diecisiete años para labores de pesca industrial. 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional. [...]”. Art. 457° del Código Civil: “El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. [...] La autorización puede ser revocada por razones justificadas”.

²²⁵ Art. 244° del Código Civil: “Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento. [...] [Basta el asentimiento de un padre.] [...] [Si los padres no pueden prestar asentimiento] prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento. A falta de abuelos y abuelas [...] corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. [...] Los hijos

estos, siempre y cuando el menor tenga más de dieciséis (16) años, se puede pedir la autorización mediante la vía judicial²²⁶.

Por lo que puede entenderse que los padres pueden autorizar a menores de dieciséis (16) años a casarse, no obstante, no podrían autorizar a menores de catorce (14) a contraer matrimonio bajo ninguna circunstancia dado que estarían siendo parte del delito tipificado en el artículo 173° del Código penal²²⁷, el cual fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril del 2006; sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional peruano mediante expediente N° 00008-2012-PI/TC del 12 de diciembre de 2012.

Es por ello, que en base a ese artículo solo los menores mayores de catorce años podrían brindar su consentimiento sexual, y en ese sentido ningún menor que tenga menos de catorce (14) años podría casarse dado que el matrimonio trae consigo la capacidad humana de donarse por completo a la otra persona, no solo de manera espiritual, sino también en cuerpo, es decir, el que contrae matrimonio debe tener la capacidad de brindar su consentimiento sexual.

Para complementar, los menores de edad son considerados incapaces según el Código civil, los menores de dieciséis (16) años tienen una incapacidad absoluta²²⁸, salvo los actos determinados por ley y

extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna”.

²²⁶ Art. 241.1° del Código Civil: “[...] No pueden contraer matrimonio; [...] [l]os adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.”

²²⁷ No se considera violación sexual a la relación voluntaria que se mantiene con un(a) menor que sea mayor de catorce años, dado que se le reconoce la capacidad para dar su consentimiento sexual. E impide a un(a) menor que tenga menos de catorce años brindar ese consentimiento. (Cfr. Art. 173° del Código Penal: “El que tiene acceso carnal [...] con un menor de edad [será reprimido con pena privativa de libertad] [...] [s]i la víctima tiene [...] diez años [o menos] a menos de catorce [años de edad]”).

²²⁸ Art. 43.1° del Código Civil: “Son absolutamente incapaces: Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

los mayores de dieciséis (16) tienen una incapacidad relativa²²⁹. El mismo código recoge supuestos en los que el menor de edad puede ver cesada la incapacidad que se le señala²³⁰.

En concordancia, los menores de edad emancipados por el matrimonio no pierden nunca la capacidad que han adquirido, pero los emancipados por profesión u oficio puede perderla por circunstancias particulares, siendo que el menor emancipado puede por determinadas circunstancias volver al ámbito de la patria potestad, o el padre mediante la reactivación -de hecho- del ejercicio de la patria potestad frente al menor que se encuentra emancipado, pero que sus propias decisiones han puesto en riesgo el desarrollo que le es debido.

No obstante, si ambas partes no están de acuerdo puede llevarse esta situación a la vía judicial donde será el juez el que determine si el menor vuelve o no a la patria potestad, teniendo en cuenta que debe primar el principio del interés superior del menor, dado que a pesar que el menor se encuentra emancipado este no ha logrado la mayoría de edad, lo que quiere decir que debe seguir siendo protegido porque aún su proceso de desarrollo, formación de la personalidad y maduración no se ha completado.

Por ello, el menor puede ser titular del derecho de libertad religiosa de un modo pleno si se emancipa vía matrimonio, también de un modo pleno si lo hace por motivos económico, aunque en este segundo supuesto, si la vida del menor emancipado -por motivos económicos o incapacidad sobrevenida- corre riesgo es posible que vuelva a estar bajo el ejercicio de la patria potestad que respete el interés superior del menor o de la decisión judicial que garantice este principio teniendo como finalidad el pleno desarrollo del menor.

²²⁹ Art. 44.1° del Código Civil: “Son relativamente incapaces: Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad”.

²³⁰ Art. 46° del Código Civil: “La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos”.

En el caso de menores no emancipados, los menores no maduros deben ser guiados por los padres en el ejercicio de su libertad religiosa, respetando siempre el interés superior del menor; y en el caso de los menores maduros estos pueden ejercer su derecho de libertad religiosa de modo pleno desde los dieciséis años²³¹, edad en la que son capaces de disponer fines en su vida de modo perenne, dado que son capaces de firmar actos tan personalísimos e importantes en una comunidad política como lo es el matrimonio.

Si bien los menores de edad de catorce años pueden brindar su consentimiento sexual²³² y casarse con autorización de los padres, y mediante el matrimonio adquirir la capacidad plena del ejercicio de libertad religiosa. No podrían casarse sin la autorización paterna, y solo dejan de ser incapaces los mayores de catorce y menores de dieciséis si de su unión sexual han procreado un hijo, pero la capacidad que han adquirido es solo relativa a temas relacionados con el hijo que ha nacido, no es una capacidad plena.

El matrimonio sin autorización de los padres, recurriendo a la vía judicial es posible a partir de los dieciséis años, edad en la que es posible adquirir la capacidad jurídica plena en caso de emanciparse de la patria potestad, es por ello que es necesario establecer con presunción *iuris*

²³¹ Cfr. DÍAZ, O. *El derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 305-312.

²³² El 03 de abril de 2012 se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad y de otros derechos en relación al ámbito sexual. En definitiva, se pidió que se deje sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de catorce (14) a dieciocho (18) años. En consecuencia, el Tribunal Constitucional peruano declaró Fundada la demanda, y por ello, inconstitucional el artículo anteriormente señalado (Cfr. EXP. N° 00008-2012-PI/TC, del 12 de diciembre de 2012, F.J. 77 y parte Resolutoria N° 1). En ese sentido, se entiende que los menores de catorce años a más pueden disponer de su cuerpo para efectuar el acto sexual, y lo único castigable es que su consentimiento sea viciado mediante el engaño o seducción (Cfr. Art. 175° del Código Penal: “El que, mediante engaño tiene acceso carnal [...] [con] una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”).

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

tantum que la edad en que el menor puede ser considerado maduro es la de los dieciséis años de edad, momento en el que se pueden casar, y que por ello podrían disponer de libertad religiosa plena²³³. Teniendo en cuenta que, a esta edad, en el matrimonio, no brindan un consentimiento sexual temporal, sino una disposición de la propia vida de modo perenne, con una clara finalidad procreativa.

4. Admisibilidad de la objeción de conciencia a tratamientos médicos interpuestas por los padres en nombre de sus hijos menores de edad

4.1. ¿Conflicto de derechos?

La objeción de conciencia a los tratamientos médicos ha sido calificada como impropia debido a la particular naturaleza bilateral, cuando lo normal es que el ejercicio de toda objeción de conciencia sea individual y personalísimo. Sin embargo, la objeción de conciencia a los tratamientos médicos adquiere una mayor singularidad, dado que quien la pide es el padre en ejercicio de la patria potestad que ostenta en favor de su hijo, para que el menor no reciba el tratamiento médico, y en ese sentido, lo que está solicitando es la omisión de la conducta debida -en base a su deber deontológico- del médico que le exige resguardar la salud y la vida del paciente, formándose una estructura trilateral.

Por lo que dada la presente situación, ante este aparente conflicto del derecho a la salud y a la vida del menor, frente al derecho de libertad religiosa del mismo, debemos preguntarnos si lo que en este caso debe resguardarse jurídicamente es la libertad religiosa del menor ejercida por el padre, o si por el contrario es la salud y vida del menor -que el médico debe resguardar pero que este tipo impropio de objeción de conciencia le intenta restringir- la que debe ser resguardada por el Derecho.

²³³ El Dr. Oscar Díaz Muñoz alcanzó una solución similar para el caso español, en su libro publicado en el 2010, concluyendo que se le puede considerar menor maduro a un menor mayor de catorce años, dado que la legislación española desde esa edad, les permitía contraer matrimonio (Cfr. DÍAZ, O. *El derecho constitucional...*, ob. cit., p. 137). No obstante, en el 2015, mediante Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se elevó la edad mínima para casarse en España hasta los dieciséis años.

4.1.1. El derecho a la Vida

La importancia del derecho a la vida ha sido por muchos siglos algo innegable; debido a que se constituye como el eje o principio del perfeccionamiento humano. Pero, últimamente, se ha puesto en duda la importancia de este derecho, ya no de un modo aislado sino en sede judicial, siendo que algunos hasta han llegado a reclamar un derecho a la muerte digna²³⁴. Por ello, resulta necesario, esbozar una noción del derecho a la vida y hacer ciertas precisiones al respecto.

El derecho a la vida se refiere a un bien debido en justicia que consiste en el carácter de viviente de todo ser humano, y que desde su intangibilidad o inviolabilidad ha de respetarse a través de la acción u omisión de no causar la muerte injustamente a nadie, dado que de esa forma truncamos la consecución personal de bienes que llevan al perfeccionamiento a la persona²³⁵. En ese sentido, existe una exigencia de mantener vivo el cuerpo orgánico que significa el sustento físico de la persona. Por ello, todos aquellos actos que permitan la existencia de un cuerpo humano vivo, son bienes humanos. En consecuencia, puede hablarse del derecho a la vida como un derecho humano²³⁶.

Sobre este derecho a la vida, que también podemos llamar “derecho a la inviolabilidad de la vida humana” tenemos que empezar haciendo unas precisiones antes de poder llegar a un concepto. La vida de la cual se tiene derecho es la vida humana²³⁷. Consecuentemente, tendríamos que precisar que es un ser humano, en ese sentido, en el primer capítulo ya nos adscribimos a una definición básica, la cual contempla a la

²³⁴ Este supuesto derecho humano a la muerte digna se encuentra bajo la denominación de “autonomía vital”, la cual vendría a ser la libertad que tiene toda persona para conocer y decidir acerca de todas las implicaciones de un tratamiento médico, y determinar las condiciones y el tiempo que está dispuesta a aceptar un padecimiento irreversible, estando facultada por ello, a decidir la supresión del tratamiento que a su entender afecta su dignidad personal; produciéndose con ello la terminación anticipada, incluso asistida, de su propia vida (Cfr. CARPIZO, J. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 89).

²³⁵ Cfr. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J. *La dignidad...*, ob. cit., pp. 147-148.

²³⁶ CASTILLO, L. *Los derechos...*, ob. cit., p. 37.

²³⁷ Para mayores precisiones sobre el derecho a la vida puede ver: MASSINI, C., y SERNA, P. [Ed.], *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA, 1998. p. 12.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

persona humana como una realidad compleja e imperfecta que tiende a la perfección, y en consecuencia intenta satisfacer una serie de exigencias y necesidades a través de bienes humanos, que son los que perfeccionan su ser, que no son otra cosa que los derechos humanos.

El ser humano necesita bienes que le ayuden a perfeccionarse, en cierta forma el ser humano ya no necesita la vida, pues ella ya la tiene. Sin embargo, lo que necesita es tener seguridad de la inviolabilidad de su vida, la que le garantizaría un espacio adecuado para alcanzar su desarrollo; en ese sentido, la vida es un bien humano, en cuanto, le permite al hombre desarrollarse alcanzando cuotas de perfección. Por ello el contenido del derecho a la vida, sería la formulación de este espacio real socio-jurídico que garantiza la inviolabilidad de la vida humana, y, en consecuencia, el perfeccionamiento de la persona.

En consecuencia, podemos llegar a una noción básica de vida como el espacio temporal donde el ser humano es capaz de alcanzar cotas de perfección. Por lo tanto, el bien jurídico protegible es la vida humana en cuanto que es inviolable, para de esa forma asegurar el espacio temporal en que la persona es capaz de perfeccionarse. La vida es un derecho humano en cuanto bien jurídico, en ese sentido, al conservar una vida digna se logran alcanzar cotas de perfección.

El derecho a la vida es un derecho matriz y fundamento de otros derechos debido a que es el presupuesto para que puedan darse otros derechos, siendo así llegamos a la conclusión de que es un principio-derecho que permite asegurar la protección, es decir, la actuación positiva de parte de todos, también de parte del Estado, el cual debe garantizar su existencia. Por lo que puede concluirse que es el principio-derecho que busca informar todo nuestro ordenamiento asegurando el espacio-tiempo adecuado para poder desarrollar los demás derechos, en ese sentido, nos permite alcanzar cotas de perfección cada vez mayores.

No debe pretenderse extender la libertad humana de una forma legítima hasta incluir un supuesto derecho a privar la vida a otros seres humanos²³⁸. Por ello, el Tribunal Constitucional español ha señalado que

²³⁸ Cfr. SERNA, P. *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo*. pp. 23-79. En: MASSINI, C., y SERNA, P. [Ed.], *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA, 1998. p. 35.

no podría configurarse como un derecho de libertad a un derecho que incluya la propia muerte²³⁹. De esta manera hemos delimitando el concepto -y contenido- del derecho a la vida como el derecho a la inviolabilidad de la vida humana, es decir, no existe la posibilidad de que se intente introducir en este concepto la idea de la disposición de la vida o derecho a la muerte, por las visibles contradicciones que se presentan.

Concluimos que cualquier posible intento de incluir en el contenido esencial del derecho a la vida el derecho de disponer de ella sería contradictorio a su esencia, porque lo que garantiza el derecho a la vida es la prohibición de todo tipo de vulneración. El incluir un supuesto derecho a privar la vida humana solo se entiende como una comprensión defectuosa de la dignidad humana. No puede haber un derecho a la muerte, dado que es algo que no nos lleva a la consecución de cotas de perfección, sino que limita la obtención de las mismas.

El derecho a la vida es básico en todas las Constituciones. Pero, ¿quién es el titular de este derecho? A lo que se responde que *todos* tenemos derecho a la vida²⁴⁰. Pero, algunos se preguntan quiénes son todos, intentando incluir a los animales o buscando excluir al concebido o al embrión. Este debate no es posible en el Perú, dado que el artículo primero del texto constitucional peruano reconoce el derecho a la vida digna; y el artículo segundo reconoce el derecho a la vida²⁴¹, declarando efectivamente que los titulares de este derecho son las personas humanas.

El único conflicto que queda es saber desde cuándo y hasta cuando se es persona; por lo que nos resulta necesario recordar que nuestro texto constitucional protege al concebido así que podemos incluirlo en el concepto de persona. No obstante, por referencia a la actual investigación solo nos queda reafirmar que los menores de edad, en cuanto vivos, son personas humanas con plenos derechos y con la misma necesidad -que brota de su dignidad- de alcanzar la perfección; y en consecuencia son titulares plenos del derecho humano a la vida.

²³⁹ Cfr. STC 137 /1990, del 19 de julio. F.J.5

²⁴⁰ Art. 15º de la Constitución española: “Todos tienen derecho a la vida [...], [no pueden recibirse] tratos inhumanos o [...] pena de muerte [...]”.

²⁴¹ Art. 2.1º de la Constitución Política del Perú de 1993: “Toda persona tiene derecho: [...] A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. [...]”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

En este punto de la investigación, dada la importancia del derecho a la vida, resulta necesario de una manera breve analizar ciertos delitos que pueden calificarse como omisivos de resultado²⁴², es decir, que mediante una conducta de no hacer en una situación en que una persona necesita ayuda para preservar su vida, no recibe dicha ayuda de quien puede brindársela -lo cual tiene un mayor agravante en las situaciones que el que omite la ayuda cumplía un rol de garante-.

Por ello, debe quedar claro que un delito de resultado puede ser realizado no solo mediante un comportamiento activo sino también mediante uno omisivo, por lo que es igualmente punible el asesinar como el no prestar ayuda a quien la necesita para preservar su vida. Esta equiparación se da en virtud de un resultado que pudo haberse evitado si el omiso decidía actuar de manera activa para evitar los daños, muchas veces irreparables, de personas que se encuentran en una situación de necesidad. Situación que se vuelve más agravante cuando es la persona que ejercía un rol de garante el que omite prestar la ayuda debida.

En ese sentido, el médico que no aplica el tratamiento al paciente y este muere por ello, responde como autor del delito de homicidio en comisión por omisión, porque tiene una posición de garante que le obliga a cuidar la salud del paciente en mérito al contrato de asistencia médica. Por lo que el omitente ha de tener una posición de garante²⁴³ que le

²⁴² Art. 13° del Código Penal: “El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo, y 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”.

²⁴³ “Nuestro Código Penal [...] confiere relevancia jurídica [...] a [...] la omisión; [...] referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que [...] los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico, no estando todos [...] descritos por un tipo penal, es por eso que la doctrina reconoce la existencia de los delitos omisivos impropios, o llamados también de comisión por omisión [...], siendo preciso para ello constatar no solo la causalidad de la omisión sino también la existencia de un deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico, vale decir de un deber de garante” (Ejecutoria Suprema 25/08/99. EXP. 2528-99. Lima). Las posiciones de garante son: 1. Tener un deber jurídico que proteger

obligue a actuar y con ello evitar el resultado; de otro modo no sería posible imputarle el resultado²⁴⁴.

Al respecto, la norma penal no distingue entre un delito activo u omisivo, sino que lo que pretende es resguardar un determinado bien jurídico, por lo que dada las diferentes formas de vulnerar el bien jurídico que la norma penal intenta proteger, es entendible que por omisión también se puede cometer un delito, y la muerte es el mismo resultado; que así se haya producido por un comportamiento activo. De esta forma, en muchos casos la realización de un delito a través de un comportamiento omisivo es ya la realización directa del delito, tan igual como si se hubiese realizado mediante un comportamiento activo.

Para algunos penalistas, para sancionar por el delito de homicidio en comisión por omisión²⁴⁵ -al igual que otros muchos delitos- no es necesario acudir al artículo 13° del Código penal, pues la tipicidad del artículo 106° del mismo código no descarta que el homicidio pueda realizarse mediante un comportamiento omisivo, ni establece que se trate solo de un delito comisivo²⁴⁶. La ley no distingue entre delitos de comisión por omisión y delitos activos. Existen algunos delitos que solo pueden cometerse de manera activa y otros que solo pueden cometerse de manera omitiva.

en base al contrato, la ley o las estrechas relaciones personales, y 2. Tener que controlar una fuente de peligro propia, de terceros, o por injerencia.

²⁴⁴ Lo que también abarca a los padres, quienes en virtud de la Patria potestad tienen una posición de garante que les invita a tomar las mejores decisiones respecto a sus hijos, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

²⁴⁵ Cfr. ROXIN, C. [et al.]. *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Lima: Ara Editores, 2008. pp. 25-27.

²⁴⁶ Art. 106° del Código Penal: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”. No se ha previsto que la conducta que ocasiona el homicidio simple sea únicamente activa, sino que lo que se pide es que sea una conducta dolosa la que haya causado la muerte a otra persona (Cfr. EXP. N° 07-97-Lima). Es decir, no responde objetivamente por cualquier daño sino por el daño que quiso causar (Cfr. EXP. N° 1890-92-Ancash), privándole de la vida a otra persona, la que se constituye en sujeto pasivo y objeto material del delito de homicidio simple (Cfr. EXP. N° 1613-92-A-Puno). Por lo tanto, debe existir intencionalidad o *animus necandi*, sin importar si se trata de una acción u omisión el haber causado la muerte de la otra persona (Cfr. R.N. N° 4230-98-Puno).

Sin embargo, entendemos que la atenuación facultativa de la pena para el omiso tiene que ver con la culpabilidad del mismo. Postura a la que nos adscribimos, dado que la conducta activa tiene una clara finalidad y un determinado esfuerzo que no tiene una conducta omitiva que termina en delito, y de la que no se esperaba un resultado dañoso ni se han puesto los medios para obtenerlo, sino que lo que se ha hecho es no poner los medios para evitarlo cuando la particular situación de garante lo exigía. En ese sentido, la conducta omitiva del garante no busca un resultado delictivo, sino que deja venir el resultado²⁴⁷ o bien por una omisión negligente, o como es en el caso de la presente investigación, por una omisión justificada en razones de otra índole.

En el supuesto estudiado en la presente investigación tenemos que el profesional de la salud que no aplica el tratamiento necesario debido a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos presentada por el paciente menor de edad que haya alcanzado la madurez suficiente para el ejercicio personal de su libertad religiosa, o por lo los padres que pretendiendo ejercer sus derechos derivados de la patria potestad que les corresponde; no se exime de responsabilidad en caso el menor de edad llegase a fallecer, y se le consideraría responsable de homicidio vía comisión por omisión.

No le basta al médico responsable del caso clínico el haber obtenido la firma en que los padres reconocen que se les informo debidamente de la enfermedad y del tratamiento, y no obstante han decidido rechazarlo por motivos religiosos, sino que para librarse de responsabilidad en caso la muerte del menor llegase a producirse -y esta recaiga exclusivamente en los padres del menor- deberá en su posición de garante de la vida de su paciente menor de edad -el cual sigue corriendo grave riesgo que lo puede conducir a la muerte- de manera obligatoria informar a la junta médica del hospital donde ejerce su profesión, y también de manera obligada recurrir al juez autorizado para intentar revocar la decisión paterna -o del menor que ha alcanzado la madurez-, y de esta manera, poder aplicar con la debida autorización judicial el tratamiento médico idóneo y necesario para asegurar la vida del paciente menor de edad.

²⁴⁷ Cfr. GARCÍA, P. *Lecciones de derecho penal...*, ob. cit., pp. 450-463.

4.1.2. El derecho a la Salud

La Salud no es un privilegio, sino un derecho²⁴⁸. Nuestro Tribunal Constitucional señala que: “El derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. [...] Tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”²⁴⁹.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) estableció que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 menciona a la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado²⁵⁰. Asimismo, también se encuentra regulada como derecho humano en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵¹.

En este sentido, resulta lógico afirmar que la salud no lo es todo, pero sin ella todo lo demás es nada, dado que la salud es nuestro bien máspreciado. La salud tiene una importancia vital para todos los humanos, y es por ello que se ha constituido como un derecho fundamental que busca que la persona pueda estar preparada para disfrutar los diferentes bienes que la perfeccionen.

²⁴⁸ Art. 7° de la Constitución Política del Perú de 1993: “Todos tienen derecho a la protección de su salud [...]”. Art. III del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud [...]. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. [...]”.

²⁴⁹ EXP. N° 06057-2007-PHC/TC, del 19 de diciembre de 2006, F.J.6.

²⁵⁰ Art. 25.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, [...] la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]”.

²⁵¹ Art. 12.1° del el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Entendiendo al derecho a la Salud como lo indica el Art. 11.1° del el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “[...] [E]l derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado [...]”.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

El derecho a la salud otorga a las personas el derecho a acceder a los servicios de asistencia médica; pero, no significa un derecho a estar sano. La obligación estatal es de medios, no de resultado, dado que la buena salud depende, principalmente, de factores biológicos y socioeconómicos que son independientes de la voluntad de los países o de las personas. Este derecho obliga al Estado a garantizar a los ciudadanos la posibilidad de poder disfrutar la mejor salud posible. Esto significa que la salud dependerá de cada uno y que el Estado solo debe asegurar el mismo acceso a todas las personas a los servicios médicos.

Proteger a los menores es de suma importancia dado que generalmente se encuentran expuestos a más enfermedades o accidentes. Proteger la salud de los niños es contribuir a su desarrollo, dado que los menores necesitan disfrutar de la mejor salud posible. En cada etapa de su desarrollo los niños tienen exigencias y necesidades determinadas y riesgos a la salud diferentes, siendo que normalmente un niño que ha podido beneficiarse de los cuidados sanitarios apropiados alcanzará un mayor desarrollo debido a que disfruta de una mejor salud.

El derecho a la vida es un derecho matriz, y en su contenido abarca a otros derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud. Tratamos este derecho en virtud que a lo que se niega el objetor de conciencia a los tratamientos médicos es a realizar un tratamiento que pueda conservar su salud, o en el caso de estudio, la salud del paciente menor de edad que se encuentra bajo su patria potestad.

El derecho a la salud es el derecho a conservar nuestro propio cuerpo y su mente en buen estado y que los profesionales de la salud dispongan lo necesario para ese objetivo²⁵². Este derecho es parte del derecho a la vida en cuanto una buena salud garantiza el mantenimiento de la vida humana digna. Por lo que proteger la vida humana es proteger la salud de la persona y al proteger la salud de la persona se protege en última instancia la vida humana como presupuesto básico para el desarrollo de los demás derechos, es decir, como presupuesto del perfeccionamiento humano.

²⁵² Cfr. CASTILLO, L. *Los derechos...*, ob. cit., p. 38.

4.1.3. El aparente conflicto entre derechos

El presupuesto para aplicar la objeción de conciencia es la existencia de un aparente conflicto de derechos -un verdadero conflicto de pretensiones jurídicas-. En nuestro estudio, tenemos que por un lado se encuentra la pretensión jurídica del padre que en ejercicio de su patria potestad decide sobre la libertad religiosa del menor negándose a que este pueda recibir un tratamiento médico; lo que se encuentra en aparente conflicto con la pretensión jurídica del médico -basada en su deber deontológico- que busca asegurar la salud y vida del menor aplicando procedimientos médicos regulares -tratamientos médicos- que sean adecuados para sanar el padecimiento del menor-paciente²⁵³.

Clarificada la situación de conflicto de las pretensiones, vemos que el aparente conflicto de derechos se da entre el derecho de libertad religiosa del menor y el derecho a la salud-vida del menor, siendo que el primero es alegado por el padre en la objeción de conciencia y el segundo es alegado por el médico al querer obtener el consentimiento informado y aplicar el tratamiento que su deber deontológico y su *lex artis* le indican que debe aplicar para asegurar la salud y la vida del menor.

El médico tiene la obligación de asegurarse de que el paciente está tomando la decisión de aceptar los tratamientos médicos o de rechazarlos con la debida libertad y suficientemente informado; y también el paciente y sus familiares deben entender que el médico debe implementar algunas medidas para garantizar esto²⁵⁴. En ese sentido, todo el proceso de consentimiento informado debe realizarse entre el médico y su paciente, con la debida privacidad y en ausencia de terceros, aunque el paciente lo solicite; asimismo, el médico debe convencerse de que su paciente tiene una competencia suficiente para las decisiones que están en juego.

Por ello, el médico debe tener suficientemente claro que el paciente durante todo el período que dura su atención puede cambiar de opinión.

²⁵³ El tratamiento médico debe ir dirigido a curar una enfermedad, la cual sin dicho tratamiento pone en riesgo la salud y vida del menor. No se trata de tratamientos estéticos ni paliativos para enfermedades ante las cuales ya no existe una cura, ni de tratamientos médicos experimentales.

²⁵⁴ BESIO, M. y BESIO, F. "Testigos de Jehová y transfusión sanguínea. Reflexión desde una ética natural"; En: *Revista Chilena...*, ob. cit., p. 279.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

En ese sentido, aunque exista un documento escrito firmado por el paciente donde esté inscrita ya una decisión, esta se deberá considerar revocada ante la sola manifestación verbal, competente y privada del paciente. Finalmente, el médico deberá hacer todos los esfuerzos para asegurar la confidencialidad de la información recabada en la relación con su paciente, así como de todas las acciones que se le realizan.

Este tipo de objeción no debe entenderse como suicidio ni asesinato, pues el deseo es curarse, pero respetando su ideario religioso. No obstante, puede condenarse a los médicos y a los padres por faltar a su deber especial de asistencia, situaciones en las que debe tenerse como atenuante las convicciones religiosas que motivaron la decisión de los padres. Y en el caso del médico, éste no tendría que ser denunciado si ha obtenido la negativa -firmada- de los padres a dicho tratamiento.

No obstante, debido al interés superior del menor y al especial deber deontológico del médico, la actuación del profesional de la salud no terminará cuando obtenga la negativa al tratamiento, sino que es imperativo que estos profesionales recurran a la vía judicial para que el juez revoque la negativa de los padres y permita realizar el tratamiento médico que resguarda la salud, vida del menor y le permite seguir con su desarrollo o búsqueda de perfeccionamiento²⁵⁵. Si el médico ha seguido estas acciones no se le podrá denunciar por las consecuencias negativas que puedan darse como resultado de la objeción de conciencia.

Debe evaluarse la posibilidad de la existencia de un tratamiento alternativo, el cual deberá ser informado al padre para que en caso que tenga la posibilidad real de aplicarlo pueda trasladar a su hijo a el centro donde se lo apliquen, pero mientras eso no suceda -porque no existe un centro que lo aplique al que pueda ser trasladado sin poner en riesgo la

²⁵⁵ Art. 4° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud: “Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo [...]. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante [...]. En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces [...] negaren su consentimiento para el tratamiento [...] de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a [...] [al juez] competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos. [...]”.

vida del menor o por los altos costes económicos en los que se incurriría- el médico tiene la obligación de actuar con los medios que tenga a su alcance para preservar la salud y la vida del paciente.

Se puede encontrar cuatro supuestos de rechazo a los tratamientos médicos. El primer caso es el del adulto informado, el segundo caso es el del adulto inconsciente, el tercer caso es el del adulto con carga familiar y por último el caso del menor. En el caso del menor, que es el que fundamenta la presente investigación, tenemos tres supuestos, la del menor maduro, la del menor no maduro, la del menor emancipado por oficio -dado que el padre en ciertas situaciones puede revocar la emancipación- en base al interés superior del menor.

En el caso del adulto informado, dado que ha completado su maduración, el médico tiene que optar por actuar limitando su acción, y no aplicar los tratamientos médicos previamente recomendados, dado que el adulto informado ha actuado de pleno derecho en base a sus convicciones más profundas, y el médico debe respetar el ejercicio de su libertad religiosa²⁵⁶.

²⁵⁶ El caso paradigmático en la materia es el fallo de la Corte Suprema Argentina en el caso Bahamondez; quien era un Testigo de Jehová, mayor de edad internado en un hospital y que se negó a recibir el tratamiento médico de transfusiones de sangre. El tribunal de 1ª Instancia y la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia otorgaron la autorización para aplicar el tratamiento al interpretar que el derecho a la vida no es disponible y que dicha actitud equivalía a un suicidio lentificado. Ante la Corte Suprema el abogado del paciente afirmó que su mandante quería vivir no suicidarse pero que siendo consciente del riesgo que corría su vida prefería privilegiar su fe y sus convicciones religiosas; Este tribunal declaró abstracta la cuestión, no se pronunció porque para el tiempo en que el expediente llegó a la Corte, Bahamondez había obtenido el alta médica. Sin embargo, cuatro jueces de la Suprema Corte desarrollaron meritorias disidencias en dos grupos, fijando la posición del tribunal para casos similares, habida cuenta su función de garante supremo de los derechos humanos. Los votos de los Dres. Mariano Cavagna y Antonio Boggiano, por una parte y los votos de los Dres. Augusto Belluscio y Enrique Petracchi por otra. 1.- Los primeros apuntan al reconocimiento de la libertad religiosa que incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, siempre que no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Este voto se funda manifiestamente en el concepto de libertad religiosa y de la necesidad de respetar la dignidad de la persona. 2.- Los segundos subrayan el derecho a la intimidad e invocando fallos

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Un supuesto especial, en el caso del adulto lo configuran las situaciones de emergencia, en las cuales no se hace necesario recabar el consentimiento informado, debido que lo que prima es la necesidad inmediata de salvarle la vida a la persona²⁵⁷. La única excepción es si ha dejado de forma expresa su consentimiento, en ese supuesto el profesional de la salud debe hacer caso a esa manifestación previa y expresa por medio de la cual manifiesta su negativa en base a sus convicciones más profundas, es decir, expresa la negativa a la aplicación de cualquier tratamiento médico, pues esa manifestación tiene un rango de testamento vital²⁵⁸. La negativa de recibir el tratamiento médico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud.

El tercer caso es cuando un adulto tiene carga familiar. Puede aceptar tener la transfusión sanguínea vía una decisión libre o puede

norteamericanos (balancing test) afirman que el fundamento a la negativa de recibir los tratamientos médicos no puede ser restringida por la sola circunstancia que la decisión del paciente pueda parecer irracional a la opinión dominante de la sociedad. Tratándose el caso de un hombre adulto, consciente y libre, no cabía imponerle tratamiento que haga violencia a sus íntimas convicciones. (Cfr. RIVERA, J. “Jurisprudencia Argentina. Derechos Personalísimos: Objeción de Conciencia – Oposición a transfusiones sanguíneas”. En: *Revista AEQUITAS*. Año 2 N° 2. Ed. CIDDE. pp. 242-285).

²⁵⁷ Art. 3° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud: “Toda persona tiene derecho a recibir [...] atención [...] [médica] de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud. [...]”.

²⁵⁸ A diferencia de un testamento que son disposiciones para después de fallecida una persona, el testamento vital son disposiciones a tener en cuenta durante la vida de la misma; y puede ser definido como un documento donde se dejan dispuestas unas pautas de conducta a observar por los profesionales de la salud. Que tendrán efectividad potencial, pero real cuando no podamos manifestar nuestra voluntad con motivo de estar afectados por una grave enfermedad. De esta manera se reemplaza el consentimiento informado o la negativa a prestarlo, dado que expresamos mediante el testamento vital nuestra voluntad para la realización o no de determinadas intervenciones o tratamientos médicos, con anterioridad a que sean necesarios, adelantándonos es caso de encontrarnos en esa situación y no poder expresarnos al carecer de la capacidad de obrar necesaria para aceptar o rechazar los tratamientos propuestos (Cfr. RUIZ-RICO, G. [Coord.]. *Principios y derechos constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pp. 29-59).

aplicársele el tratamiento de la transfusión sanguínea contra su voluntad por su posición de garante de una comunidad familiar de la cual él es miembro responsable y sin la cual se vería seriamente afectada imposibilitando el desarrollo de los miembros de la familia. En ese sentido, el interés superior del menor legitima al juez a revocar la negativa a los tratamientos médicos debido su especial interés en salvaguardar la institución familiar, y con ella garantizar el desarrollo a los hijos menores de edad que dependen del padre objetor²⁵⁹.

²⁵⁹ El caso Gallacher fue resuelto por la Sala G de la Cámara Civil de la ciudad de Buenos Aires. Se trataba de una mujer adulta, Testigo de Jehová, enferma de leucemia aguda y con hijos pequeños a su cargo, que con el acuerdo expreso de su cónyuge se oponía a que se le realizaran transfusiones de sangre indicadas por los médicos. El Fiscal de Cámara entre otras consideraciones en su dictamen sostuvo que, desde el principio del proceso constitucional, el Estado Federal ha reverenciado lo que se ha dado en llamar el “hecho religioso”. Destacó la existencia de una voluntad real y lúcida y su deseo de seguir viviendo, pero no a costa del sacrificio de sus convicciones. A su turno el Asesor de Menores al dictaminar sobre el efecto que la decisión tendría sobre los hijos de la enferma sostuvo que los menores se encuentran en la alternativa de solicitar que su madre viva a costa de sus creencias, o que asuma hasta las últimas consecuencias su fe y entregue su vida; logrando de este modo para sus hijos, el ejemplo de una madre heroica que entrega su vida por sus convicciones. El tribunal citando el caso Bahamondez priorizó la objeción de conciencia, diciendo que el derecho de decidir la forma en que se pueda morir es un derecho personalísimo. En cambio, el derecho y la jurisprudencia norteamericana para resolver los casos de objeción de conciencia han diseñado el mecanismo que se denomina el balancing test. En consecuencia, una vez determinada la sinceridad de las creencias del accionante, corresponderá al demandado la carga de probar la existencia de un alto o compulsivo interés estatal que justifica la restricción de la libertad del accionante. Si no logra acreditar la existencia de este interés público superior o que existe un medio menos lesivo de la libertad del peticionante, el litigio se resolverá a favor del objetor. La doctrina quedó consagrada en la *Freedom Restoration Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos el 16 de noviembre de 1993, según la cual “el Gobierno no infringirá el libre ejercicio de la religión de un individuo, incluso cuando esa infracción resulta de una regla o norma de general aplicación” excepto que se demuestre que la restricción a la libertad del demandante es esencial para la promoción de un alto interés del Estado (compelling governmental interest) y es el medio menos lesivo para la promoción de dicho interés. De acuerdo a la doctrina del ballancing test, la solución que hubieran dado los tribunales norteamericanos en el caso Gallacher, hubiera sido diferente a la dada por la Cámara de Apelaciones de la Capital.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

En el cuarto caso se recibe un tratamiento dispar en las diferentes legislaciones. Existen dos posibilidades: La primera es que el menor tenga la edad suficiente para ejercer su libertad religiosa y la segunda es que no la posea, y dicha decisión queda en sus padres. En el caso que el menor tenga la edad suficiente para ejercer su libertad religiosa podríamos estar ante un menor maduro o emancipado; si estamos ante un menor emancipado debe precisarse si lo es por vía matrimonio -se le tratará como adulto- o si lo es vía un oficio o situación económica, dado que puede volver al ámbito de la patria potestad mediante el ejercicio de la misma, por lo que el menor podría impedir esto judicialmente.

Si nos basamos en teorías conflictivistas no tendríamos más solución que decir que en base a las jerarquías de derechos y de un razonamiento lógico que nos lleva a hacer una correcta jerarquización y/o ponderación al caso descubrimos que el derecho con mayor jerarquía en todos los supuestos sería el derecho a la vida.

Aunque la jurisprudencia argentina diga que el derecho que tiene mayor jerarquía es el de dignidad²⁶⁰, nosotros pensamos que el fundamento de los derechos humanos es la persona humana en cuanto que existe, y que la dignidad solo se predica de los seres humanos que poseen vida. No existe una muerte digna, solo existe la muerte en cuanto tal, ausencia de vida. Que la muerte sea digna significaría que alcanzaría cotas de perfección en la vida del hombre. Algo que es imposible, pues si el hombre muere no puede seguir perfeccionándose en su vida.

Pero no es así como pretendemos dar respuesta a esta situación. En el Perú no existe una jerarquía en los derechos constitucionales. Además, ningún derecho debe ser sacrificado si entendemos a la persona humana como una unidad que busca cotas de perfección así que no podrá

Ello así porque *según la jurisprudencia norteamericana, la existencia de hijos menores a cargo del objetor, es un supuesto en que el Estado interesado, como parens patria no puede permitir que una madre abandone a su hijo. Se considera que la enferma tiene la responsabilidad ante la comunidad de cuidar del menor y, por tanto, la comunidad está seriamente interesada en preservar la vida de la madre.* (Cfr. KEES, A. *El derecho a una muerte digna y la objeción de conciencia.* En: Segundas jornadas interprovinciales sobre responsabilidad civil del médico. Ponencia para la comisión N° 3).

²⁶⁰ Cfr. RIVERA, J. *Jurisprudencia argentina...*, ob. cit., pp. 284-285.

perfeccionarse en una parte de ella y no en la otra, si todos los derechos son bienes que la perfeccionan. En ese sentido, lo cierto es que existen derechos que son aplicables al caso concreto y otros que no lo son. Y esto no es porque se opongan o limiten entre sí. Sino porque lo único que hubo en conflicto fueron pretensiones de querer ejercer un derecho, que en una de las partes realmente no existía.

Si bien no podemos sacrificar derechos constitucionales debido a la unidad de la persona, tampoco podemos desconocer la naturaleza de nuestro texto constitucional, privándole de su normatividad y unidad. Debido a que cierta parte de la Constitución sería vinculante para el caso concreto, mientras que otra parte no lo sería. Si esto fuera así, resultaría que la Constitución tendría un contenido contradictorio, lo que sería algo ilógico, dado que el texto constitucional vincula por completo y debe entenderse con contenido no contradictorio²⁶¹. Es por esto que la Constitución debe interpretarse con un criterio unitario que siempre debe tener como referencia a la persona humana que constituye el principal criterio interpretativo de todo ordenamiento jurídico.

4.2. Entre una respuesta y una propuesta al supuesto de estudio

En el supuesto de estudio nos encontramos ante el conflicto de las pretensiones jurídicas del objetor de conciencia frente al médico. Este conflicto de pretensiones jurídicas se manifiesta como un aparente conflicto entre el derecho a la libertad religiosa del menor ejercido por el padre en virtud de la Patria potestad, frente al derecho a la vida y a la salud del menor que el médico intenta garantizar debido a su posición de garante y a los valores deontológicos que irradian su profesión.

En consecuencia, resulta necesario determinar qué pretensión jurídica tiene razón, es decir, cuál de los derechos se está ejercitando conforme a su contenido jurídico y cual pretende hacer un ejercicio extralimitado o abusivo del mismo, y, en consecuencia, se estaría desnaturalizando. Por ello, es justo preguntarnos si las partes están actuando en concordancia con el contenido jurídico de los mismos.

Por parte del médico, vemos que se encuentra realizando su labor típica, cuidar la salud de sus pacientes. Por lo que debemos centrarnos en

²⁶¹ Cfr. CASTILLO, L. *Los derechos...*, ob. cit., pp. 328-329.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

la figura del padre para descubrir si, en esa función típica, el médico al aplicar el tratamiento cometería un injusto jurídico, o si por el contrario la objeción elaborada por el padre consiste en un ejercicio extralimitado de la patria potestad y de la libertad religiosa del menor.

Para resolver bien estas preguntas es necesario volver a identificar las situaciones en que se divide nuestro supuesto base que es el padre objetando en conciencia su negativa a los tratamientos médicos aplicables al menor y que garantizarían la vida del mismo; las mismas que son:

1. La del menor no maduro -menos de dieciséis años de edad-.
2. La del menor maduro –entre dieciséis y menos de dieciocho años de edad-.
3. La del menor emancipado, sobre el que sus padres reclaman, expresa o tácitamente, que vuelva al ámbito de la patria potestad, debido a una situación de gravedad del emancipado.

La situación de emergencia no se encuentra en ninguna de las tres posibles situaciones de nuestro supuesto inicial, dado que ante esto ya existe una respuesta legal, que consiste en autorizar al médico a aplicar el tratamiento debido para asegurar la vida del menor. Ahora bien, ¿qué pasaría si el menor que entra por la puerta de emergencia lleva consigo algo que lo identifique como objetor de conciencia a determinado tratamiento médico o a los tratamientos médicos en general?

No existe la figura del objetor de conciencia en abstracto y por ello siempre debe analizarse y actuar conforme al caso concreto, por lo que no puede presumirse que la disposición hubiera sido la negativa a los tratamientos médicos. Sino que en una situación de emergencia debe prevalecer en la actuación médica el interés superior del menor²⁶², y dado que nadie es objetor de manera abstracta cualquier identificación en ese sentido de un menor de edad, dada la falta de capacidad que aún lo caracteriza, no impedirá la aplicación del tratamiento de emergencia necesario para salvar la vida del menor²⁶³.

²⁶² Numeral 3 de la Declaración de los derechos del paciente de la Asociación norteamericana de hospitales, del 6 de febrero de 1973: “El paciente tiene derecho de recibir de su médico la información necesaria para dar su consentimiento, [...] excepto en caso de emergencia [...]”.

²⁶³ Cfr. DÍAZ, O. *El derecho constitucional...*, ob. cit., p. 303.

En ese sentido, la situación médica que nos compete es una situación en la que el menor consciente o inconsciente tiene el riesgo de perder su vida -pero no es una situación de emergencia inmediata- en caso de que no se aplique determinado tratamiento médico. Además, se excluyen los casos referidos a la aplicación de tratamientos paliativos que solo buscan que el menor no sufra antes de morir dado que no existe cura posible, o experimentales²⁶⁴ de los cuales no se saben todas las reacciones que puedan derivarse.

Y también se excluyen los supuestos de tratamientos alternativos, dado que el médico al actuar conforme a la praxis médica se ha decantado por un tratamiento posible de acuerdo a las circunstancias concretas del centro médico donde se encuentra, por lo que no podría aplicarse en dicho centro médico un tratamiento alternativo. Pero, consideramos adecuado que el médico les informe a los pacientes los tratamientos médicos alternativos²⁶⁵ para que en caso que los pacientes puedan optar por ellos vean asegurada su salud sin tener la necesidad de objetar en conciencia al tratamiento que el centro médico puede brindar.

Si la objeción es frente a un tratamiento médico que puede ser reemplazado por un tratamiento médico alternativo al alcance de la economía familiar, no hay un conflicto, dado que la finalidad buscada por el médico seguirá siendo asegurada; y debe permitírsele a los padres llevar a su hijo al lugar donde se le aplique. Si los padres carecen de la economía suficiente para hacerlo, y si la situación impide el transporte del menor, tenemos que de modo concreto ese tratamiento médico alternativo solo es una posibilidad teórica, no práctica en esas circunstancias²⁶⁶, y el rechazo al tratamiento ordinario configuraría el supuesto de estudio de la presente investigación.

²⁶⁴ Numeral 9 de la Declaración de los derechos del paciente de la Asociación norteamericana de hospitales, del 6 de febrero de 1973: “El paciente tiene derecho a ser informado si el hospital se propone [...] [aplicar] experimentos [...] [que lo afecten]. [Asimismo, puede] [...] negarse a [recibirlos]”.

²⁶⁵ Numeral 3 de la Declaración de los derechos del paciente de la Asociación norteamericana de hospitales, del 6 de febrero de 1973: “El paciente tiene derecho de recibir de su médico la información necesaria para dar su consentimiento, [...] [asimismo, tiene el derecho a recibir información sobre las] alternativas médicas importantes para los cuidados, o tratamiento [...]”.

²⁶⁶ Cfr. DÍAZ, O. *El derecho constitucional...*, ob. cit., p. 303.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

La situación del niño menor de edad frente al conflicto de pretensiones que se suscita por la objeción de conciencia planteada por los padres frente al derecho a la vida y salud del menor, defendida por el médico, es realmente complicada. Por lo que debe verse en el caso en concreto si la libertad religiosa del menor se está ejercitando de manera adecuada y si la patria potestad ejercida por los padres está siendo ejercida conforme al interés superior del menor.

Respecto al ejercicio del derecho de la libertad religiosa del menor es válido entender que él es el titular de ese derecho, el mismo que puede ser ejercido con apoyo de los padres, en virtud a la patria potestad. Además, debido a que la madurez es un proceso, habrá ciertos menores que podrán ejercerla de manera plena sin la intervención de los padres y abiertamente contraria a las convicciones de los mismos, situación en la que los padres, ya no podrá intervenir, sino solo excepcionalmente.

Cuando, en nuestro supuesto de estudio, los padres se niegan a la aplicación del tratamiento médico a sus hijos menores de edad, fundamentándose en sus convicciones religiosas; se espera que el médico se dirija al juez, quien determinará la aplicación el tratamiento. Si el médico -o centro médico- no realiza este procedimiento puede ser acusado de la comisión por omisión de un delito, el que podría ser el de homicidio, en caso que el menor de edad pierda la vida. La misma sanción la pueden tener los padres.

La patria potestad se debe configurar como una salvaguarda de los intereses del menor. Por ello, son los padres quienes deben brindar su consentimiento para los tratamientos que asegurarían la vida de su hijo menor de edad, y en caso de una negativa, el consentimiento paterno puede suplirse mediante la intervención judicial²⁶⁷. El médico –en caso de no realizar dicho tratamiento o no pedir la intervención del juez- y los padres pueden ser declarados culpables de la exposición al peligro o abandono²⁶⁸ del menor debido a su posición de garante de su vida²⁶⁹, y no de la libertad religiosa expuesta por los padres.

²⁶⁷ Cfr. *Ibíd.* pp. 210-211.

²⁶⁸ Art. 125° del Código Penal: “El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud [...] a un menor de edad [...] bajo su cuidado, será reprimido con [una pena] no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

En esta situación será tarea judicial determinar si se puede o no aplicar un determinado tratamiento médico al menor, para lo cual se analizará si se encuentra al frente de un menor maduro o no, y también si el menor es emancipado o no. Por ello, al analizar el ejercicio de la patria potestad de los padres, el juez determinará que el padre es el guía del niño en motivos religiosos, pero nada justifica su intención de intentar vulnerar la vida ajena. Y como el menor no tiene madurez suficiente para ejercer su derecho de libertad religiosa. Tampoco tiene entidad suficiente para ser dañado por convicciones religiosas que no ha llegado a entender con plenitud y que el mismo no ha ratificado.

Por otro lado, el derecho a la vida contiene la obligación del cuidado de la salud, del cuerpo y de evitar cualquier afectación a la vida. De esta forma, el médico, garante del derecho a la vida, busca aplicar un tratamiento para evitar que el menor vea afectado su derecho a la inviolabilidad de la vida. Pudiendo como garante realizar el tratamiento médico siempre y cuando sea para el caso, único, idóneo y necesario.

El médico, sabe lo que le conviene a su paciente, pero no sabe si sus decisiones van a favor o en contra de los planes que ese sujeto enfermo se ha trazado; pero, siendo su deber velar por la vida del menor, le garantiza que cuando sea maduro será capaz de ejercer plenamente su derecho de libertad religiosa alcanzando mayores cotas de perfección.

Por lo que en conformidad con el caso Patterson, visto en la jurisprudencia estadounidense, podemos concluir que: “Los padres pueden ser libres, por razones religiosas, para ser mártires ellos mismos. Pero de ahí no se sigue que sean libres en idénticas circunstancias para hacer mártires a sus hijos, antes de que hayan alcanzado la edad de la plena discreción²⁷⁰”.

²⁶⁹ Art. 128° del Código Penal: “El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad [...] será reprimido con pena [...] no menor de uno ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de doce años de edad, la pena será [...] no menor de dos ni mayor de cuatro años. [...]”.

²⁷⁰ NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit., p. 130.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

En consecuencia, a todo lo expuesto hasta el momento, resulta necesario sistematizar las situaciones identificables de nuestro supuesto de estudio, e indicar las respuestas que deben darse a cada una de estas situaciones:

1. En los casos que la objeción de conciencia planteada por los padres sea respecto de menores de dieciséis (16) años, es decir, involucre a menores no maduros²⁷¹, se tendrá que escuchar al menor, pero su consentimiento o rechazo no será decisivo dado que no se trata de un menor maduro, por lo que deberá tenerse en cuenta la decisión de los padres en ejercicio de la patria potestad que le corresponde, la cual, guiada por el principio del interés superior del menor pondrá de manifiesto la finalidad tuitiva de la patria potestad y buscará garantizar los derechos que le corresponden al menor por ser persona humana.

En ese sentido, si el padre da el consentimiento se le aplicará el tratamiento médico al menor, pero sino lo da y plantea una objeción de conciencia al tratamiento médico recomendado el médico deberá recurrir al juez en caso no exista un riesgo

²⁷¹ En el caso A.Q., la Cámara Federal de San Martín (Argentina) intervino en un caso planteado a raíz de la negativa de los padres Testigos de Jehová a que se le haga transfusión de sangre a su hija recién nacida, en tanto dicho tratamiento era el indicado para salvarle la vida. La Cámara autorizó la transfusión sosteniendo que el Estado tiene derecho a intervenir “cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de un tercero. Afirmó que más allá del credo religioso o la ideología con que se intente justificar el hecho y aun cuando se pretenda hacer prevalecer los atributos de la patria potestad, debe tenerse presente que ésta última es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos, siendo contrario a los fines de la institución, prevalerse de ella para impedir que el menor sujeto a su imperio, reciba el tratamiento médico adecuado”. La Cámara puntualizó también que la libertad de conciencia u las acciones privadas que son su consecuencia tienen como límite el perjuicio a terceros, en este caso el hijo menor. a) En idéntico sentido, en un caso publicado en el ED 114-115 con nota de Bidart Campos, el Juzgado de 1ª Instancia Civil J,3 de la Ciudad de Buenos Aires -el 24.04.85- autorizó también la transfusión, advirtiendo que las convicciones religiosas de los padres, no las del menor, no pueden poner en riesgo la vida de este. (Cfr. KEES, A. *El derecho a una muerte digna y la objeción de conciencia*. En: Segundas jornadas interprovinciales sobre responsabilidad civil del médico. Ponencia para la comisión N° 3).

inminente y de difícil reparación en la salud-vida del paciente menor de edad, quien resolverá conforme el interés superior del menor²⁷²; caso contrario, si existe un riesgo inminente deberá aplicar el tratamiento propuesto siempre y cuando este sea único, idóneo y necesario.

Por ello, se debe cumplir con que otro médico certifique la necesidad del tratamiento y el riesgo que corre el paciente menor de edad; y que la persona que aplique el tratamiento sea alguien con experiencia en ese tipo de tratamiento médicos que resulta necesario para preservar la vida-salud del menor.

Por lo que se concluye, que un menor de edad no puede ser mártir de las convicciones que guían la vida del padre, es decir, debe dejarse que el menor de edad logre madurar para que recién pueda elegir de una manera madura las creencias religiosas que determinaran su vida.

2. El segundo supuesto es el de los menores de edad maduros, es decir, los mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18). En estos casos vemos que el menor de edad ha alcanzado una madurez que le hace posible oponer sus derechos frente a sus propios padres. En el ámbito de la libertad religiosa, tiene la capacidad de elegir unas creencias religiosas diferentes al propio padre. Por lo que, el médico deberá aplicar el tratamiento médico cuando un menor de edad maduro le brinde el consentimiento para la aplicación del mismo, sin tomar en cuenta la decisión paterna al respecto.

²⁷² El Interés superior del menor permite resolver aparentes conflictos de derechos cuando sean los derechos del menor los que se vean perjudicados, y reclama que se intenten garantizar todos los derechos que en cuanto personas le son reconocidos, entre ellos, el derecho de libertad religiosa, buscando que lo ejercite de un modo pleno, para lo cual le permitirá alcanzar la madurez -y por ello preservar su vida y salud- para que pueda ejercer de modo pleno el derecho de libertad religiosa y ordene su vida en base a sus convicciones. De esta forma, este principio se configura como un criterio delimitador de la actuación de la patria potestad, garantizando que los hijos menores puedan alcanzar su desarrollo pleno, es decir, que el menor pueda ejercitar sus derechos de una forma madura que lo perfeccione.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

Ahora, la excepción sería que este menor de edad maduro tenga alguna enfermedad que lo muestre como incapaz, a pesar de contar con la edad establecida para su madurez. No obstante, cuando no existe indicio de incapacidad el médico estará facultado para optar por aplicar el tratamiento con el solo consentimiento del menor de edad, sin tener en cuenta posibles negativas que puedan plantear los padres de este menor.

Pero, si el menor maduro se niega, no podemos argumentar que está ejerciendo de modo completo su derecho de libertad religiosa, sino que tendremos que recurrir a la decisión paterna que fundamenta en la patria potestad y guiada por el principio del interés superior del menor dispondrá que se le aplique el tratamiento médico necesario.

Sin embargo, cuando la negativa es doble, es decir, tanto del menor maduro como de los padres, el médico deberá recurrir a la vía judicial, no pudiendo actuar de modo directo, como en el caso del menor no maduro; dado que en el caso del menor se actúa de modo inmediato por ser el médico el garante de la salud-vida de un ser que no ha terminado de desarrollarse ni físicamente ni psíquicamente, por lo que no puede autodeterminarse su propia existencia en base a unos principios religiosos que aún no ha comprendido y adoptado como suyos.

Pero, en el caso del menor maduro, se debe esperar la decisión judicial dado que será el juez el que determine si realmente el menor maduro necesita seguir un proceso de desarrollo, y, por lo tanto, la negativa que plantea es injustificada y debe aplicarse el tratamiento debido; o será la decisión judicial la que descubra que el menor maduro ha logrado plenamente autodeterminarse religiosamente, y en ese sentido será aceptada su negativa a recibir determinados tratamientos médicos.

3. Respecto al menor emancipado, mientras siga emancipado debe tratarse como adulto. En caso que la emancipación se produzca mediante el matrimonio nunca volverá al ámbito de la patria potestad, pero si la emancipación ha sido a razón de un oficio o determinadas circunstancias económicas, es factible que el menor vuelva a la patria potestad. Este retorno lo

reactivará el padre fácticamente, siendo que el menor de edad puede oponerse o pedirla judicialmente.

Si la determinación judicial es a favor del retorno al ámbito de la patria potestad, se actuará siguiendo los postulados del menor maduro. Sin embargo, en caso que la determinación sea en contra del regreso a la patria potestad, se le pedirá al juez que determine si se le aplica o no el determinado tratamiento médico, y será la vía judicial la que determine si ha alcanzado la edad suficiente para que se le trate como adulto por estar emancipado, o si guiado por el principio del interés superior del menor, el juez decidirá la aplicación del tratamiento médico.

Dado que el menor emancipado por oficio debe seguir bajo la tutela general del estado en virtud del principio del interés superior del menor, porque si bien se le trata como adulto, debe tenerse en cuenta que aún no lo es.

Entonces, el médico siempre será garante de la vida-salud del menor, y la patria potestad, guiada por el principio del interés superior del menor, debe garantizarle el ejercicio efectivo de los derechos del menor. Por lo que el padre no podrá nunca solicitar este tipo de objeción de conciencia por sus hijos, si no hay un tratamiento alternativo.

El interés superior del menor constituye un límite a la patria potestad en el caso de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, dado que al estar en riesgo la vida del menor, el interés superior del menor que busca garantizar el pleno ejercicio de los derechos del menor que lo lleven a su perfeccionamiento debe dirigir la conducta de los padres en ejercicio de su patria potestad para que los hijos menores logren dicho perfeccionamiento por medio del ejercicio de los derechos que les corresponden, iniciando por el derecho a la salud y a la vida.

En ese sentido, también constituye un límite, dado que la patria potestad solo podrá oponerse al ejercicio del derecho de libertad religiosa del menor de edad en cuanto busque preservar la vida y restantes derechos conexos que necesita para su perfeccionamiento, en caso sea el menor maduro el que plantea la objeción de conciencia. Lo que se evidencia, en el caso que el menor maduro acepta el tratamiento, y el padre busca impedir que se le aplique, no teniendo cabida en este

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

supuesto la pretensión paterna. Esto se justifica en que la libertad religiosa es un derecho personalísimo, que el menor debe aprender a usar, por lo que se requiere la madurez necesaria para ello.

En consecuencia, los padres y la autoridad judicial deben buscar que el menor tenga la madurez necesaria para ejercitar este derecho, por lo que en los casos de los menores maduros cuando la negativa a los tratamientos sea por parte de ellos y de sus padres, será el juez el que juzgue el grado de madurez del menor mayor de dieciséis y menor de dieciocho, y en consecuencia decida si se le aplica el tratamiento médico o si ya alcanzo la suficiente madurez, para en virtud de su derecho de libertad religiosa rechace la aplicación del mismo.

Finalmente, tanto el médico -cuando la decisión recaiga en él-, el padre -al brindar su consentimiento o rechazo- y la autoridad judicial -al dar una respuesta ante el aparente conflicto- deberán actuar observando la situación concreta, es decir, deben apreciar la real madurez del menor, y sobretodo, deberán guiar su conducta garantizando la protección de los derechos que le corresponden en cuanto personas, es decir, deberán actuar respetando el principio del interés superior del menor.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.** - La dignidad es el respeto que merece la búsqueda de la perfección de la naturaleza humana; la que obtiene en virtud de los derechos humanos que le permiten un desarrollo individual y social, y que no deben ser desnaturalizados mediante un ejercicio abusivo de los mismos. Por ello, nace la ciencia del Derecho, como un medio de perfeccionamiento humano, que busca regular la convivencia garantizándoles a las personas los derechos que les corresponden. Por lo que son concretizados en leyes que regirán la vida social por quien tiene a cargo el cuidado de la comunidad.
- SEGUNDA.** - La ley que no respeta la dignidad humana, debido a que no garantiza grados de perfección a las personas y a la sociedad, puede ser tachada de injusta, y por tanto debe ser desobedecida. En ese sentido, todo análisis jurídico debe tener como principal criterio hermenéutico a la persona, en cuanto su dignidad, es decir, en cuanto pueda alcanzar su efectivo perfeccionamiento.
- TERCERA.** - La libertad religiosa es un derecho de doble titularidad, por un lado, tiene a la persona como titular individual que autodeterminará su vida en concordancia con la verdad religiosa alcanzada, y, por otro lado, tiene una titularidad colectiva ejercida por la confesión religiosa;

en ningún caso se trata de una libertad absoluta, por lo cual, tiene límites que buscan garantizar una justa y pacífica convivencia. Asimismo, es un principio orientador del Estado que promueve la no confesionalidad y la cooperación con las distintas confesiones religiosas.

CUARTA. - La objeción de conciencia es el mecanismo jurídico personal que pretende hacer prevalecer su derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión oponiéndose al cumplimiento de un deber jurídico legal o contractual. En ese sentido, el presupuesto para ejercer esta figura de naturaleza procesal es el conflicto de pretensiones jurídicas, aparente conflicto de derechos, donde una pretensión jurídica se ejerce adecuadamente, mientras que la otra pretende hacer un uso abusivo y extralimitado del derecho que alega, y lo terminaría desnaturalizando.

QUINTA. - La objeción de conciencia a los tratamientos médicos se da cuando el paciente, en base a sus convicciones religiosas, no brinda su consentimiento a un tratamiento que garantizaría su vida, a pesar de haber sido informado sobre el mismo y de la gravedad de su situación. En cambio, le pide al profesional de la salud, con el que mantiene un contrato de asistencia médica, que omita cumplir con su deber deontológico de procurar salvarle la vida. No se pide el consentimiento informado en una situación de emergencia. En el caso de los menores, son los padres quienes pueden brindar el consentimiento o rechazo al tratamiento, en ejercicio de la patria potestad; la cual es una institución jurídica que está formada por un conjunto de derechos y deberes dirigidos a garantizar el desarrollo de los hijos menores de edad.

SEXTA. - El principio del interés superior del menor indica que toda decisión que involucre a un menor de edad debe estar dirigida a su desarrollo efectivo, es decir, que pueda llegar a ser titular pleno de los derechos que le

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

corresponden en cuanto persona, lo que sucederá cuando alcance la madurez. En el Perú, se le considera maduro a un menor a partir de los 16 años, momento en que se le permite el matrimonio sin la autorización de los padres con lo cual alcanza la capacidad necesaria para actuar como un adulto.

SÉPTIMA. - El menor de edad no maduro no podrá decidir sobre su libertad religiosa y serán los padres los que brinden el consentimiento o rechazo hacia el tratamiento médico. En caso de rechazo del mismo, el médico como garante de su paciente menor de edad deberá pedir la intervención del juez, que, en base al interés superior del menor, decidirá la aplicación del tratamiento que le permite al menor seguir alcanzando la madurez necesaria para que en algún momento pueda ser titular pleno de sus derechos, incluido en ellos el de libertad religiosa. No obstante, ante un riesgo inminente el médico deberá aplicar el tratamiento siempre y cuando este sea único, idóneo y necesario, lo que será certificado por otro médico, además, el profesional de la salud que lo aplique deberá tener experiencia en ese tipo de tratamiento.

OCTAVA. - El menor de edad maduro podrá brindar el consentimiento al tratamiento, en caso de rechazo se consultará con los padres quienes pueden brindar su consentimiento o negarse al tratamiento. En este caso, el médico deberá pedir la intervención judicial. El juez evaluará si el menor ha alcanzado la madurez necesaria para ejercer su derecho de libertad religiosa negándose a recibir el tratamiento, o si aún es inmaduro y, por tanto, debe realizarse la intervención médica en base al principio del interés superior del menor. No se podrá aplicar el tratamiento sino se obtiene el consentimiento o la autorización judicial. Esto regirá sobre los menores emancipados en virtud a un oficio o trabajo, siempre y cuando se reactive la patria potestad; pero nunca en los emancipados vía el matrimonio los que para efecto jurídico son adultos de pleno derecho.

NOVENA. - Los padres no podrán negarse a un tratamiento médico necesario para preservar la vida de sus hijos si no hay un tratamiento alternativo que pueda ser aplicado en el caso concreto. El principio del interés superior del menor constituye un límite a la patria potestad en cuanto al ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, dado que no le permite una actuación abusiva ni extralimitada, sino que la dirige en la búsqueda efectiva del perfeccionamiento del menor, es decir, que el menor pueda alcanzar la madurez necesaria que le permita ser titular pleno de sus derechos, incluido el derecho de libertad religiosa. Es decir, este principio dirige al padre, al médico y al juez a velar por el desarrollo pleno del menor en la situación concreta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil*. [Vol. 4]. [10ª Ed.]. Barcelona: Edisofer, 2006. 343p.
- ALEXY, R. *La institucionalización de la justicia*. [Traducido por SEOANE, A. et al.]. [2ª Ed.]. 102p.
- ÁLVAREZ, A. *Repertorio legislativo y jurisprudencial de derecho eclesiástico español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; Oviedo: Universidad de Oviedo, D.L. 1998. 895p.
- BERMÚDEZ, M. *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011. 158p.
- BIDART, G. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad Autónoma de México, 1993. 444p.
- BLANCO, M. *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el derecho eclesiástico: perspectiva actual del derecho pacticio español*. Granada: Comares, 2008. 142p.
- BLAS, C. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003. 384p.
- BLOCH, E. *Derecho natural y dignidad humana*. [Traducido por GONZÁLEZ, F.]. Madrid: Dykinson, 2011. 557p.
- CALDERÓN, C. [Coord.]. *Observatorio de Derecho Civil*. [Vol. 2]. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2010. 287p.
- CARPINTERO, F. *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2004. 433p.
- CARPIO, L. *La libertad religiosa en el Perú: Derecho Eclesiástico del Estado*. Universidad de Piura. Lima, 1999. 397p.

- CARPIZO, J. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. Madrid: Dykinson, 2010. 159p.
- CASTAÑO, M. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Santafé de Bogotá: Temis, 1997. 461p.
- CASTILLO, L. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. [3ª Ed.]. Lima: Palestra Editores, 2007. 476p.
- Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley, 2008. 516p.
- El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. México, DF: Porrúa: IMDPC, 2008. 336p.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima: Palestra, 2012. 216p.
- Persona humana y derecho. Un diálogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*. México DF; Ed. Porrúa, 2014. 161p.
- DEL CASTILLO, C. *La privación de la patria potestad: criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2000. 198p.
- DÍAZ, O. *El derecho constitucional de libertad religiosa del menor*. Lima: Palestra, 2010. 424p.
- DOMINGO, T. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 402p.
- FERNÁNDEZ, C. *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Lima: Motivensa, 2011. 734p.
- Derecho y persona*. Lima: ENESLA, 1990. 106p.
- FERRER, J. [Coord.]. *Derecho eclesiástico del Estado español*. [6ª Ed.]. Pamplona: EUNSA, c2007. 325p.
- GARCÍA, J. *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*. Pamplona: EUNSA, 1979. 242p.
- GARCÍA, P. *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008. 823p.
- GASCÓN, M. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. 345p.
- GONZALEZ, A. *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann*. Pamplona: EUNSA, 1996. 142p.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

- GONZALEZ, J. *Derecho eclesiástico español*. [2ª Ed.]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1991. 399p.
- HERVADA, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Piura: UDEP Colección Jurídica, 1999. 221p.
- IBÁN, I., PRIETO, L., y MOTILLA, A. *Curso de Derecho Eclesiástico*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 1991. 536p.
- JIMÉNEZ, M. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Tecnos, 2011. 135p.
- LANDA, C. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2010. 408p.
- LLAMAZARES, D. *Derecho de la libertad de conciencia*. [2ª Ed.]. Madrid: Civitas, 2002.
- LOPÉZ, A. *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. 181p.
- LOPÉZ, J. *Historia de la Filosofía del Derecho clásica y moderna*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. 477p.
- LOPÉZ DEL CARRIL, J. *Patria potestad, tutela y curatela*. Buenos Aires: Depalma, 1993. 233p.
- MACLURE, J. *Laicidad y libertad de conciencia*. Madrid: Alianza Editorial, c2011. 162p.
- MALEM, J. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona, Ariel, 1990. 240p.
- MARTÍNEZ, A. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*. Lima: Palestra editores, 2010. 287p.
- MARTÍNEZ, C. [et. al.]. *Curso de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia*. [2ª ed.]. Madrid: COLEX, 2008. 435p.
- MARTÍNEZ, J. *El derecho a la honra, el derecho a la intimidad, la libertad de conciencia y la libertad religiosa, como límites y contenido de las libertades de expresión y de información*. Viña del Mar: Univ. Adolfo Ibañez. Facultad de Derecho, 1999. 41p.
- MASSINI, C. y SERNA, P. [Ed.], *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA, 1998. 293p.
- MENDONCA, D. *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*. Madrid: Tecnos, 2003. 93p.

- MENDOZA, M. *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores, 2007. 527p.
- MOSQUERA, S. [Coord.]. *El derecho fundamental de libertad religiosa: Terceras Jornadas Sobre Derechos Humanos*. Lima: Palestra Editores, 2014. 147p.
El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano. Lima: Palestra Editores: Universidad de Piura, 2005. 547p.
- MUÑOZ, A. [Ed.]. *Patria potestad y tenencia*. Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2012. 47p.
- MURO, M. *El código penal en su jurisprudencia: sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del código penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. 703p.
- NAVARRO, R. [et MARTÍNEZ, J]. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid: McGraw Hill, 1997. 247p.
Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia. Madrid: Iustel, 2011. 514p.
- OLLERO, A. *Un estado laico: la libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi: Thomson, 2009. 332p.
- PECES-BARBA, G. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. [2ª ed.]. Madrid: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas": Dykinson, 2003. 82p.
- PINO, G. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores, 2013. 264p.
- PRIETO, L. *Apuntes de teoría del Derecho*. [2ª ed.]. Madrid: Trotta, 2007. 331p.
- RADBRUCH, G. *Introducción a la filosofía del derecho*. [3ª ed.] México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1951-1965. 192p.
- RODRIGUEZ, R. *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1992. 141p.
- ROXIN, C. [et al.]. *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Lima: Ara Editores, 2008. 317p.
- RUBIO, M. [et al.]. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2010. 828p.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú

- RUIZ-RICO, G. [Coord.]. *Principios y derechos constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 637p.
- SÁNCHEZ, M. *La impropriadamente llamada de objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 303p.
- SHAH, T. *libertad religiosa: una urgencia global*. Madrid: Rialp, 2013. 187p.
- SPAEMANN, R. *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. EUNSA, Pamplona, 2000, 236p.
- TABOADA, R. *La objeción de conciencia*. Madrid: BAC, 1979. 29p.
- VARSÍ, E. *Derecho médico peruano: doctrina, legislación & jurisprudencia*. Lima, Grijley, 2006. 408p.
- Jurisprudencia sobre derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. 438p.
- Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley, 2004. 499p.
- VIDAL, M. *Bienes culturales y libertad de conciencia en el derecho eclesiástico del Estado*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 1999. 191p.
- VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy*. Buenos Aires: La Ley, 2004. 326p.
- YEPES, R. *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*. Pamplona: EUNSA, 1996. 516p.
- ZEGARRA, A. *Descubrir el derecho: las nociones elementales del derecho privado y del derecho público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores, 2009. 337p.