

**LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS POR LA COLISIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN MENORES DE EDAD
FRENTE A LA CREENCIA RELIGIOSA DE SUS PADRES O TUTORES: EL CASO DE LOS TESTIGOS DE
JEHOVÁ**

**THE LEGAL IMPLICATIONS FOR THE COLLISION OF RIGHT TO HEALTH OF MINORS AGAINST THE RELIGIOUS BELIEFS OF
THEIR PARENTS OR GUARDIANS: THE CASE OF JEHOVAH'S WITNESSES**

Antonio Jiménez Díaz¹

José Antonio Peña²

Erandini Donaxi Pinto Pérez³

Alfonso Martínez Allegre⁴

¹Doctorante en Derecho por la Universidad Panamericana. Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur. Departamento de Sociedad y Economía.

²Maestro en Ciencias Forenses. Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur. Departamento de Salud y Bienestar.

³Abogada por la Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur.

⁴Estudiante de la carrera de Abogado en la Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur.

Correspondencia: ajd988@gmail.com

Resumen: el Estado mexicano marca una pauta importante en su historia constitucional, plasmada en la reforma que tuvo lugar en el año 2011. Reconocer que los derechos humanos están sobre las propias normas del estado, extendió el panorama en la materia. Sin embargo, cuando los derechos humanos colisionan, es difícil deliberar. En el caso particular, existe por una parte el derecho humano a la creencia religiosa y, por otro los derechos a la vida y a la salud, que en caso de transfusiones sanguíneas o intervenciones quirúrgicas de menores de edad pueden llegar a generar conflicto, ello en razón de la interpretación teológica de los creyentes de la religión Testigos de Jehová. En el caso de los mayores de edad, queda patente el principio de autonomía de la voluntad, en el que cada persona puede decidir si admite o rechaza una intervención, sin embargo en el caso de los menores de edad, el planteamiento es distinto pues dado el grado de madurez psicológica, aquél no puede elegir y limitativamente la legislación interna hace un trato igual a todos los menores sin importar su edad o grado de madurez. El dilema implica a padres de familia y sus responsabilidades así como las consecuencias en caso de negar algún tipo de tratamiento y, la de los médicos que se encuentran constreñidos a preservar el derecho a la vida y la salud de los pacientes.

Palabras clave: Interés superior del menor, Testigos de Jehová, Responsabilidad Médica, Derecho a la Salud, Derecho a la creencia religiosa, Transfusión sanguínea.

Abstract: the Mexican State marks an important guideline in its constitutional history, embodied in the reform that took place in 2011. Recognizing that human rights are above the standards of the state, extended the panorama in the field. However, when human rights collide, it is difficult to deliberate. There is, on the one hand, the human right to religious belief, and secondly, the rights to life and health, which as in the case of blood transfusions or surgical interventions in minors can generate conflict, this in because theological interpretation of the believers of the religion of Jehovah's Witnesses. In the case of the elderly, the principle of autonomy is evident, in which each person can decide whether to admit or reject an intervention, however in the case of minors, the approach is different because, regardless of the degree of psychological maturity, they can not choose, and restrictively internal legislation makes equal treatment to all children, regardless of age or degree of maturity. The dilemma involves parents and their responsibilities as well as the consequences of denying any treatment, and the doctors who are constrained to preserve the right to life and health of patients.

Key Words: Best interests of the child, Jehovah's Witnesses, Medical Liability, Right to Health, Right of religious, Blood transfusion.

INTRODUCCIÓN

La transfusión sanguínea ha sido un tema de estudio desde hace cientos de años, las primeras prácticas de las que se tiene registro cobraron algunas vidas hasta que la transfusión de hemoderivados fue perfeccionada; después de la Segunda Guerra Mundial, los progresos en la materia no solo han arrojado resultados científicos, sino también en materia de

derechos humanos, en los que podemos observar una tendencia progresiva a generar compromisos y deberes de actuación del Estado para preservarlos, protegerlos y difundirlos. Es parte del núcleo duro de los derechos civiles, entre los que se encuentran los correlativos a la vida, la salud, y la libertad de creencia y práctica religiosa.

A medida que pasa el tiempo, la sociedad se vuelve más compleja y con ella la posibilidad de prever en el derecho positivo las problemáticas que puedan surgir; es el caso de la colisión de derechos que se suscita en instituciones de salud, tanto públicas como privadas, entre los pacientes que profesan la corriente religiosa “Testigos de Jehová” y la necesidad de practicar la transfusión sanguínea; en especial cuando el paciente que enfrenta la necesidad de dicha práctica es un menor de edad, quien debido a su incapacidad jurídica se encuentra bajo la tutela de sus padres, en quienes recae la decisión de otorgar la autorización de la transfusión de hemoderivados y que por motivos religiosos no extienden su consentimiento, colocando al personal médico en conflictos éticos con alcances jurídicos, pues por una parte existe el derecho a la vida y la obligación del médico a preservarla, el derecho a la salud, el interés superior del menor, el cual implica anteponer el bienestar de los niños, y el derecho a la libertad religiosa, que acompaña la autonomía del paciente, la cual es, reiteramos, representada por sus padres o tutores.

El problema expuesto, se hace latente en nuestra localidad, Zapotlán el Grande Jalisco, dónde la falta de ponderación de derechos al respecto, posiciona a los tres actores, médicos, padres y menores, en un dilema con alcances jurídicos.

ANTECEDENTES DE LAS TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS

El uso de la sangre nos remonta a civilizaciones antiguas en todo el mundo, romanos, aztecas y hebreos, creían obtener al momento de ingerirla o utilizarla en rituales, beneficios místicos; sin embargo, no es hasta el siglo XVII que se tienen registros de la primer transfusión sanguínea, probada con animales, la cual fue realizada por el anatomista Richard Lower, pero es hasta 1667 que el cirujano francés Jean Baptiste Denis, realizó con éxito la primera transfusión de una oveja a un hombre joven (Denis, 1668, pág. 313); no obstante esta práctica fue repetida en diversas ocasiones con desenlaces letales, lo que propició que el Estado prohibiera la práctica de la transfusión sanguínea hasta quedar en desuso. En el siglo XIX se retomaron los intentos de hacer transfusiones sólo en aquellas situaciones en que peligraba la vida de las personas, lo que trajo consigo la realización de muchos trabajos experimentales en ese campo, culminando con el logro el cirujano inglés James Bludell, titular de la primera transfusión entre seres humanos. El paciente en cuestión falleció a las 56 horas de haberse transfundido (Blundell, 1819, págs. 296-311).

Ésta práctica seguía siendo utilizada aunque los resultados no siempre fueron favorables, arrojando pérdidas humanas sin lograr perfeccionarse hasta la aportación de Karl Landsteiner en el año de 1901, médico austriaco que descubre los tres primeros tipos de sangre, con lo que pudo dar a conocer a la comunidad científica, que la razón por la cual la transfusión sanguínea era rechazada entre algunas personas se debía a la condición genética por sus grupos sanguíneos. Éste descubrimiento fue un paso de suma importancia en medicina, dando pauta a demás a investigaciones científicas al respecto. Así, entre los años 1914 y 1918, el anticoagulante *citrato de sodio* fue encontrado para prolongar la vida útil de la sangre y de la refrigeración, demostrando ser el medio efectivo para preservar la sangre. Esto permitió que en los años 20 y los años 30, la donación voluntaria de la sangre para el almacenamiento y el uso fueran comenzados. De manera más o menos simultánea, Edwin Cohn, desarrolló el fraccionamiento frío del etanol, un método de analizar sangre en sus piezas para obtener la albúmina, la gammaglobulina y el fibrinógeno, hoy conocidas como proteínas plasmáticas. (Mandal, 2016)

Como se puede ver, dichos progresos en la materia, permitieron que la transfusión sanguínea fuera perfeccionada, incrementando su práctica en gran medida durante la Segunda Guerra Mundial para tratar a soldados heridos, con ello se ganó el reconocimiento de ser una práctica que salva vidas.

ASPECTOS MÉDICOS

La transfusión sanguínea, a pesar de ser común en la actualidad, no deja de ser una práctica que requiere de cuidados y atención, es definida por la OMS como “La transfusión de productos sanguíneos seguros para tratar condiciones que conducen a morbilidad significativa o mortalidad y que no pueden ser prevenidas o manejadas efectivamente por ningún otro medio.” (OMS Organización Mundial de la Salud, 2001, pág. 27)

La administración de sangre y hemoderivados es una práctica habitual en los hospitales que ha demostrado ser totalmente eficaz y ha salvado a numerosas personas en todo el mundo. Junto a este hecho beneficioso, su utilización ha revelado la existencia de riesgos que deben ser tenidos en cuenta. Entre ellos destacan por su importancia y gravedad, la transmisión de enfermedades infecciosas (especialmente hepatitis C y SIDA), problemas inmunológicos y errores en su administración (reacciones hemolíticas). Aunque las normas de seguridad implantadas en los Bancos de Sangre han disminuido su incidencia a lo largo de los años, los riesgos todavía persisten. (Comité de Ética Asistencial (CEA) , 1999, pág. 5)

Con el objeto de reducir, a los mínimos posibles, resulta importante conocer los conceptos y las características físico-químicas y biológicas, así como un claro cuadro médico del paciente, a fin de lograr un balance entre los beneficios y riesgos que puede significar la transfusión sanguínea para el receptor. Comencemos por puntualizar: se conoce por sangre total, aquella que no ha sido separada en sus diferentes componentes, la sangre se forma en la médula ósea y se compone de diversas células y proteínas plasmáticas, cada una con funciones específicas. La importancia de la sangre se le atribuye al transporte de los nutrientes, electrolitos, vitaminas, anticuerpos, calor, oxígeno y células inmunológicas, sus principales componentes son: *plasma* dentro de la cual se encuentran suspendidos los *eritrocitos* o *glóbulos rojos*, encargados de transportar el oxígeno desde los pulmones al resto del cuerpo y *leucocitos*, conocidos también, como glóbulos blancos, los cuales asisten el sistema inmunológico y ayudan a combatir infecciones, los tipos de glóbulos blancos incluyen linfocitos, monocitos, eosinófilos, basófilos y neutrófilos. Y por último como células sanguíneas, las *plaquetas* o *trombocitos*, las cuales colaboran a la coagulación de la sangre.

La transfusión sanguínea, ya sea la sangre total o alguno de sus componentes, requiere de la autorización del paciente, un historial clínico y un diagnóstico médico meticuloso; existen, principalmente, tres situaciones clínicas en las que está indicada la terapia transfusional: 1. Para mantener o restaurar un volumen adecuado de sangre circulante con el fin de prevenir o combatir el choque hipovolémico. 2. Para mantener y restaurar la capacidad de transporte de oxígeno de la sangre. 3. Para reponer componentes específicos de la sangre, como proteínas plasmáticas o elementos formados (glóbulos rojos, plaquetas o leucocitos) cuyo déficit produce manifestaciones clínicas. (Salazar, 2003, págs. 3-7)

La transfusión sanguínea se administra vía intravenosa, el tratamiento completo suele durar aproximadamente de dos a cuatro horas atendiendo a la cantidad de sangre que el paciente necesita, procedimiento en el cual es de importancia, tomar las medidas y cuidados adecuados, a lo que se le atribuye la denominación de hemovigilancia, esto permite que se detecte, se tome registro y se analice la información relativa a lo que pueda generar complicaciones o problemas al momento de la transfusión.

Ésta práctica no solo requiere atención en aspectos técnicos médicos, sino también bioéticos. La bioética estipula cuatro principios, conocidos también como “criterios éticos mínimos” que son aplicables al ámbito sanitario, estos son: *no maleficencia, justicia, autonomía y beneficencia*. Con el fin de evitar conflictos entre la pluralidad ética, elemento individual reconocido en la edad moderna, y la conciencia única y obligatoria, modelo *beneficiario-paternalista*, la cual antepone el bienestar del paciente con o sin su consentimiento (Associació Catalana D'Estudis Bioètics, 2016).

COMPONENTE RELIGIOSO

La práctica de las transfusiones sanguíneas presenta, entre los conflictos ya descritos, una situación de carácter ética bastante compleja, debido a que algunos pacientes, por razones de carácter religioso, rechazan esa práctica y hacen énfasis en que a fin de poder realizarla requieren de la aprobación del paciente, colocando al médico responsable en una problemática bioética con alcances jurídicos, como es el caso concreto en los pacientes que profesan la corriente religiosa “Testigos de Jehová”.

La corriente religiosa “Testigos de Jehová” tiene su aparición en el año de 1879, fundada por el líder religioso Charles Taze Russell, quien tras un grupo de estudio bíblico consideró fundar su propia publicación “*Zion's Watch Tower and Herald of Christ's Presence*”, conocida actualmente como *Torre de Vigía o La Atalaya*” (Calzato, 2006, pág. 2). Es a partir de 1940 que dicha corriente alcanza su divulgación en casi la totalidad de los países del mundo, y en 1942, con su representante Natan Homer Knorr, que prohíben las transfusiones sanguíneas entre quienes profesan esta religión, asocian la transfusión sanguínea con la alimentación, es prohibida por considerarse sagrada fundando su afirmación en la interpretación estricta de algunos pasajes bíblicos del Viejo y Nuevo Testamento, tales como Génesis 9:3-4, en el cual se narra el consentimiento de Dios por ingerir carne, pero prohibiendo el consumo de la sangre “Todo lo que se mueve y vive, os será para mantenimiento; así como las legumbres y plantas verdes os o he dado todo. 3.- Pero carne con su vida, que es su sangre, no comeréis”; Levíticos 17:11-12, la prohibición del consumo sanguíneo es contemplada en la Ley de Israel por medio de Moisés; “Si cualquier varón de la casa de Israel, o de los extranjeros que moran entre ellos, comiere alguna sangre, yo pondré mi rostro contra la persona que comiere sangre, y la cortaré de entre su pueblo...Porque la vida de la carne en la sangre está, y yo os la he dado para hacer expiación sobre el altar por vuestras almas; y la misma sangre hará expiación de la persona, ... Por tanto, he dicho a los hijos de Israel: Ninguna persona de vosotros comerá sangre, ni el extranjero que mora entre vosotros comerá sangre”. Por su parte, el libro de Hechos 15:28-29. Hechos 28.- “Porque ha parecido bien al Espíritu Santo, y a nosotros, no imponeros ninguna carga más que estas cosas necesarias”, y por último Hechos 29.- “Que os abstengáis de lo sacrificado a ídolos, de sangre, de ahogado y de fornicación; de las cuales cosas si os guardareis, bien haréis. Pasadlo bien”.

Cuando tras el sacrificio de Jesucristo se mantiene en rigor la ley mosaica también conocida como Los Diez Mandamientos.

Por estas razones, quienes profesan la corriente religiosa Testigos de Jehová, niegan el uso de la sangre humana aun cuando se trate de fines médicos, considerando la transfusión de hemoderivados una falta a las reglas divinas, hecho que transfiere en la prometida reencarnación y salvación eterna.

Para quienes profesan como Testigos de Jehová, la carga moral religiosa se antepone a su salud si los medios para salvaguardarla trasgreden las reglas divinas, cuando los padres o tutores de menores de edad son quienes profesan ésta corriente, niegan a los médicos el permiso a que se practique en los niños a su cargo la transfusión de hemoderivados,

convencidos de hacerlo por el bienestar del menor.

A fin de lograr una crítica que nos permita deliberar entre el conflicto planteado, procedemos a desarrollar cada derecho en lo particular.

DERECHOS UNIVERSALES

El derecho a la salud, el interés superior del niño y el derecho a la libertad religiosa, son una realidad consagrada en nuestra Constitución y ordenamientos reglamentarios de ella; en el presente trabajo analizaremos el reconocimiento de dichas prerrogativas en la normatividad, de modo que nos permita valorar la exigibilidad y eficacia de las políticas públicas que aplica el Estado para garantizar el acceso universal a la salud de todos sus gobernados, exponiendo la perspectiva que adoptan respecto a los derechos en cuestión.

1.1.- Derecho a la Salud

El Derecho a la Salud representa uno de los máximos pilares de los Derechos Fundamentales jurídicamente tutelados, es la base para que otros sean plenamente gozados y disfrutados. Así mismo, es uno de los derechos sociales por antonomasia (Carbonell, 2014, pág. 853). Es entonces, un derecho esencial para el desarrollo humano de la sociedad, pues su goce pleno permite la adaptación de los individuos a su comunidad. Ante esta situación, los Estados están obligados a observar su cumplimiento, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 hasta hoy en día en numerosos Tratados Internacionales que han ratificado los Estados parte. El derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2002, pág. 419).

Cabe señalar que el derecho fundamental a la Salud debe distinguirse del Derecho a la protección de la salud, el primero abarca una protección general sobre el bienestar y salud de las personas, inclusive obligando a los particulares (hospitales privados o individuos) a su observancia. El segundo, se refiere principalmente a la obligación del Estado a desarrollar políticas y acciones que garanticen el goce del derecho a la salud, ya sea de manera preventiva o de su tratamiento cuando es afectada.

En México, el derecho a la salud es reconocido en su Constitución, facultando al Estado para otorgar servicios de atención médica a los ciudadanos, el artículo 4º de dicho ordenamiento establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y transfiere a la legislación en la materia (Ley General de Salud y sus reglamentos) las bases y modalidades para el acceso a estos servicios. Las autoridades, toda institución pública y privada asumen la obligación de tutelar la salud de los ciudadanos; por otra parte, asume la responsabilidad de evitar que este derecho sea transgredido directa o indirectamente.

Los médicos cirujanos son las personas autorizadas legalmente para ejercer la profesión de la medicina, la cual de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la lengua Española, es la ciencia y arte de prevenir las enfermedades del cuerpo humano, por lo que podemos afirmar que el máximo responsable de los tratamientos administrados para el cuidado de la salud es el médico; mientras tanto la figura del paciente asumirá un papel importante, tanto como receptor de los servicios, tratamientos y procedimientos para el cuidado de su salud, como un ente sujeto de derechos frente a los médicos, instituciones y el mismo Estado. El médico es entonces el garante inmediato del derecho a la salud de los gobernados. De esta manera podemos indicar que el personal médico que labora en cualquier institución de salud en México, está obligado a observar ciertos parámetros en aras de proteger dicho derecho; uno de ellos, consiste en proporcionar servicios de urgencia a

cualquier persona, lo cual se encuentra tutelado en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de servicios de Atención Médica, la cual prevé en su artículo 255 una sanción consistente en la clausura definitiva de los centros o establecimientos en los que se niegue la prestación de un servicio médico en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la integridad física de una persona.

De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como sus leyes reglamentarias y tratados internacionales suscritos y ratificados, en términos de los artículos 76, 89 y 133 de la Ley Fundamental, toda persona con independencia de sus posibilidades económicas o culturales, debe tener acceso a los servicios sociales de salud, y gozar de las garantías del Estado para hacerlo valer, sobre todo en caso de urgencia, por lo que cualquier hospital o establecimiento médico, debería proporcionar ampliamente los recursos necesarios para estabilizar la condición y salvaguardar la vida de un paciente en estado crítico; situación de importante observancia para el Estado.

Como podemos ver, el Estado mexicano contempla en sus ordenamientos jurídicos el derecho a la salud, no obstante, estamos conscientes de las dificultades que enfrentan las instituciones públicas, de modo que, sin intentar sobrepasar el objetivo del presente capítulo, consideramos que una de las causas originarias de este fenómeno, es la legislación en la materia, toda vez que los ordenamientos mencionados apenas contemplan el derecho a la salud en términos genéricos pero carecen de programas integrales que realmente tutelen los derechos de los ciudadanos. Un claro ejemplo de lo planteado se evidencia en la indicación de la Suprema Corte de Justicia, al sostener que la responsabilidad de la protección al derecho a la salud, es compartida entre el Estado, la sociedad y los interesados en recibirla, razonamiento que el pleno de la Corte vertió en una tesis jurisprudencial al respecto (Salud. El Derecho a su Protección conforme al Artículo 4°, tercer párrafo de la CPEUM es una Responsabilidad Social., 2008); si bien es cierto que las personas son responsables directas de su propia salud en un alto grado, la protección a este derecho debe contar con un sistema garante, efectivo y accesible; con programas y proyectos integrales y no solo en el derecho positivo.

Es menester mencionar que un factor que en apariencia incide en generalizar y aumentar los problemas de los beneficiarios de los servicios de salud, radica en que el paciente, en la mayoría de casos, acude a instituciones públicas, sin tener conocimiento de los derechos que le garantiza el Estado. Así las cosas, consideramos que independientemente de la legislación o de la efectividad en su aplicación, cualquier ciudadano o residente de los Estados signantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en particular, en el contexto latinoamericano del Pacto de San José de Costa Rica, debe ser atendido por el simple hecho de ser humano. Por ello, es ineludible e inaplazable la ejecución de políticas públicas que generen la difusión de los derechos a la salud y los deberes correlativos del Estado, de tal forma que se produzca una cultura de conocimiento de estos derechos en particular.

1.2 Interés superior del menor

Más que un derecho, el interés superior del niño es un principio, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. (Convención de los Derechos del Niño, 2016). Este principio ha sido adoptado dentro del marco de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, específicamente en su artículo 3.1 establece: “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.” En relación con este principio se ha establecido que se entiende por interés

superior de la niña, niño y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2007, pág. 10). Bajo estas premisas, podemos considerar que los Estados miembros de dicha Convención, deben adoptar medidas dentro de su legislación para atender a dicho principio, ya que por su propia naturaleza resulta flexible y adaptable a los contextos socioeconómicos de los países que han ratificado el pacto internacional; no sin antes mencionar, que dicho derecho puede estar sujeto a interpretación o la colisión con otros principios y derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior agregamos las características de este principio que refiere Bruñol:

“Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”. (Bruñol, 2016, pág. 14)

En México, el principio que aludimos se encuentra consagrado en el artículo 4° de la Carta Magna, el cual establece el interés superior de la niñez frente a cualquier otro en todo tipo de controversia, así como la obligación de toda autoridad de velar por los derechos de los menores y garantizar su cuidado y protección, en cuanto a su desarrollo físico, emocional, educativo, de salud, y de esparcimiento. En el año 2012, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano máximo del poder Judicial de la Federación, elaboró un documento titulado “Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes”, con el objetivo de esclarecer la interpretación del Principio de Interés Superior del Niño para los juzgadores y establecer reglas a seguir para su observación en todas las etapas del proceso judicial en las que intervengan menores y adolescentes, sin importar la materia de la que se trate ni la calidad en la que éstos participen, buscando materializar el objetivo deontológico del mismo principio.

1.3 Derecho a la libertad de Creencia Religiosa

El Derecho a la libertad religiosa es de gran trascendencia histórica, pues guerras y genocidios en siglos pasados fueron motivados y/o justificados por la intolerancia en cuanto a posturas religiosas, acontecimientos que dieron pie a que el reconocimiento de la libertad de creencia religiosa se convirtiera en el principal derecho que protegieron las primeras declaraciones de derechos humanos.

Actualmente, nuestro país reconoce el derecho a la libertad religiosa y con este la libertad de culto, así pues, cabe mencionar que la pluralidad de diferentes doctrinas religiosas es basta; por lo que resulta necesario que la legislación secundaria tutele de manera efectiva las acciones tendientes a respetar la libertad religiosa sin que merme en otro derecho fundamental. No obstante, al igual que en el derecho a la salud, las dificultades son tangentes y la ley no brinda una protección extensa y satisfactoria para dar solución a los conflictos que la misma diversidad suscita.

A pesar de tratarse de una minoría hablar del sector que profesa como Testigo de Jehová, cabe hacer énfasis en la falta de legislación o jurisprudencia que aborde de manera amplia la colisión de derechos de libertad religiosa con el derecho a la salud y la vida cuando dicho sector -Testigos de Jehová- obstruyen métodos terapéuticos que pudieran ser

necesarios para preservar la condición de una persona; es decir, los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países de Latinoamérica, abarcan otros aspectos o limitan la libertad religiosa cuando se mezclan o contraponen con otros derechos, tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza; pero existe una laguna al carecer de un criterio firme que ayude a deliberar en el problema planteado, hecho que coloca en estado de indefensión a profesionistas e instituciones que cargan con toda la responsabilidad en caso de ir en contra de un Derecho Fundamental tutelado.

La libertad religiosa solo es tutelada por el Derecho en el aspecto objetivo, son los actos materializados derivados de la libertad religiosa que la Ciencia del Derecho conceptualiza como prerrogativa humana, esos actos manifiestos en la vida exterior pueden ser sujetos de regulación jurídica; es decir, la libertad a la creencia religiosa existe con o sin el consentimiento del derecho positivo, es un hecho humano interiorizado imposible de regular, sin embargo, los actos derivados de este hecho intrínseco si puede y debe ser delimitado. Siendo así, resulta evidente que el conflicto planteado de los padres o tutores que comulgan con la corriente religiosa “Testigos de Jehová”, materia de estudio, debe ser de atención, la falta de preceptos y criterios legales sobre el tema es parte de la problemática a la cual se ve enfrentada la comunidad médica de manera continua, además de las afectaciones a los derechos de los niños.

Actualmente, uno de los retos de la diversidad en las sociedades plurales es la existencia de un mecanismo de gestión de los conflictos que se generan, como pueden ser el racismo, la desigualdad, la exclusión social y la xenofobia (Cosín Muñoz, 2010, pág. 349). Todos estos pueden emanar del culto de cierta religión, del cual se pueden generar otra variedad de dilemas como el que nos ocupa.

En México, la limitación al derecho de libertad religiosa lo establece la Constitución en el artículo 130, que consiste principalmente en la abstención de las organizaciones religiosas de intervenir en asuntos políticos o de proselitismo electoral, así como la expresión de ideas en contra de las leyes o sus instituciones en su propaganda; la Ley de Asociaciones religiosas y Culto Público en su primer artículo establece que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de la ley y que nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes; lo cual constituye claramente una limitante al ejercicio de objeción de conciencia. Sin embargo la ley no delimita el fin e inicio de peste derecho frente a otros.

De acuerdo al INEGI (INEGI, 2010) el 95.31% de la población mexicana profesa algún tipo de religión, esto es 107,073,992 creyentes en total, del cual 1,561,086 son Testigos de Jehová, lo cual representa el 1.45% de los que profesan alguna convicción espiritual. En los hogares censales donde el jefe de familia es Testigo de Jehová, el 64.2% de los integrantes de ese hogar comparten su creencia. Un total del 27.4% de los Testigos de Jehová son menores (niñas y niños) de 16 años; de este sector vulnerable el 7.7% son menores de 0 a 4 años, el 9.6% son de 5 a 9 años y el 10.1% son de 10 a 15 años. La información oficial de la que hacemos mención, consiste en el censo nacional realizado en el año 2010, sin que exista información más actualizada al respecto.

La Declaración de la ONU para Eliminar Discriminaciones en Materia de Intolerancia Religiosa señala en su artículo 1.3 que “La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Analizando las posturas de los países latinoamericanos al respecto, podemos concluir que todos se ajustan a los términos citados.

En el caso que analizamos, se debe establecer a que grado incurren en una conducta ilícita penal por omisión, los

padres de un menor que no permitan a éste realizarse una transfusión sanguínea por cuestiones de objeción de conciencia y libertad religiosa; e igualmente la posible responsabilidad profesional, civil o penal de los médicos dependiendo la determinación que adopten. En este sentido, si bien concordamos que el derecho a la libertad religiosa y todos sus componentes como la objeción de conciencia deben limitarse, la jurisprudencia y la legislación de los países latinoamericanos han sido omisos al adoptar una postura general en casos como el que analizamos.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES FRENTE A LOS MENORES

El término jurídico “responsabilidad” proviene del vocablo latino *respondere*, lo que refiere a la obligación de responder de alguna cosa o por alguna persona, la responsabilidad habrá de entenderse como la capacidad y obligación de responder por los actos propios u omisiones. Ahora bien, la responsabilidad en el presente capítulo será abordada desde la óptica de los derechos subjetivos del menor y la obligación de los padres o tutores de respetarlos y hacerlos valer. Generalmente cuando se habla de responsabilidad de los padres o tutores en relación con los menores, hablamos de responder por los actos realizados, además se analizará la responsabilidad penal por acciones que impliquen un daño a la salud o vida del menor.

Cabe cuestionarnos lo siguiente: ¿Qué es la responsabilidad Civil? ¿De dónde proviene entonces la responsabilidad de los padres o tutores frente a los menores? Siguiendo líneas de Manuel Bejarano Sánchez, responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo. (Bejarano, 2010) y para respondernos de dónde proviene, es necesario abordar una institución del Derecho Familiar, fuente de diversos derechos y obligaciones para quien la ejerce; esta es la Patria Potestad. Los antecedentes de dicha institución datan del derecho romano con la figura del *paterfamilie* y el imperio absoluto que este ejercía sobre sus hijos y su cónyuge, a quien se consideraba como un absoluto propietario los sus bienes y derechos de los menores, inclusive de su vida o muerte. Conforme evoluciona esta institución, el mismo derecho romano presentó avances significativos tendientes a proteger a los menores y obligar al paterfamilias a respetar la vida de estos; lo primero, al considerar un delito (parricidio) causar la muerte a un hijo. Así paulatinamente, se transforma y se atenúa el poder que ejerce el padre sobre los hijos; ya para las escuelas de derecho francés, la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre.

Actualmente definimos la patria potestad, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil del Estado de Jalisco, como *la relación de derechos y obligaciones que recíprocamente tienen, por una parte el padre y la madre, y por otra, los hijos menores de edad no emancipados o mayores incapaces, cuyo objeto es garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, su guarda y custodia y representación legal*; así mismo, dentro del mismo ordenamiento se estipula que la patria potestad será ejercida por ambos progenitores, o en su caso el supérstite.

Del ejercicio de esta institución, se desprenden diversos aspectos, como la guardia y custodia de los bienes de los menores, o la obligación de educarlos en su conveniencia; pero sin duda la más importante, es el respeto a sus derechos y la obligación de los progenitores del cuidado de su salud y desarrollo óptimo; sobre todo cuando el menor es un infante. Por lo que podemos asegurar que los menores sujetos a patria potestad serán velados en su cuidado y bajo un estricto respeto a sus prerrogativas, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor consagrado en la Convención Sobre los Derechos del Niño y en nuestra Constitución.

Siendo así, podemos asegurar que existe responsabilidad de los padres en cuanto al cuidado y protección de los derechos de los menores, siendo de suma importancia respetar el derecho a la vida y a la salud de los mismos. Así mismo,

podemos afirmar que dicha responsabilidad, es consecuencia del ejercicio de la patria potestad que ejercen los progenitores sobre sus menores hijos; que si bien esta institución les otorga ciertos derechos sobre ellos, como el educarlos bajo sus valores y conveniencia, el derecho y facultad a corregirlos; la guardia, administración y custodia de sus bienes; todos estos deberán ejercerse vigilando en todo momento el respeto a sus derechos fundamentales. Igualmente, aquellos que ejerzan la patria potestad y por sus decisiones o acciones trasgreden el derecho a la vida o la salud de sus menores hijos, podrán ser sujetos de responsabilidad penal y a la pérdida de la patria potestad; pues sin duda alguna, esta es una institución de interés público que regula las relaciones entre padres e hijos en tanto éstos no han alcanzado la mayoría de edad y *no son capaces de bastarse a sí mismos*. (Rocha, 2013).

Dicho lo anterior, cabe distinguir el tipo de responsabilidad en que pueden incurrir los padres o tutores a la negativa de intervenciones médicas que requieran transfusiones sanguíneas en el caso de incurrir en acciones que causen una afectación a la vida o la salud del menor.

El interés superior del menor implica responsabilidad en diversas materias para quienes ocasionen un agravio al niño. Tanto padres como médicos incurrirían en responsabilidad por el daño a la salud del menor, mientras que la responsabilidad civil del profesional de la salud recae en la obligación de resarcir el daño causado, como se analizará posteriormente, la responsabilidad civil que enfrentarían los padres o tutores se desprende de su obligación conducente a la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados al menor; puesto que este se encuentra bajo el ejercicio de la patria potestad de quien produce el daño, la consecuencia de este acto sería la pérdida de la misma y los efectos colaterales que esto conlleva. Bajo las reglas que establece el Código Civil del Estado de Jalisco, la patria potestad puede acabarse, perderse o suspenderse; respecto a la pérdida, en los siguientes supuestos:

Artículo 598.- *La patria potestad se pierde:*

- I. *Cuando quien la ejerce comete algún delito intencional que afecte a la persona menor de edad o a su patrimonio; o consienta que terceras personas lo cometan;*
- II. *Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a su pérdida;*
- III. *Cuando quien la ejerce, tenga conductas nocivas para la salud físico o psíquica de la persona menor de edad aunque tales no sean penalmente punibles, o consienta que terceras personas las realicen*

La negativa de los padres a que su menor hijo reciba una transfusión sanguínea, aparentemente podría encuadrar en las fracciones I y III del citado artículo, dependiendo del contexto y de la situación en particular. Por lo que entonces, una decisión precipitada que resulte en la afectación grave de la salud del menor, podría ser motivo de la pérdida de la patria potestad. Es menester mencionar que la pérdida de la misma en cuanto a la fracción I del artículo mencionado, será decretada por el juez de lo penal que conozca del proceso; en cuanto a la fracción II y III, y será dictada por juez civil.

No obstante, también incurrir en responsabilidad penal, ya sea de manera independiente o simultánea a la pérdida de la patria potestad, siendo necesaria una sentencia de índole criminal para decretar la pérdida de este ejercicio de acuerdo a la fracción primera del artículo citado. Entonces, ¿Qué es la responsabilidad penal? La conjugación gramatical “responsabilidad penal” refiere la consecuencia jurídica de la violación de la ley penal por un sujeto activo, y frente a la anterior, depende que esa conducta este tipificada y sea probada. Es decir, la persona que vulnere un deber de conducta previsto por el derecho penal debe afrontar sus consecuencias. Dichas consecuencias se imponen al individuo cuando se le

encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de este, implica entonces, la sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido.

En caso de producirse una afectación a la salud del menor, sin que este muera, la conducta podría ser tipificada como *Violencia Intrafamiliar* según el Código Penal del Estado de Jalisco, el cual nos indica:

Artículo 176-Ter. *Comete el delito de violencia familiar quien infiera maltrato en contra de uno o varios miembros de su familia, tales como cónyuge, pariente consanguíneo hasta cuarto grado, pariente afín hasta cuarto grado, concubina o concubinario.*

Para efectos del párrafo anterior, se entiende por maltrato los actos u omisiones que causen un deterioro a la integridad física o psicológica,....

Recordemos que los delitos pueden ser dolosos o culposos, en el caso que nos ocupa, la conducta se adecuaría un delito culposo, ya que en el ejercicio de la patria potestad y siendo el menor incapaz de tomar una decisión o por encontrarse inconsciente, serían los padres quienes se opusieran a que el menor recibiera una terapia transfusional, lo que podría implicar consecuencias negativas en su salud. En el caso de que el menor muera, el delito sería el de homicidio (o parricidio) culposo. Cabe reiterar la gravedad y urgencia de la situación, ya que en muchas ocasiones puede optarse por tratamientos diferentes a una transfusión sanguínea sin que esto afecte a la salud del menor y sin que exista la colisión de derechos ni implicaciones jurídicas.

El caso de los Testigos de Jehová es de especial tratamiento, puesto que ellos fundamentan esta negativa bajo el argumento de su ejercicio de objeción de conciencia, derivado del derecho a la libertad de creencia religiosa, creando entonces, una posible colisión de derechos fundamentales entre los sujetos de la patria potestad. Por lo que el tópico planteado debe analizarse en aras de respetar el principio del interés superior del menor y evitar a toda costa la colisión de derechos o consecuencias mayores de índole civil (pérdida de patria potestad) o penal.

Es importante mencionar, un principio que ha sido acogido internacionalmente y que aún no se refleja en el derecho positivo de nuestro país de manera efectiva, este es el principio de *autonomía de los menores*, el cual pretende que el ejercicio de la patria potestad y la relación de los menores con sus padres, sea de manera recíproca; atienda a la evolución intelectual y a la madurez del menor; que estos adquieran conocimientos para la toma de decisiones sobre su salud y educación y que aumente gradualmente hasta el punto de ser capaces de asumir responsabilidades por las decisiones que afecten su desarrollo. Los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconocen a los niños como sujetos de derechos y partícipes activos en la toma de las decisiones que les conciernen, de manera que ejercen sus derechos de forma progresiva en la medida en que desarrollan un nivel de autonomía mayor, lo cual se ha denominado "evolución de la autonomía de los menores". (Evolución de la autonomía de los menores. Fundamento, concepto y finalidad de ese principio., 2015)

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS EN EL CASO TESTIGOS DE JEHOVÁ.

Hemos dicho, que la responsabilidad habrá de entenderse como la capacidad y obligación de responder por los actos propios u omisiones. Por su parte la responsabilidad profesional médica, es una sub especie de la responsabilidad profesional, que a su vez es especie de la responsabilidad, siendo esta última el género. (Fabela, 1998). Partiendo de la premisa que un médico es el profesional de la salud legalmente autorizado por el Estado para ejercer la medicina, podemos definir la responsabilidad profesional médica como *la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las*

consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. (Calabuig, 1991). En este sentido, en el caso que nos ocupa de los menores de edad con padres o tutores que profesan como Testigos de Jehová, ¿pueden incurrir en responsabilidad los médicos que realicen o no prácticas de transfusión sanguínea con o sin el consentimiento de sus padres o tutores? ¿En qué términos estaría obligado el médico a reparar el daño causado por sus actos u omisiones?

La responsabilidad profesional médica tiene íntima relación con el ya abordado Derecho a la Salud, tutelado por la Constitución y los Tratados Internacionales; el médico es responsable de la salud de los pacientes que acudan a sus servicios, mientras que el Estado es quien garantiza el acceso a la misma. Por lo tanto, el médico al cuidado de la salud, debe ser diligente en su actuar y apegado a un estricto principio ético y profesional, quizá con una exigencia mayor a cualquier otra profesión en el mundo debido a sus alcances, pues la vida y salud de las personas que estén en su cuidado directo, dependen de sus conocimientos y de sus decisiones. Entonces, podemos aseverar que el profesional de la salud responsable de hacer o de no hacer una terapia transfusional a un menor de edad, puede ser sujeto de responsabilidad en caso de no conducirse bajo los parámetros establecidos por la ley, ocasionando una afectación en la salud del menor. Los términos en que dicho detrimento debe repararse pueden variar, pues el afectado puede ser directamente el menor y en algunos casos únicamente los padres; dicha variación también deriva de su fuente legal, ya sea *administrativa, civil o penal*. Un factor fundamental en la responsabilidad profesional médica a definir es la culpa. Siempre presente en la atención médica de acuerdo a la conducción del profesional de la salud, del cual puede resultar un daño o menoscabo a la integridad del paciente, y este se puede deber a negligencia, impericia o imprudencia. (Mariñelarena, 2011).

En el contexto que nos ocupa sería muy poco probable que el médico se condujera con dolo, predominando entonces la culpa como el elemento de la responsabilidad en el actuar que ha producido el daño; entendiendo que *la culpa se manifiesta como consecuencia de una falta de cuidado o porque se ha procedido con imprudencia, negligencia, incuria o torpeza.* (Sanchez, 2010).

Analizaremos entonces, los tres tipos de responsabilidad en que puede incurrir un médico, los cuales siguen la fuente legal de donde proviene la obligación de conducirse bajo ciertos parámetros.

1.1 *Responsabilidad Administrativa.*

La responsabilidad administrativa se desprende de las faltas a los preceptos establecidos por la Ley General de Salud, sus reglamentos y demás disposiciones que derivan de dicha ley, los cuales refieren a la forma en que deberá prestarse el servicio médico, por lo que las consecuencias, sin tomar en cuenta el daño al paciente, sino la atención médica, serán de carácter administrativo, que consisten de conformidad al artículo 417 de la Ley General de Salud, en amonestaciones con apercibimiento, multa, clausura temporal o definitiva, las cuales podrán ser totales o parciales e incluso arresto hasta por treinta y seis horas.

Independientemente del daño a la salud que pueda sufrir un paciente, como consecuencia de las acciones del médico, se puede incurrir en responsabilidad administrativa con la simple contravención a los reglamentos de la Ley General de Salud; en el caso que nos ocupa, tratándose de tratamientos de transfusión sanguínea, el personal de los hospitales tiene que observar lo establecido por el artículo 81 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica:

“En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el

documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización. Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico”.

El documento que refiere el artículo citado, es donde el paciente autoriza los procedimientos médico quirúrgicos con fines de diagnóstico y terapéuticos de acuerdo al padecimiento diagnosticado, también conocido como “consentimiento informado”. Ante esta situación, entre otras, el personal médico puede encontrarse en dos supuestos generales: El tutor del menor que requiere un procedimiento de transfusión sanguínea no autoriza que se lleva a cabo aun cuando la vida de este dependa de ello, argumentando cuestiones religiosas (Testigos de Jehová); el segundo supuesto, cuando a vista de la grave situación de salud del menor, no hubiera tiempo suficiente para recabar la autorización de los padres, familiares o tutores para llevar a cabo un procedimiento que pudiera contravenir las prácticas religiosas del paciente y/o los padres. Cabe reiterar, que independientemente de lo que ocurra con el estado de salud del menor, el hecho de no observar el procedimiento que emana del artículo citado por parte del personal médico, será motivo de sanción por responsabilidad administrativa.

Cabe agregar, que cuando se trate de profesionistas que ocupan un cargo dentro del Sector Salud, se entiende que estos tienen el carácter de servidores públicos, y por ello podrán ser sancionados en términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, resultando acreedores de sanciones que pueden consistir en la destitución y/o inhabilitación para volver a desempeñar un cargo público.

1.2 Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil, a diferencia de la administrativa, supone necesariamente, la existencia de un daño, ya sea de tipo patrimonial o moral, es decir, este elemento constituye un requisito *sine qua non* para su configuración, de modo que en la responsabilidad civil cuenta con los siguientes elementos “que se cause un daño, que alguien haya causado ese daño procediendo con dolo o con simple culpa y, finalmente, que medie una relación de causalidad entre el hecho determinante del daño y éste último” (Villegas, 1994). Esta responsabilidad crea daños y/o perjuicios, entendiéndose por el primero la afectación directa y consumada al patrimonio o bienes de una persona, y el perjuicio como la privación de una ganancia ilícita. Las sanciones derivadas de estas faltas son previstas por la legislación civil, la cual estipula las indemnizaciones a las que se verán obligados los médicos, las vías para reclamar la responsabilidad civil son judiciales o de amigable composición, en la cual interviene la vía de conciliación y arbitraje la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

El código Civil del Estado de Jalisco, establece la obligación de reparar el daño causado, a toda persona que actuando ilícitamente (por ejemplo: en contra de lo dispuesto por los reglamentos de la Ley General de Salud) ocasione un daño a otro:

Artículo 1387.- El que obrando culpable e ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Mencionadas las características de la responsabilidad civil, podemos asegurar que el médico responsable de aplicar

una terapia transfusional a un menor de edad con padres o tutores profesantes de la religión que nos ocupa, puede ser sujeto a responsabilidad civil, solamente si su conducta reúne los elementos mencionados, es decir:

1. Que su actuación sea en contravención de un reglamento derivado de la Ley General de Salud o de la institución para la que presta sus servicios.
2. Que dicha actuación genere una afectación a la salud del menor o en su caso a la creencia religiosa de los padres o tutores.
3. Un nexo causal entre la actuación del personal médico y la afectación producida.

1.3 Responsabilidad Penal.

El derecho penal descansa en la idea de un valor colectivo que el Estado debe proteger y que genera para el autor de la conducta reprochable, una sanción represiva, como puede ser, entre otras, la pena de privación de la libertad. La responsabilidad penal, supone una afectación de mayor gravedad a la esfera jurídica de un individuo o una colectividad expresándose a través de la comisión de un delito. En relación al tema que nos ocupa, el Código Penal Federal de conformidad a su artículo 228 establece:

“Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre el ejercicio profesional, en su caso:

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

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

Como podemos ver, la responsabilidad profesional de los prestadores de servicios médicos, es una de las implicaciones jurídicas en el caso de los Testigos de Jehová, la cual ha sido desatendida por el Estado Mexicano; pues los casos que se han presentado han padecido a falta de una ley clara o una jurisprudencia establecida para esclarecer el actuar del médico, toda vez que el dilema en el que se enfrenta el profesional de la salud ante la negativa del consentimiento informado de los padres o tutores de menores de edad que requieren de trasfusión sanguínea, trae aparejada consecuencias jurídicas e incluso la vida del menor.

COLISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos mencionado que el reconocimiento de los derechos humanos logró ocupar un lugar de suma importancia en las Naciones, su trascendencia histórica nos recuerda la necesidad de plasmar dichas prerrogativas en el derecho positivo interno de cada Estado (que se estime democrático) así como en acuerdos internacionales y tutelar por su cumplimiento a fin de proteger la dignidad e integridad humana. Bajo este tenor, analizamos dos derechos fundamentales que colisionan y un principio convencional y constitucional.

Es pertinente puntualizar que por colisión de derechos fundamentales, se entiende un fenómeno que se presenta en los sistemas jurídicos constitucionales entre dos prerrogativas presuntamente irreconciliables, donde una persona titular de un derecho entra en directa contraposición con otra de las mismas características; debiendo los operadores jurídicos

ponderar entre los dos e inevitablemente sacrificar una parte o la totalidad de uno, para la preservación y pleno disfrute del que se considere de mayor importancia. En este sentido los derechos que colisionan en el presente trabajo son: el derecho a la salud del menor contra el derecho a la libertad religiosa.

La cuestión relativa a las transfusiones sanguíneas de los testigos de Jehová, presenta la problemática planteada, una cuestión no resuelta en nuestro país, cuando se ven involucrados menores de edad sujetos a tutela y patria potestad, pues debido a su incapacidad de ejercicio para suscribir un consentimiento informado del procedimiento médico necesario, su salud y algunas ocasiones su vida corre riesgo a expensas de la deliberación del adulto a su cargo, decisión que puede depender de la religión que éste profesa, tal es el caso de los adultos que comulgan con la corriente religiosa “Testigos de Jehová”, quienes no comparten la idea de la transfusión sanguínea debido a la interpretación estricta de algunos pasajes bíblicos, hecho que impediría al menor a su cargo recibir la salvación prometida.

Otra variable en la que nuestro Estado ha sido omiso, es en considerar especial atención a la edad y grado de madurez emocional y psicológico de los menores de edad, ello en virtud de que el tratamiento que las normas jurídicas dan es exactamente igual entre un concebido, una persona de un día de nacido o uno de diecisiete años once meses y veintinueve días. Esta situación viola de manera clara las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, ya que cuando su estado de madurez lo permita, ellos tienen derecho a ser escuchados y, en caso de que su opinión esté fundada a que su opinión se tome en consideración con el objeto de tomar decisiones que permita el respeto irrestricto del interés superior del menor.

A fin de deliberar entre los derechos expuestos, recurrimos a la Teoría de la Ponderación o Teoría de la Razonabilidad de Robert Alexy (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993), su fórmula de peso es una ecuación matemática para pesar principios, esta ecuación se compone de tres elementos:

- Peso Abstracto= PA
- Peso Concreto= PC
- Seguridad en la premisa de la fórmula SPF

En el tema que nos ocupa Caso Testigos de Jehová en el caso de menores de edad, el peso abstracto (PA) es la libertad religiosa y a la salud que puede trascender a la vida; si se le asigna un gran valor 4 como el máximo, 2 a medio y 1 equivalente a poco, ¿Cuánto valor se le asigna a la salud o la vida? y ¿Cuánto valor se le asigna a la libertad religiosa?

En cuanto al peso concreto (PC) es el peso no en el aire, sino en el caso, el que apunta a discutir si vamos o no vamos a autorizar la transfusión de sangre. En este sentido ¿Cuánto afecta la libertad religiosa en concreto y cuánto afecta a la salud del menor de edad? La elección de la menor presenta otra cuestión, hemos reiterado la importancia de anteponer el Interés Superior del menor ¿De quién es conocimiento el interés superior del menor? ¿De los padres o del Estado? debemos conocer la condición de salud en la que se encuentra el menor de edad, consultar la opinión del médico especialista de modo que nos permita conocer a certeza la consecuencia de la negativa a la transfusión sanguínea, ejemplo: Muerte, el 50% de probabilidad de conservar la vida, o no corre riesgo la vida pero se alarga el tratamiento de la menor.

Por otra parte, es menester sopesar los efectos que surte la transfusión sanguínea en los Testigos de Jehová implicados, es decir, saber la concepción que tienen respecto a la problemática planteada, otorgando el mismo valor a cada premisa, 4 en máximo, 2 a medio y 1 a poco ejemplo:

- ¿Está en juego la salvación eterna prometida?

- ¿El tema está discutido por ser menor?
- ¿Hay un pastor que puede autorizar?

En la seguridad de la premisa fáctica, el valor de los supuestos (SPF) cambia, de 1 al valor máximo, $\frac{1}{2}$ al medio y $\frac{1}{4}$ al mínimo.

Indudablemente, como hace mención Lorenzo Zucca, el entendimiento de los dilemas constitucionales permite a los operadores jurídicos centrarse en lo que la argumentación jurídica puede hacer y no distraerse en lo que no puede, a fin de obtener el mayor provecho de la misma (Zucca, 2014, pág. 14). Aplicada esta gran reflexión al caso que nos ocupa, creemos que la colisión de derechos en un tribunal jurisdiccional debe evitarse a toda costa, optando por una solución que de manera protocolizada rijan en todos los casos y se adecue a variables como la edad del menor y sus condiciones físicas.

De modo que deliberar frente a este problema la colisión de derechos requiere de un análisis particular al caso en concreto, toda vez que los valores que se le asignen a los derechos que colisionan varían de acuerdo a los sujetos implicados y las circunstancias, para lo que consideramos pertinente agregar a las leyes y reglamentos en la materia la fórmula expuesta de Robert Alexy. Así como una tabulación en edad del sector vulnerable, (los niños) en la que siguiendo a la madurez cognitiva del menor de edad pueda emitir o denegar su consentimiento.

La tendencia en derechos humanos hoy en día nos exige un análisis más profundo en cada caso en concreto, pues así como la diversidad de los seres humanos arroja un sinnúmero de supuestos, resulta imposible que el derecho positivo contemple su complejidad de manera explícita.

Ante la problemática en cuestión y, en estricto respeto al esquema de organización del poder público de los países analizados, se sugiere que se tomen en cuenta los mecanismos que sean necesarios para que el Ministerio de Justicia, Fiscalías o Tribunales puedan recibir las peticiones por parte de los médicos tratantes o, en su caso de familiares de los menores involucrados, con el objeto de poder tomar una decisión en la que se valoren las diversas variables en las que se respeten los derechos de las personas, sin juzgar a priori como válido únicamente el derecho a la salud o la vida, ya que se debe otorgar el peso específico a la creencia religiosa también al derecho de los creyentes Testigos de Jehová, quienes de acuerdo al grado de convicción de sus principios y dogmas de fe han de luchar por la prevalencia de sus derechos acorde a sus circunstancias.

Es innegable que para los no profesantes de la religión Testigos de Jehová, el derecho a la salud debe prevalecer de manera absoluta; para los creyentes de esta religión su derecho a la creencia religiosa ha de posicionarse también por encima de la salud o la vida pues cobra una mayor importancia la vida eterna que la terrenal; por ello un ente del Estado debería realizar ejercicios de ponderación, en los que se respeten ambos derechos sin hacer juicios de valor anticipados.

BIBLIOGRAFÍA

- Clerici, R. A. (19 de 01 de 2016). *ESCR- NET*. Obtenido de https://docs.escr-net.org/usr_doc/Clerici_-_El_Derecho_a_la_Salud_en_la_Corte_Suprema.html
- Calabuig, J. A. (1991). *Medicina Legal y Toxicología*. Masson.
- Calzato, W. A. (2006). Testigos de Jehová, mundo, creencias, conducta. *Gaceta de Antropología*.
- Carbajal, M. (2008). Los creyentes, esos cuentapropistas de la religión. *El País*.
- Carbonell, M. (2014). *Los Derechos Fundamentales en México*. México DF: Porrúa - UNAM.
- Chile, M. d. (2016). *Ministerio de Salud del Gobierno de Chile*. Obtenido de <http://web.minsal.cl/hitos-de-la-salud-chilena/>

- Comité de Ética Asistencial (CEA) . (1999). *Protocolo de Tratamiento a paientes Testigos de Jehová*. San Sebastian : España.
- Convención de los Derechos del Niño. (6 de Enero de 2016). *Derechos Humanos de la Infancia*. Obtenido de http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm
- Cosín Muñoz, M. (2010). Libertad religiosa y cementerios: Una fuente de conflictos y de discriminación por razón de religión. En A. Pele, O. Celador Angón, & H. Garrido Suárez, *La laicidad* (pág. 349). Madrid, España: DYKINSON.
- Cuba Informe al Comité de los Derechos del Niño. (Enero de 2009). *United Nations Human Rights*. Obtenido de www.ohchr.org
- Comision de Salud de Peru . (2009). *Informe del Congreso*.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso. (23 de enero de 2016). *Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes*. Obtenido de <http://www.primerosanios.gov.ar>: <http://www.primerosanios.gov.ar/publicaciones/Ley.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Alonso, E. D. (2011). *Scielo*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/spm/v53s2/12.pdf>
- American Association of blood Banks. (1996). *BloodBlood Transfusions Therapy a Physiciants*. Bethesda, Maryland: AABB.
- Associació Catalana D'Estudis Bioètics. (31 de Enero de 2016). *Associació Catalana D'Estudis Bioètics*. Recuperado el 31 de Enero de 2016, de Associació Catalana D'Estudis Bioètics: <http://www.aceb.org>
- Blundell, J. (1819). Some account of a case of obstinate vomiting, in which an attemp was made to prolong life, by the injection of blood into the veins. *Med chir Transactions*, 296-311.
- Barreda, K. F. (24 de enero de 2016). *www. Academia.edu*. Recuperado el 30 de Enero de 2016, de http://www.academia.edu/3887705/TRATAMIENTO_DEL_DERECHO_DE_OBJECCIÓN_DE_CONCIENCIA_EN_LA_JURI_SPRUDENCIA_DEL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL_PERUANO
- Bejarano, M. (2010). *Obligaciones Civiles*. Oxford.
- Bruñol, M. G. (9 de febrero de 2016). *www.iin.oea.org*. Obtenido de El Interés Superior del niño en el marco de la Convencion Internaiconal sobre los Derechos del niño: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf
- Denis, J. (1668). *Lettre... Touchant Deux Expériences de la TransfusionFaites Sur des hommes*. Paris.
- Evolución de la autonomía de los menores. Fundamento, concepto y fiinalidad de ese principio., Tesis: 1a. CCLXV/2015 (10a.) (Primera Sala SCJN 2015).
- Fabela, L. M. (1998). *La Responsabilidad Profesional del Médico*. Porrua.
- Faja, A. Z. (2010). Una Teoria de la Justicia paa el cuidado sanitario: La proteccion de la Salud en la Constitucion después de la reforma AUGE. *Revista de Derecho (Valdivia)* , 113-130.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2007). Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley No. 287. Managua, Nicaragua.
- INEGI. (2010). *Censo de Población y Vivienda* .
- Instituto Nacional de Estadística e Informatica (INEI). (20 de enero de 2016). *www.inei.gob.pe*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1136/libro.pdf
- Mandal, D. A. (23 de enero de 2016). *NEWS MEDICAL LIFE SCIENCE & MEDICINE* . Obtenido de [http://www.news-medical.net/health/History-of-Blood-Transfusion-\(Spanish\).aspx](http://www.news-medical.net/health/History-of-Blood-Transfusion-(Spanish).aspx)
- Mariñelarena, J. L. (2011). *Media Graphic*. Obtenido de [32](http://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-</p></div><div data-bbox=)

2011/cgs112m.pdf

NU. CEPAL. División de Desarrollo Social. (2006). *La Reforma al Sistema de la Salud Chileno desde la Perspectiva de los Derechos Humanos*. Santiago Chile: CEPAL.

NU. CEPAL. División de Desarrollo Social. (2006). *La Reforma al Sistema de Salud Chile desde la Perspectiva de los Derechos Humanos*. Santiago Chile: CEPAL.

OMS Organización Mundial de la Salud. (2001). *El Uso Clínico de la Sangre en Medicina General, Obstetricia, pediatría, Neonatología, Cirugía y Anestesia*. Ginebra, Suiza .

Pew Research Center. (13 de Noviembre de 2014). *Religión en América latina: Cambio Generalizado en una Región Históricamente Católica*. Obtenido de <http://www.pewforum.org>: <http://www.pewforum.org/files/2014/11/PEW-RESEARCH-CENTER-Religion-in-Latin-America-Overview-SPANISH-TRANSLATION-for-publication-11-13.pdf>

PROGRAMA LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOCIORRELIGIOSOS (PROLADES). (22 de Enero de 2016). <http://www.prolades.com>. Obtenido de http://www.prolades.com/encyclopedia/countries/spanish/rel_peru09spn.pdf

Rocha, C. I. (2013). *Derecho Familiar*. Oxford.

Salazar, M. (2003). *Guías para la transfusión de sangre y sus elementos*. Caracas , Venezuela.

Salud. El Derecho a su Protección conforme al Artículo 4º, tercer párrafo de la CPEUM es una Responsabilidad Social., 136/2008 (Pleno de la SCJN 2008).

Sanchez, M. B. (2010). *Obligaciones Civiles*. Oxford.

Sistema Argentino de Información Jurídica, 316/1993 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1993). Recuperado el 30 de Enero de 2016, de infojus: <http://www.infojus.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bahamondez-marcelo-medida-cautelar-fa93000111-1993-04-06/123456789-111-0003-9ots-eupmocsollaf>

Villegas, R. R. (1994). *Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de las Obligaciones*. Porrua.

Vicenta E. Aliaga Blas a favor de las menores L. J. T. A. e I. M. T. A. contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, 02079-2009-PHC/TC (Primera Sala del Tribunal Constitucional 9 de Septiembre de 2010).

Zucca, L. (8 de Mayo de 2014). Dilemas constitucionales o tragedias en el derecho. *Hechos y derechos*.