

UNIVERSIDAD SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

EL DERECHO A LA SALUD FRENTE A LA LIBERTAD RELIGIOSA.
THE RIGHT TO HEALTH IN THE FACE OF RELIGIOUS FREEDOM

Laura Anahi Cena

Abogacia

2019

Agradecimientos

El presente trabajo se lo quiero dedicar en primer lugar a mi marido, quien sin su ayuda no podría haber ni siquiera empezado a estudiar, su constante apoyo, sobre todo con mi pequeña de 3 años, cuando los días se tornaban difíciles ahí encontraba sus palabras de aliento. A mi mamá, incondicional, siempre preparada para viajar y darme la mano que necesitaba, sin importar el momento; a toda mi familia que ahí esta presente y la distancia física que nos separa no es suficiente para sentirlos lejos.

También a Dios agradecerle primero por poner en nuestras vidas a Pía, mi mayor tesoro, ansiada y esperada por mucho tiempo; segundo, por darme y darnos salud para conseguir llegar a este momento soñado, Por tener a mis padres, que puedan disfrutar de esto y que estén orgullosos, a ellos también les debía esta felicidad.

Después de haber culminado esta etapa que la veía tan lejana el día que empecé este camino, casi como sin pensar demasiado, este deseo se fue volviendo un desafío y meta personal que necesitaba cumplir y hoy por fin se vislumbran los frutos.

Resumen

El derecho a la libertad religiosa comporta una potestad fundamentada de base constitucional, que permite al individuo la libre expresión de su culto dentro de la Nación. Dentro del cúmulo de prerrogativas contenidas en el primer texto de orden se ubica con especial resguardo el derecho a la salud. La consagración de ambos derechos presenta en ocasiones una colisión en cuanto a la preeminencia que cada uno ostenta, puntualmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes que ven peligrados su derecho a la salud por el culto que profesan sus padres y que limitan el empleo de ciertas técnicas de asistencia médica.

Así, el presente trabajo de investigación se analizará la legislación vigente, los aportes realizados por la doctrina y los precedentes jurisprudenciales que han abordado la materia, tratando de dar luz a la problemática existente. Esta exégesis está teleológicamente orientada a determinar si existe una contradicción entre el derecho a la libertad religiosa a la luz del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

Palabras claves: libertad de culto – derecho a la salud – derechos del niño – colisión de derechos constitucionales

Abstract

The right to religious freedom has a fundamental constitutional power, which allows the individual the free expression of his cult within the Nation. Within the group of prerogatives contained in the first text of order, the right to health is located with special protection. The consecration of both rights sometimes presents a collision in terms of the preeminence that each one holds, especially when dealing with children and adolescents who see their right to health endangered by the cult that their parents profess and that limit the use of certain medical assistance techniques.

Thus, this research work will analyze the current legislation, the contributions made by the doctrine and jurisprudential precedents that have addressed the subject, trying to shed light on the existing problem. This study is teleologically oriented to determine if there is a contradiction between the right to religious freedom in light of the right to health of children and adolescents.

Keywords: religious freedom – right to health –children rights - collision of constitutional rights

Índice

Introducción	6
Capítulo 1: Los derechos del niño y su protección	9
Introducción	9
1.1. La protección de los derechos del niño en el plano internacional	9
1.2. El interés superior del niño y su incorporación en el Código Civil y Comercial... 14	
1.3. Precedentes jurisprudenciales sobre la protección del niño y adolescente..... 19	
Conclusión	21
Capítulo 2: La libertad religiosa y los derechos del niño..... 23	
Introducción	23
2.1. La libertad religiosa y los derechos humanos..... 23	
2.2. La libertad religiosa y la libertad de conciencia	27
2.3. La libertad religiosa en la Constitución Nacional..... 28	
2.4. La libertad de culto	30
Conclusión	33
Capítulo 3: El Derecho a la Salud y la libertad religiosa	34
Introducción	34
3.1. La libertad religiosa y el derecho a la salud	34
3.2. La objeción de conciencia frente al derecho a la vida y a la salud..... 40	
3.3. La libertad religiosa y los niños..... 41	
Conclusión	44
Capítulo 4: La libertad religiosa y los niños en la jurisprudencia..... 46	
Introducción	46
4.1. Contrastes entre la salud y la religión..... 46	
4.1.1. Preeminencia del derecho a la salud del menor	49
4.2. El derecho a la creencia y la integridad personal..... 51	
Conclusión	53
Conclusiones finales	55
Bibliografía	57

Doctrina.....	57
Jurisprudencia	58
Legislación.....	59

Introducción

La Convención de los Derechos del Niño ratificada por nuestro país consagra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en particular a desarrollarse en ambientes sanos que promuevan su crecimiento y el de todas sus capacidades. Empero puede ocurrir que su seno de origen en atención a determinadas prácticas de religiosas rechace las técnicas de asistencia médica que ofrece la modernidad al niño, por ser en su convicción contrarias a sus dogmas de fe, vulnerando una de sus prerrogativas esenciales la salud.

Para dilucidar esta cuestión es fundamental el análisis pormenorizado del sistema de protección integral de infancia enmarcado por la Ley 26.061 en el orden nacional. Particularmente, se analizarán las medidas excepcionales que estarán encuadradas en el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante una posible vulneración; pautas de acción que han de ser emitidas por las autoridades competentes en aras de lograr la concreción del interés superior del niño. Esta es la directriz principal que enmarca el abordaje que el Estado ofrece a la niñez y adolescencia por la condición de fragilidad de quienes se ubican en esta fase de desarrollo.

El presente trabajo pretende analizar si debe existir una primacía entre el derecho a la libertad religiosa de los padres o bien tiene preeminencia el derecho del niño o adolescente a la salud, por medio de los diversos medios que el ámbito médico tiene a disposición. Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder lo siguiente: ¿existe una contradicción entre el derecho a la libertad religiosa de los progenitores y el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes? En su caso, ¿cómo debe ser resuelta aquélla?

Es menester precisar que dentro de los Derechos Humanos se contempla el derecho a la vida, derecho a la libertad de pensamiento y derecho a la libertad de culto; lo cual es la premisa fundamental a analizar en la presente investigación. Cuando estos derechos colisionan entre sí, es indispensable el pronunciamiento de diferentes cuerpos jurisdiccionales encargados de dar precisión y una correcta exegesis al contenido de las normas jurídicas, igualmente, se examinan las posturas de la doctrina que pretender iluminar el punto objeto de estudio.

La religión desde sus inicios ha mantenido posiciones que pudieran parecer en el siglo XXI ciertamente ortodoxas y contrarias a lo que comúnmente hoy se reconoce en medio de la lucha por las libertades individuales. Empero resulta preciso determinar hasta donde se extiende esta libertad de culto de los sujetos, o en sentido adverso las limitaciones que existen

para el legítimo despliegue de esta potestad fundamental. Frente a estas circunstancias el estamento normativo ha de ofrecer una respuesta que permita el disfrute de esta prerrogativa individual de forma idónea, evitando que se cercene la esfera jurídica que abriga a todos los sujetos y que tienen especial tutela cuando el titular es un niño o adolescente.

El objetivo general del presente trabajo consistirá en analizar si existe una contradicción entre el derecho a la libertad religiosa de los padres y el derecho a la salud del niño o adolescente.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en identificar los postulados de los derechos del niño en Argentina; analizar la legislación relativa al derecho a la salud y a la libertad religiosa; analizar la jurisprudencia respecto al conflicto entre libertad religiosa de los progenitores y los derechos del niño; analizar los alcances del derecho al acceso a la educación y desarrollo integral de los niños.

La hipótesis por confirmar, o descartar, es que si bien, existe una contradicción entre el derecho a libertad religiosa de los padres y la salud de los niños, debe primar el derecho a la salud frente a la libertad religiosa.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación, el mismo será descriptivo. Mientras que la estrategia metodológica adecuada para el desarrollo del trabajo final es la cualitativa, por cuanto se busca, describir, profundizar, captar el sentido de las instituciones sociales, por medio de la comprensión analítica y/o interpretación de los significados de las normas que la regulan.

La técnica de recolección de datos que se empleará será la de observación de datos o documentos, es decir, la revisión documental de la legislación nacional y de los acuerdos internacionales, jurisprudencia y doctrina relativas al principio en estudio. Con respecto a las estrategias de análisis, existen diversas técnicas cualitativas que resultaran útiles para el desarrollo de la investigación, tal el caso del análisis de contenido, que es una forma particular de analizar documentos.

En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo, se tomará como punto de partida la sanción del Código Civil y Comercial. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, haciendo referencia en algunos casos al derecho comparado. También se estudiarán aquellos acuerdos internacionales celebrados por la República Argentina que consagren principios o garantías relativas al instituto.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará la protección de los derechos del niño, la protección derivada del círculo internacional y el interés superior del niño, así como también la que se brinda a nivel judicial. El Capítulo II tratará la libertad religiosa y los derechos del niño, cómo se ha abordado en la Constitución Nacional y en qué consiste la libertad de cultos.

El Capítulo III abordará el derecho a la salud y su vinculación con la libertad religiosa, cómo es la objeción de conciencia en el derecho a la salud, la educación de los niños y adolescentes y qué sucede en caso de conflicto. El Capítulo IV analizará la vinculación entre la libertad religiosa y los niños y adolescentes en la jurisprudencia, qué sucede en casos de afectación del derecho a la salud y cuál prevalece. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Los derechos del niño y su protección

Introducción

La preocupación por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es un tema que se ha venido desarrollando con bastante fuerza a partir de mediados del pasado siglo XX. Esto obedece a que han existido cambios en la visión sobre el significado de la niñez y la adolescencia, en función a las necesidades y carencias que presenta este grupo etario. En este sentido se ha desarrollado una doctrina en la cual los niños y adolescentes son individuos en estado de vulnerabilidad quienes deben ser tutelados porque no han alcanzado la capacidad plena para realizar ciertas actividades. Por el contrario, son seres humanos en formación, y cuentan con plenitud de derechos e igualmente deberes ante la sociedad.

En conjunto con el desarrollo de esta visión y por consiguiente de la preocupación por hacer valer plenamente los derechos de los niños y adolescentes, se han desarrollado en el ámbito internacional una serie de leyes y doctrina jurídica que apuntan hacia la formación de una idea clara sobre el papel de los derechos de los niños y adolescentes, su protección y la garantía de su libre ejercicio sin mayores limitaciones. Esta visión ha traspasado fronteras, lo cual implica que también se encuentra presente en la legislación argentina.

En el presente capítulo se realizará una breve descripción del estado de la protección de los derechos de los niños y adolescentes en el ámbito internacional. Posteriormente se hará un breve análisis acerca de la incorporación de los preceptos de protección internacionales dentro de la legislación argentina, específicamente a través de su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación debido a su rango constitucional. Finalmente se procura realizar una explicación acerca de los instrumentos judiciales con los cuales cuentan los ciudadanos para el pleno ejercicio de la protección de los derechos de los niños y adolescentes.

1.1. La protección de los derechos del niño en el plano internacional

La forma en que se visualiza la niñez y la adolescencia ha cambiado de una perspectiva donde los niños y adolescentes se encuentran de alguna forma incapacitados para ejercer sus derechos ciudadanos, debiendo ser representados en todo momento por sus padres o algún tutor legal designado por el Estado. En la actualidad se erige un paradigma donde los niños y adolescentes tienen la posibilidad de ejercer sus derechos ciudadanos por cuenta propia, y detentando un resguardo estatal que propugna su interés superior. Como garantes de sus derechos, los niños y adolescentes deben tener la posibilidad de defender sus derechos y

cumplir con deberes que le son propios como ciudadanos (Basset, 2017).

En este sentido, Basset (2017), afirma que “todo niño y adolescente ostenta el derecho a construirse un proyecto de vida propio y tomar las decisiones conforme a su capacidad progresiva destinadas a tal fin” (p.32). Si bien los niños son seres humanos que aún se encuentran en formación, y que por tal razón no se encuentran en plenas capacidades para decidir por sí mismos acerca de su destino, detentan la facultad de examinar los medios y oportunidad que ofrece la experiencia vital para la conducción de su vida. Este proyecto no debe ser tutelado o impuesto, debe ser un constructo que surja de las propias necesidades de los niños y adolescentes, y que una vez que se encuentre tomando forma, debe ser cuidado por la familia y la sociedad.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), hace énfasis en la necesidad de que todos los Estados miembros se encuentren en capacidad de proveer medidas de protección a la niñez, para que el curso natural de sus vidas no se vea afectado por carencias de tipo familiar que mengüen su capacidad como seres humanos en desarrollo. Cuestión que podría incluso desvincularlos de la vida familiar, convirtiéndolos en lo que se conoce como "niños de la calle" o niños sin hogar, lo que se traduciría en un truncamiento total de sus proyectos de vida, ya que tendrían que enfocarse en sobrevivir en un ambiente totalmente adverso (Basset, 2017).

Por esta razón, desde el punto de vista del derecho internacional se vela por que los niños y adolescentes puedan contar con todo el apoyo familiar y de la sociedad para desarrollar sus proyectos de vida. En criterio de Basset, (2017), “estos irán creciendo y conformándose a medida que la niñez vaya desarrollando capacidades que le permitan identificarse y decidir el rumbo que tomarán sus vidas. La familia y la sociedad deben ser pilares fundamentales en la vida de los niños y adolescentes” (p.33).

Por otra parte, indica Guzmán (2016), que los niños y adolescentes deben contar con un fuerte apoyo familiar y estatal, esto quiere decir que el desarrollo de la infancia no es un tema exclusivo de las familias, sino que la sociedad en general debe involucrarse. De tal forma que la sociedad como un todo pueda generar las condiciones necesarias para que los infantes cuenten con los medios para desarrollarse y que las trabas que puedan encontrar sean mínimas. El fortalecimiento de la familia y de la sociedad para que sirvan de asidero a los niños y adolescentes es una prioridad destacada por la CIDH al momento de la definición.

Los Estados deben garantizar la buena convivencia entre los niños y sus familiares, particularmente sus padres con quienes deben convivir de manera

natural. La buena convivencia es esencial para que se den buenas experiencias de vida que posteriormente marcarán positivamente a las personas. Por otra parte, el disfrute de la interacción con la familia es un derecho fundamental que debe ser respetado en todos los niños, de tal forma que se les garantice una niñez que origine personas formadas correctamente para la vida en sociedad (Guzmán, 2016, p. 8).

Como parte de la protección en el ámbito internacional de los derechos de los niños y adolescentes, se encuentra una posición asumida por la CIDH, la cual estima que los niños y adolescentes, si bien en algunas instancias donde se diriman controversias, pueden necesitar de la ayuda de personas adultas, sus declaraciones o decisiones deben ser respetadas de acuerdo a su voluntad.

No se puede utilizar ningún tipo de situación donde el niño se sienta vulnerado o amenazado para que preste declaración o sea escuchado en una instancia judicial. Para que esto pueda llevarse a cabo, hay que darle libertad plena de expresión y de comunicación para que pueda transmitir su punto de vista sobre una situación en particular (Luft, 2015, p.68).

Para garantizar que los niños puedan expresarse de manera libre en todo tipo de proceso judicial, es necesario que se les respete su derecho a ser oídos. Este derecho nace de la discusión de distintas instancias internacionales, en el caso del continente americano, la CIDH ha diseñado una serie de estrategias que permitan la posibilidad de otorgar plena libertad de expresión a los niños y adolescentes. De manera que se garantice que sus declaraciones no solamente serán provechosas para los procesos, sino que éstas serán un aporte para que las decisiones en todas las instancias siempre estén apegadas a la protección del interés superior de los infantes (Basset, 2017).

Los derechos de los niños y adolescentes que han sido incorporados en la legislación nacional, han surgido a partir de convenciones internacionales. En este sentido es necesario mencionar un hito que ha servido como punto de partida para el desarrollo de legislación en materia de la infancia a lo largo de todos los países del mundo. Se trata de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente¹, la cual fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989 (Pagés, 2015).

Este instrumento convencional estableció una serie de parámetros que sirven como patrón para legislar acerca de la infancia, destaca concretamente el preceptuado en el artículo 3.1² que consagra la directriz del interés superior del niño, en todas las situaciones en la que

¹ Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

² Artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República

ha de emitirse una deliberación que involucra a un niño adolescente. En ella se establecen todos los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes estableciendo un amplio margen de aplicación de esos derechos. A partir de ella se reconoce a los infantes como sujetos activos de derecho, evitando que sigan siendo categorizados como sujetos pasivos, sobre los cuales pueda intervenir libremente la familia, el Estado y la Comunidad (Pagés, 2015).

Si bien tanto familia, Estado y sociedad deben tener influencia sobre los niños, niñas y adolescentes, ya no lo hacen para tomar decisiones por ellos. Tampoco lo hacen para indicar qué pueden hacer y qué no. No se trata de tutela o de intervención, se trata de cuidado y protección, puesto que son personas que cuentan con características particulares que los hacen susceptibles de ser dañados por las circunstancias de la sociedad, razón por la cual deben ser protegidos por todas las instancias de la sociedad (Pagés, 2015, p.98).

La creciente preocupación por el cuidado de los niños, niñas y adolescentes alrededor del mundo, ha hecho que se cree un amplio acervo de legislación y normativa que engrosa la legislación y la doctrina acerca de los derechos humanos aplicados de manera particular a niños y adolescentes. Una de las principales características que se busca proteger en los infantes es la relativa a que éstos puedan expresar sus ideas y ser oídos, en sus términos e interactuando con ellos de acuerdo a su desarrollo según su edad y características propias (Pagés, 2015).

En este punto, es necesario señalar las principales características que presenta el instrumento convencional, y la forma en que éstas han influido en el derecho de distintos países. Esta Convención tuvo sus antecedentes en las distintas propuestas que se manejaron en el ámbito internacional, principalmente a partir de mediados del siglo pasado. La mayor preocupación siempre fue la posibilidad de hacer que los niños y adolescentes pudiesen ser sujetos plenos de derecho, obviamente con características particulares por su condición de seres humanos en formación (Cillero, 1999).

Poco a poco, las propuestas surgidas desde distintos puntos del ámbito internacional fueron tomando forma y se recopilaron en un compendio que posteriormente dio origen a la Convención sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes³. El antecedente inmediato fue la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959⁴. Todos los esfuerzos han sido dirigidos a visibilizar los derechos de los niños y garantizar su inclusión como

Argentina, 16 de octubre de 1990.

³ Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁴ Declaración Universal de Derechos del Niño. Asamblea de Naciones Unidas. New York, 20 de Noviembre de 1959

personas dentro de la sociedad para que puedan gozar de plenos derechos.

En este orden el texto internacional constituye un instrumento de fácil y rápida aceptación por parte de distintos países, debido a que se encuentra nutrido por ideas provenientes de todas partes del mundo, lo que le hace aceptable incluso por naciones con perfiles culturales completamente distintos. La idea del bienestar de los niños y adolescentes como un ideal superior es una amalgama para que la mencionada convención se adapte de buena manera a la legislación de los distintos países del mundo (Cillero, 1999).

Se aglutina dentro de sí un consenso entre diferentes culturas y perspectivas jurídicas, y está orientada principalmente hacia la creación de una guía de acción en relación a los derechos de los niños. De tal forma que éstos sean considerados responsabilidad de la familia en primer lugar, pero de igual forma del Estado y de la sociedad en general, un problema que afecte a la infancia debe ser una preocupación de toda la sociedad en los términos del artículo 12⁵. El fin primordial es permitir un correcto y armónico desarrollo de los niños, niñas y adolescentes para que en el futuro se constituyan en adultos bien adaptados a la sociedad (Cillero, 1999).

La base fundamental de la Convención, yace en que los derechos del niño son equiparables a la importancia de los derechos humanos en general. Se reconoce a los niños, niñas y adolescentes, es decir los individuos cuyo factor etario sea entre cero y diecisiete años, como seres humanos en pleno ejercicio de sus derechos. Cuestión que anteriormente no era posible, pues se encontraba vigente el paradigma de la incapacidad, que los hacía objeto de una serie de pautas que desconocían su voluntad y la sometían a un régimen de representación (Cillero, 1999).

La convención en su artículo 1⁶ determina la organización de las relaciones entre los niños, niñas y adolescentes, la familia, el Estado y la sociedad en general. Todos los actores mencionados tienen deberes y derechos recíprocos y vinculados entre sí, teniendo esta relación como base los derechos de los infantes. La familia se presenta como el eje central de las relaciones, pues se trata del núcleo en el cual se desarrollan todas las relaciones afectivas de los niños. La familia siempre debe ser la primera instancia donde se ventilen las situaciones que afecten a los niños y adolescentes, y las decisiones que se tomen dentro del

⁵ Artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁶ Artículo 1 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

núcleo familiar siempre serán consideradas como beneficiosas para los niños (Cillero, 1999).

Sin embargo, en algunas ocasiones las situaciones familiares que afectan directamente a los niños no pueden resolverse dentro del seno de la familia, es en estos momentos, cuando como instancia extraordinaria, el Estado hace acto de presencia para regular la situación y garantizar que siempre los infantes sean los más beneficiados con las decisiones que se tomen. La sociedad también tiene un papel preponderante en relación con los niños y adolescentes, pues debe constituirse en garante de la integridad física y emocional de los infantes (Cillero, 1999).

Por esta razón, los infantes cuentan con todos los derechos y deberes plenos al igual que las personas adultas, con la particularidad de que el ejercicio de sus derechos de manera directa debe estar dirigido a su grado de desarrollo según la edad y madurez que éstos demuestren. Esto conlleva la creación de unos derechos especiales para la infancia y adolescencia (Cillero, 1999).

La existencia de una forma especial de aplicación de los derechos para los niños y adolescentes, la legislación internacional desarrolló un concepto que sustenta la visión especial de los derechos de la infancia. Se trata de un principio garantista, el cual prevé que la preservación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe tener un significado de gran importancia para la sociedad. En cuanto a las autoridades de cada país, el principio de interés superior del niño debe guiar todas sus acciones, además de convertirse en una limitación a su discrecionalidad, puesto que los derechos de los infantes deben ocupar el primer lugar en sus decisiones (Cillero, 1999, p.12).

En este sentido, considera Cillero (1999), “el interés superior del niño se propone que los derechos de los niños y adolescentes sean atendidos de manera preferencial, específicamente porque son seres humanos con la característica de que se encuentran en proceso de formación” (p.61). Esto hace que sean personas cuyo desarrollo no está completo, por tal razón el Estado debe protegerlos de manera especial. El principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3⁷*ejusdem*, es de obligatorio cumplimiento en todos los países que han ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño, especialmente en la Argentina, donde éste tiene rango constitucional.

1.2. El interés superior del niño y su incorporación en el Código Civil y Comercial

La promulgación de la CDN por parte de la Asamblea General de la ONU en 1989, abrió el compás para que la mayoría de los países del mundo adoptasen dicha convención,

⁷ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

siendo incluso considerada en algunos casos como ley de rango constitucional. Este es el caso de la Argentina, donde el texto del mencionado acuerdo internacional ha sido adoptado con rango constitucional, según lo establecido en la Ley 23.849⁸ sancionada el 27 de septiembre de 1990, menos de un año después de su promulgación en la ONU (Panatti y Pennise, 2015).

El Interés Superior del Niño, fue establecido a partir de la promulgación de la CDN, por esta razón pasa automáticamente a tener rango constitucional en la legislación argentina. El sustento es el mismo que tiene en el ámbito internacional, y es la necesidad de los niños, niñas y adolescentes de recibir una protección especial por parte del Estado, la familia e igualmente del entorno social donde se desenvuelven. Si bien esta visión era previa a la existencia de la CDN, este cuerpo normativo internacional vino a dar forma a la idea de proteger a los niños por ser débiles. La visión de debilidad devino en la actual visión de ciudadanos en formación por cuyo interés hay que velar de manera especial (Panatti y Pennise, 2015, p.131).

Ahora bien, es necesario hacer un breve esbozo de lo que significa el Interés Superior del Niño (ISN). Es un concepto dinámico que está compuesto por una serie de elementos que le dan sus características. En este sentido, Panatti y Pennise (2015), establecen tres dimensiones del ISN. En primer lugar, “la dimensión del derecho sustantivo los niños dentro de las legislaciones de los países, deben ser considerados como sujetos de derecho especial, haciendo que sus derechos prevalezcan en todo caso, y que siempre sea efectivo en casos que involucren infantes” (p.133).

Una segunda dimensión, aseveran Panatti y Pennise (2015), “es un principio jurídico interpretativo fundamental, esta dimensión se refiere a la necesidad de invocar en todo momento el ISN, cuando se estén interpretando leyes que puedan dar lugar a distintas visiones, o a interpretaciones que acepten distintas visiones” (p.134). Es necesario que cuando se interpreten normas, y el en proceso se encuentren inmersos niños, niñas y adolescentes, la decisión que se tome, sea en definitiva amparada por el ISN.

En tercer lugar, Panatti y Pennise (2015), afirman que “cuando se están llevando a cabo procesos que van a afectar a un grupo de niños y adolescentes, es necesario realizar una profunda reflexión acerca de las consecuencias que podrían traer para esos niños las decisiones que se pretenden tomar” (p.134). Es necesario en este caso, que se establezca una serie de posibles escenarios acerca de la forma en que serán afectadas las vidas de los infantes.

Las autoridades judiciales de los países donde se ha adoptado la Convención, deben

⁸ Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

considerar todas las facilidades para que cuando los niños y adolescentes se vean envueltos en situaciones que dependan de las instancias judiciales, sus derechos se encuentren protegidos. Sin embargo, no solamente es necesario salvaguardar los derechos de los infantes, el ISN demanda que se proteja a la infancia, de tal manera que las decisiones que los involucren siempre se tomen cuidando de que sus resultados sean los mejores para los interesados (Panatti y Pennise, 2015).

Al principio del presente punto, se expuso que en la Argentina, se adoptó la CDN de manera íntegra, incorporando todo su texto como Ley de la Nación, con carácter constitucional. Como consecuencia de esta acción, se introdujeron cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Un punto en específico, se refiere al acceso a la justicia que se debe garantizar a los infantes prevista en los artículos 22 y 23⁹ tomando en cuenta su autonomía progresiva, de tal forma que el Ministerio Público pueda actuar en función de las declaraciones de los infantes y que sus abogados actúen también tomando en cuenta lo que expresen los niños.

Uno de los derechos humanos fundamentales es la posibilidad de acceso a la justicia que igualmente se evidencia en el artículo 24 *ejusdem*¹⁰ por medio de la figura del abogado del niño que alude a la posibilidad de defender de forma personal e inmediata sus derechos en las instancias judiciales que sean necesarias. Por lo que señala Videtta (2017), “en el caso de los niños y adolescentes, el ISN opera en su favor y permite que accedan a la justicia de manera que les permita salvaguardar sus derechos que se justifica al ser personas en condición de vulnerabilidad (p.87).

Sin embargo, es necesario destacar que si bien los infantes se encuentran en condición de vulnerabilidad, esto no debe ser motivo para visualizarlos como personas incapaces de gestionar sus intereses o la defensa de sus potestades. Se entiende en este caso que la vulnerabilidad radica en su condición de personas en formación, que aún no cuentan con todas las herramientas para enfrentarse por sí mismos ante las condiciones del mundo que les rodea.

Según Videtta (2017), “El ISN, se encarga de equiparar a los niños y adolescentes con los adultos, mitigando sus carencias, pero en ningún momento haciéndolos renunciar a la defensa de sus propios intereses” (p.89). En consecuencia, se estima que el ordenamiento

⁹ Artículos 22 y 23 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁰ Artículo 24 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

jurídico establece un conjunto de pautas de protección que lograr subsanar la disparidad inicial en la que se hallan los niños frente a los adultos, se crea una nueva desigualdad en beneficio de los individuos cuya formación está incompleta.

Cuando se trata de situaciones judiciales, los niños, niñas y adolescentes están legitimados por virtud de los artículos 3 de la Convención¹¹, 23 del Código Civil y Comercial¹² insisten en la acepción de la aptitud como parámetro general al señalar que todo individuo puede desplegar personalmente sus prerrogativas. Dicho de otro modo, para la pauta normativa cada individuo incluso los niños y adolescentes son portadores de prerrogativas y obligaciones, excepto cuando el ordenamiento jurídico suprima o restrinja esa aptitud, en relación con actuaciones materiales o jurídicas puntuales, y también es apto para el ejercicio de estos.

Por tanto, se consagra su potestad de prorumpir los aportes necesarios a los procesos judiciales. Se puede evidenciar la directriz de efectividad que contempla el instrumento convencional esta enormemente enlazado a la defensa y asistencia jurídico profesional de las potestades de la niñez y con la efigie del abogado del niño, que es incorporada en el cumulo de garantías procesales que la legislación ofrece a los ciudadanos en formación para el reguardo de sus intereses.

Es igualmente cierto, que cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, su desarrollo o proceso de maduración natural, les hace tener características distintas. No es lo mismo un caso que involucre a un niño de 5 años, que un caso donde el involucrado tenga 15 años. Es obvio que su nivel de maduración será distinto y podrán hacer sus aportes de manera distinta de acuerdo a sus características. En ningún caso, la edad puede ser una limitación para el derecho de los infantes a ejercer su derecho a la justicia (Videtta, 2017, p. 90).

En este sentido, es necesario que las instancias judiciales estén en capacidad de garantizar a los niños, niñas y adolescentes de distintas edades, un acceso a la justicia en los procesos judiciales que los involucren, el cual tome en cuenta sus características de maduración. En este sentido, hay que tener en cuenta el artículo 5° de la CDN, el cual expresa que “los infantes son personas no capaces para ejercer sus derechos, y que además hay que tomar en cuenta que éstos deben ser asistidos por su representante”¹³.

¹¹ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

¹² Artículo 23 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹³ Artículo 5 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

Sin embargo, estas consideraciones deben ser adaptadas, tomando en cuenta por una parte el componente etario, y por otra parte la madurez. A juicio de Videtta (2017), “la madurez no es un concepto proporcionalmente directo a la edad, sin embargo, es un buen indicador del grado de autonomía que debe darse a los niños y adolescentes para que asuman la defensa de sus derechos e intereses” (p.92). Es entonces necesario resaltar que el ISN, de la forma en que se ha incluido en el artículo 26 Código Civil y Comercial de la Nación, establece que la persona menor de edad “que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”¹⁴

Por otra parte, existe una serie de cambios legales en cuanto a las instituciones que se refieren a los niños, niñas y adolescentes. El primer ejemplo está constituido por la patria potestad. Anteriormente esta institución estaba basada en la condición de poder que emana de la palabra potestad, sin embargo, en la actualidad el término legal vigente es responsabilidad parental, haciendo énfasis en la responsabilidad que tienen las personas con infantes a su cargo. Del mismo modo está el concepto de tenencia, el cual se sustituye por cuidado personal. Esto se hace con la finalidad de crear un vínculo de cuidado en el sentido de velar por el buen desarrollo de los infantes (García, 2016, p.44).

Del mismo modo, se cambiaron los términos padrastro y madrastra, incluyendo el término progenitor afin. Continúa García (2016), indicando que “el vínculo afectivo que debe crearse entre los niños y adolescentes y las personas que los tienen bajo su responsabilidad, comienza por vínculos de confianza, y el término progenitor iguala a los responsables de los infantes con sus progenitores biológicos” (p.46). De esta forma se evita que los niños tengan vínculos disfuncionales con las personas que deben velar por ellos.

Finalmente se da el cambio de un término de mucha importancia para los niños y adolescentes, especialmente para aquellos que se encuentran ante la separación de sus progenitores. Se trata del régimen de visitas que estaba orientado más hacia el derecho de los padres a ver a sus hijos, sin embargo, en aras de cumplir con el ISN, se cambió a derecho de comunicación. En este sentido aduce García “los padres y los hijos deben tener la posibilidad de entablar una relación recíproca, donde ambos se expresen sus sentimientos e ideas de manera mutua” (p.96).

Otro de los puntos donde hace énfasis la inclusión de la CDN dentro del texto sustantivo civil es el derecho a la salud que tienen los niños, niñas y adolescentes. Este derecho está directamente a cargo de los progenitores. Si es el caso que exista un progenitor afin, éste también está a cargo de velar por el derecho a la salud de los niños a su cargo, del

¹⁴ Artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, octubre 2014

mismo modo que son responsables los progenitores biológicos. En palabras de Berger (2015), “el derecho al acceso a la salud debe ser totalmente garantizado, por esta razón cualquier situación que involucre el acceso a la salud de los niños y adolescentes se encuentra directamente vinculado con las relaciones familiares (p.238).

Ha de entenderse que no solamente se trata de la salud física de los niños, se trata de su salud integral, esto incluye la salud mental y la estabilidad familiar. La familia debe proveer a los niños la posibilidad para desarrollar su psique, lo que incluye sus capacidades afectivas, las cuales le brindarán las capacidades para integrarse de manera positiva a la sociedad. Por lo que indica Los vínculos afectivos son de vital importancia en el desarrollo de los niños y adolescentes, éstos solo se pueden construir a través de la interacción familiar, lo cual construye lazos y vínculos que modelan el futuro de los niños dentro de la sociedad (Berger, 2015).

En resumen, el hecho de haber incluido la CDN¹⁵ con rango constitucional, posteriormente se hicieron los cambios necesarios en el Código Civil y Comercial de la Nación¹⁶ y que posteriormente la jurisprudencia ha sido consistente en la toma de decisiones basadas en el cuidado en el lineamiento rector ISN. Afirma Muscolo (2015), “las decisiones se han tomado de manera tal que los intereses de niños y adolescentes siempre son tomadas en cuenta de manera preferente, cuidando del buen desarrollo como personas de los infantes” (p.35).

1.3. Precedentes jurisprudenciales sobre la protección del niño y adolescente.

El Poder Judicial tiene la responsabilidad de tomar las decisiones judiciales en la nación. En este sentido, debe tomar decisiones inherentes a las situaciones familiares que sean susceptibles de ser ventiladas en las instancias judiciales. Según Yuba, (2018), “las familias, muchas veces deben dirimir diferencias dentro de la instancia judicial, debido a que no pueden hacerlo dentro del seno familiar. Las decisiones judiciales en materia de familia, muchas veces incluyen situaciones que afectan los intereses de niños, niñas y adolescentes” (p.4).

En los casos que involucran a niños y adolescentes, el ISN siempre debe privar. De este modo se ha decidido en las instancias judiciales de manera reiterada. En todos los casos analizados, siempre el ISN se encuentra presente, además de la debida garantía del acceso a la

¹⁵ Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

¹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

justicia para los niños y adolescentes. Continúa indicando Yuba (2018), “el Poder Judicial no puede visualizar la garantía del ISN como algo optativo, es de obligatorio cumplimiento, y en las razones presentadas como argumentos para las decisiones debe quedar establecido de esta forma” (p.5).

La intervención de los niños niñas y adolescentes, en los procedimientos administrativos o judiciales es una de las claves que dan apertura a hacia la justicia, y asegurar el debido proceso, el cual está enlazado con la directriz del interés superior del niño. En concordancia con el arquetipo de resguardo integral de las potestades. Es la materialización de la potestad de defensa¹⁷.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, se establece, en su artículo 706¹⁸, que “las personas en estado de vulnerabilidad deben recibir todas las garantías para acceder a la justicia”. En el caso de los niños y adolescentes refiere Yuba (2018), “es necesario que existan ciertos principios como la tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, entre otros” (p.2). Tomando en cuenta estos principios, y a la luz de la aplicación de la CDN en el ámbito judicial, se garantiza la protección de los infantes por parte del Poder Judicial.

Con el interés superior se tocan las acepciones de la capacidad gradual se sostiene tanto en la aptitud jurídica o de goce, como en la aptitud de ejercicio. Verbigracia, la asistencia del profesional jurídico que se le garantiza al infante no está condicionada a un factor etario concreto, sino que, con base al abordaje diferenciado, se analizan las características singulares del niño, como su capacidad de discernimiento y emotivo que le permitan desplegar de sus derechos. Profundizar en los criterios tácitos que se encuentran en la estimación del niño como un ente jurídico, que está apto para ejecutar paulatinamente materialización de estos. Se extiende el fuero judicial para ofrecer nuevos mecanismos de participación que son más eficientes y congruentes, que se activan en la oportunidad que el niño lo amerite¹⁹.

La conciencia en la aplicación del principio de tutela efectiva, solo puede generarse a través de procesos de formación que incluyan la sensibilización respecto a la vulnerabilidad de los niños y adolescentes. De tal forma que cuando los magistrados se avoquen al conocimiento de causas judiciales de familia, las cuales involucren a los niños y adolescentes, se encuentren en capacidad para discernir la importancia de la prevalencia del ISN (Barabasqui, 2016).

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “D.F. y P. s/alimento”, sentencia del 12 de noviembre 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹⁸ Artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho”, sentencia del 26 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

En el caso “D.F. y P.”²⁰ se indica que la potestad de ser escuchado se concretiza claramente, en el auxilio técnico especial que hace posible que el sujeto en minoridad, ejerce de modo adecuado su potestad de defensa material, la cual ha de dar respuesta a un interés puntual, que parcializa su labor, al existir la obligación de lealtad entre el niño y su abogado. Del tal modo que el experto judicial con la confianza del menor, y en seguimiento de sus órdenes efectúa cada una de las diligencias procesales, del modo más favorecedor

Cuando se deba tomar decisiones judiciales acerca de los infantes, existe una base primordial que es el ISN. Sostiene Barabasqui (2016), que “las instancias judiciales deberán hacer un análisis profundo de la situación sobre la que deben decidir. Esto incluye las circunstancias, los actores y las posibles consecuencias de las decisiones que se tomen”.

Estas garantías previstas en beneficio del niño y adolescente, dirigen analizar la situación cuando ellos intervienen en un procedimiento y en virtud de su situación de vulnerabilidad, a través de un abordaje diferenciado. En razón que la estructura adjetiva se presenta en condiciones que escapan del saber de infante. De este modo es imprescindible un nivel básico para obtener una participación real y una correcta ponderación de las intervenciones realizadas por el niño, para así materializar su tutela judicial efectiva. acceso a la justicia²¹.

Ese tratamiento diferenciado y especial al que se hizo alusión en el acápite previo, permite el estudio en singular de cada supuesto factico en los que los intereses de un niño, niña o adolescente se hallen inmerso. Partiendo de este enfoque es menester que cada uno de los sujetos en minoridad tengan a su disposición todas las herramientas para que puedan entrar sin restricción de alguna clase a los procedimientos tanto administrativos como judiciales que les hagan posible restablecer la potestad soslayada o sujeta a un posible quebranto. Esa participación protagónica que se le asegura al infante es la concreción de un cumulo jurídico que reconoce en la esfera de su capacidad progresiva, y de su autonomía, su potestad a la defensa técnica como lo contemplan los instrumentos jurídicos internacionales.

Conclusión

Los niños, niñas y adolescentes, conforman un grupo social que exhibe aspectos especiales, dentro de los rasgos de mayor significancia se ubican su edad y su grado de madurez, en razón de atravesar una etapa formativa aun inconclusa los pone en una situación de vulnerabilidad frente a la población adulta. Esto es así, debido a que los infantes están en

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “D.F. y P. s/alimento”, sentencia del 12 de noviembre 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho”, sentencia del 26 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

una situación en la cual los adultos llevan ventaja, especialmente si deben dirimir ciertas diferencias en las instancias judiciales. Esto obliga al Estado a garantizar que los niños, niñas y adolescentes puedan acceder al sistema de justicia de manera igualitaria.

Las características de vulnerabilidad de los infantes, ha constituido una preocupación para los legisladores alrededor del mundo, de tal forma que desde mediados del pasado siglo XX, ha existido la preocupación por permitirles integrarse a todas las actividades de la sociedad, tomando en cuenta sus características especiales. Para esto, se comenzó a cambiar la visión de los niños y adolescentes como personas no capaces o con carencias, por el de personas en formación, que aún no cuentan con las herramientas necesarias para igualarse a los adultos.

Las instancias internacionales han recabado información que les ha permitido hacer distintas declaraciones de carácter internacional. Sin embargo, la más completa de ellas es la Convención de los Derechos del Niño (CDN), decretada en 1989, en la cual se establece el concepto de Interés Superior del Niño (ISN). Esta convención fue adoptada íntegramente como Ley Constitucional en la República Argentina, haciendo ley de estricto cumplimiento todo su contenido. Esto trajo como consecuencia que la Ley que prevé todos los casos relacionados con las familias y los intereses de los niños, que es el Código Civil y Comercial de la Nación, tuviese que adaptarse a estas normas, estableciendo la prevalencia del ISN.

Como consecuencia de la inclusión en las distintas leyes del ISN, es necesario que las instancias judiciales establezcan las formas para que los niños y adolescentes, en su condición de vulnerables, y de personas que deben ser cuidadas por la familia, el Estado y la sociedad, puedan acceder a la justicia. Se procura que puedan ser oídos, y por lo tanto ejercer sus derechos de manera plena, contando con todo el apoyo necesario para que se tomen siempre las decisiones que más les favorezcan.

Las instancias judiciales deben ejercer una tutela sobre todos los procesos que involucren a los niños y adolescentes. Esta tutela debe estar presente en todas las instancias de los procesos judiciales, para proteger de esta forma el cumplimiento del ISN. Los niños, niñas y adolescentes deben poder acceder a la justicia en todas las instancias de los procesos y deben ser escuchados apoyados en las mismas instancias judiciales que adelantan los procesos.

Es necesario que existan procesos de formación y sensibilización dirigidos a los integrantes del Poder Judicial, de tal forma que éstos puedan desarrollar todas las

competencias necesarias para ejercer su labor de protección a los niños y adolescentes. De igual forma, es necesario crear conciencia para que en todas las instancias de los procesos judiciales, los funcionarios a cargo siempre tengan como norte, la protección especial del ISN.

Capítulo 2: La libertad religiosa y los derechos del niño

Introducción

La libertad religiosa es uno de los preceptos básicos de toda democracia moderna; un Estado que garantice la libertad de culto y el resguardo de aquellos que profesen libremente su fe. Se mantienen los valores que componen a las democracias occidentales; en cuanto a los principios de tolerancia, igualdad, respeto y libre conciencia. El libre culto se encuentra enmarcado dentro de los derechos más elementales que goza el ser humano, por lo que la libertad religiosa es resguardada a nivel constitucional y supraconstitucional en la mayoría de los países del mundo. A continuación, se describirán algunos elementos que guardan relación con la libertad religiosa como lo son los derechos humanos, el derecho constitucional, la libertad de conciencia y la libertad de culto.

Estos serán desarrollados en base a los criterios de autores especialistas en dicha área, de ahí se procederá a su explicación y desarrollo a fin de que el lector pueda tener una mejor comprensión de la libertad religiosa en cuanto al derecho positivo vigente se refiere. Posteriormente se elaborará una opinión personal referente a los distintos elementos que conforman la libertad religiosa.

2.1. La libertad religiosa y los derechos humanos

La declaración universal de los derechos humanos estipula en su artículo 2²² que la libertad e igualdad de conciencia dota al hombre del derecho universal y natural de profesar libremente su fe. Esta manifestación religiosa implica su derecho inalienable de rendirle culto a la religión que adopte; sin ningún tipo de coacción o censura por parte del estado. De acuerdo con Pagano (2013), este “es el término usualmente empleado para sintetizar el derecho a libertad de conciencia, de religión o de convicciones, expresión que incluye las convicciones teístas, no teístas y ateas” (p.2).

Este principio pertenece a los derechos universales y fundamentales de toda persona, sin distinción alguna entre raza, sexo, edad o práctica religiosa, todas gozan de los mismos tratos ante la ley. Siendo la libertad religiosa el principio fundamental en el cual el estado no solo garantiza la libertad de culto, sino la de conciencia a nivel individual. En este orden Pinto (2013), enmarca lo religioso dentro de lo político al momento de abordar el tema de la libertad religiosa.

²² Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

La religión jugó un papel importante en la vida política de varios estados; como es el caso de Israel (1948), el Tíbet (1918-1949) y Arabia Saudita (1992- 2009), en ella, la religión fue parte activa del basamento jurídico y constitucional de estos países. La llegada de las democracias liberales en occidente trajo una visión política que proponía la separación entre Iglesia y Estado; con la aparición de la declaración de los derechos humanos, la legislación e instituciones de muchos países adaptaron sus leyes a esta iniciativa (p.4).

En este sentido, Liébana (2011), señala la doble vertiente que el estado debe desarrollar en torno a la libertad religiosa, la autora explica que esta posición es objetiva y subjetiva. Ya que “demanda de los poderes públicos una neutralidad religiosa y evita identificarse con una de ellas, este término es uno de los que según la autora antes mencionada, caracteriza uno de los conceptos fundamentales en la relación iglesia-estado: la neutralidad religiosa” (p.22).

De esta forma, “el Estado protege la libertad religiosa de todos los ciudadanos y evita también identificarse con cualquiera de esas creencias” (Liébana, 2011, p. 47). Este concepto resulta fundamental para garantizar la libertad de culto desde las bases del derecho individual de toda persona. El Estado al no gozar de una fe o religión oficial con la cual pueda irrumpir en el libre culto de alguna minoría o algún conjunto de personas en particular, este tiende a mantener una postura pluralista en cuanto a la libertad religiosa, tal como se exhibe en el artículo 19 de la Carta Magna²³. En esta línea de análisis, a la neutralidad religiosa también puede agregársele la aconfesionalidad, en la cual las instituciones públicas se abstienen de realizar cualquier manifestación o acto religioso.

En ella las relaciones entre el poder estatal y las distintas confesiones religiosas que puede haber en su territorio poseen una doble vertiente antes mencionada, en ella el estado adopta una actitud normativa en donde la neutralidad religiosa puede ser estricta o abierta-pluralista.

En la neutralidad estricta se desarrolla un modelo de relación entre el estado y los distintos credos que pueda haber en el territorio en donde el primero promueva una clara separación entre Estado e Iglesia; en él, existe una ausencia absoluta del intervencionismo estatal en asuntos religiosos y una no intervención en la libertad religiosa, por lo que la práctica religiosa queda relegada al ámbito privado de cada persona (Liébana, 2011, p. 49).

Por otra parte, se encuentra un enfoque de neutralidad religiosa mucho más abierto, en el cual se le da importancia al pluralismo, en donde el Estado debe adoptar una posición de árbitro o interventora que no solo garantice la separación entre iglesia y estado, sino también

²³ Artículo 19 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

el plural ejercicio de la libertad religiosa por los individuos y las comunidades.

En este aspecto el estado podría intervenir en el caso de conflictos de origen religioso como es el caso de los católicos y protestantes en Irlanda del norte, o los casos de islamofobia producidos tras los atentados del 11 de septiembre del 2001. En ellos el estado promueve una neutralidad activa en aras de garantizar el orden público y la estabilidad social. Obviamente este criterio pertenece a sociedades multiculturales. Ha de remitirse al principio de igualdad en el que las personas pueden profesar su fe tanto privada como públicamente, que al adoptarse el estado mantiene una postura independiente respecto a las diferentes confesiones religiosas que imperan en su territorio y garantiza el respeto a todo ciudadano de profesar y practicar sus creencias (Arlettaz, 2016, p.9).

Al considerar la práctica de una religión como hecho social, Liébana (2011), señala que esta “se entiende que el Estado no puede permanecer pasivo o indiferente ante el mismo, sino que ha de favorecer y facilitar la libertad religiosa” (p.54). En este sentido es importante destacar la separación existente entre iglesia y Estado, así como las prerrogativas jurídicas que exigen los derechos humanos en aras de proteger la libertad religiosa como uno de los principales derechos del hombre en cuanto a libertad de acción y de conciencia se refiere.

Por otro lado, Loianno (2011), señala los límites de la libertad religiosa cuando el Estado debe verse involucrado en mediar alguna disputa legal entre un particular y la representación de alguna organización religiosa como la iglesia católica. Este autor señala como pueden imponerse las posturas y criterios de las mayorías sobre las minorías religiosas. En materia de derechos humanos destaca las variables jurídicas que pueden existir en torno a la libertad de culto y como las convicciones religiosas pueden enfrentar los criterios de fe de los particulares con la legislación nacional vigente.

La educación y la libertad religiosa es otro aspecto fundamental de este ámbito en cuanto derechos humanos se refiere, Navarro (2004), señala que “el contenido de esta se desarrolla en los derechos de manifestar en público, en el ámbito privado de las creencias religiosas” (p.32). Conforme al artículo 19 inciso a de la Ley 26.061²⁴ existe la libertad de manifestación de las creencias, como parte de la identidad de los individuos. Se rechaza aquellas medidas legislativas que prohíben el uso de símbolos religiosos en espacios públicos como centros educativos, de salud, tribunales y demás centros públicos. Dichas medidas contribuyen a imponer un criterio de laicidad sobre sujetos que manifiestan libremente su fe.

Resulta una acción unilateral contra la identidad religiosa de los individuos, pues constituye una afrenta contra la práctica religiosa. En específico se refiere

²⁴ Artículo 19 inciso a de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de Septiembre de 2005.

a casos como los de la prohibición de llevar crucifijos, velos o demás prendas que identifiquen la filiación religiosa de las personas. Específicamente trata temas como la prohibición de la portación de signos o vestimentas de significación religiosa, que identifican a quienes los llevan o visten: estos van desde el kipá judío hasta el clergyman católico. En este orden de ideas el autor argumenta una postura que aboga por los derechos de manifestar en público y en privado las creencias religiosas, amparadas por el marco legal panamericano (Navarro, 2004, p.12).

Por consiguiente, se presenta en el debate mecanismos de búsqueda de un equilibrio adecuado entre la libertad religiosa y la pretensión estatal de buscar una neutralidad religiosa y tiene derecho a imponer ciertas normas uniformadoras que permitan asegurar la cohesión social. El derecho a la identidad y a la libertad religiosa que debe ser respetado, ya que la expresión de la expresión integra de la identidad constituye también un elemento de dignidad personal.

La práctica religiosa implica no solo criterios de dogmas o de fe, también poseen un contenido social que regula los modelos de comportamiento, las relaciones familiares, e incluso objetivos comunitarios que en ocasiones resultan ser diferentes al resto de la sociedad. Loianno (2011), toma como ejemplo el caso de una comunidad Menonita residente en territorio de la provincia de La Pampa, cuyas tradiciones religiosas y sistema de creencias que regulan la convivencia y desarrollo social conforme patrones propios del siglo pasado les impiden seguir el esquema educativo de la educación pública y obligatoria del estado argentino. En razón que este podría alterar su estilo de vida y costumbres religiosas. La pugna fue tomada como referencia por el autor para mencionar los límites de la libertad religiosa cuando una práctica privada atenta contra intereses u obligaciones del Estado.

Por ende, se resalta la complejidad existente en materia de diversidad cultural y religiosa, abriendo el interrogante acerca del límite de tolerancia que debe respetar el Estado en su deber de garantizar la libertad religiosa que es ratificada en el artículo 147 del Código Unificado²⁵. Por consiguiente, sostiene que estas discrepancias poseen un valor relativo y dependen del alcance del derecho individual. Las respuestas variarán según las diversas concepciones religiosas, modelos culturales y valores asumidos por cada sociedad. Lo expuesto por Loianno (2011), brinda ciertas distinciones entre la libertad religiosa y los derechos humanos, ya que el autor describe sus límites en la práctica:

Estas divergencias no solo pueden superarse a través de la tolerancia, término que alude al respeto de los derechos de los demás, el reconocimiento de las

²⁵ Artículo 147 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

diferencias, la aceptación de la diversidad cultural y el compromiso con los derechos humanos. Pero dicha tolerancia no admite aceptar cualquier acción u omisión bajo la invocación del deber de respetar lo diferente. Comulgamos de la idea que proclama como límite a la tolerancia, el respeto de los derechos humanos indispensables para una convivencia con respeto por la dignidad humana, que han sido acordados en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, elaborados por las organizaciones internacionales del sistema universal y regional (p.5).

La libertad religiosa implica que esta actúe en concordancia con la dignidad y el cumplimiento íntegro de los derechos humanos, ya que un derecho no puede ser resguardado o aplicado en menoscabo de limitar otro derecho. Por tal motivo, debe velarse por el cumplimiento de los derechos fundamentales de forma armónica, que actúen en principio de los paradigmas planteados por el derecho constitucional y los diversos tratados de derechos humanos vigentes.

2.2. La libertad religiosa y la libertad de conciencia

La libertad religiosa es un término que compone la mayoría de las legislaciones democráticas; si bien en párrafos anteriores se hizo una descripción legislativa de este concepto, González (2014), expone una visión de este desde lo filosófico-jurídico, refiriéndose además a la libertad de conciencia.

Ambos términos son afines ya que mientras el primero se reduce al ámbito de las manifestaciones públicas del credo al cual se siente identificado el sujeto, la segunda implica el reducto de las convicciones y creencias del individuo, opiniones y valores que este se guarda para sí fuera de toda esfera pública. Enfocándose en las creencias del hombre consigo mismo (González, 2014, p.53)

La principal diferencia entre ambos términos sería el ámbito en el que se desarrollan dichas prácticas. La libertad de culto se engloba en el ámbito privado mientras que la libertad religiosa se desarrolla en las esferas de lo público y es en ella donde el Estado se encarga de preservarla o promulgarla como valor democrático en los términos del artículo 14 de la Constitución²⁶.

La libertad religiosa también está relacionada con el término de tolerancia; este surge como mecanismo de regulación de las sociedades en donde existe una fuerte presencia multicultural, producto de la inmigración y la globalización, tal es el caso de Europa o Asia. Esta implica la coexistencia y respeto de los diversos credos que puedan existir en una sociedad; estableciéndose como la puesta en práctica de un valor de convivencia. La libertad religiosa y de conciencia implica entonces una comprensión de lo que el sujeto llega a

²⁶Artículo 14 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

entender como individuo de lo religioso y a su vez como su conciencia y sistema de creencias emite un juicio o criterio interior.

Lo religioso y sus concepciones en cuanto a lo público poseen un cambio fundamental en el siglo XX tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde Libertad religiosa conforme a su artículo 2²⁷ se constituye un derecho universal inviolable, reconocido y protegido en todos los ordenamientos jurídicos positivos.

Lo expuesto en párrafos anteriores permite afirmar entonces que la libertad religiosa constituye la base filosófica de los derechos humanos fundamentales en cuanto a creencias se refiere. Estas se centran en la dignidad de la persona que por su condición humana goza de estos derechos inalterables. Sin embargo, los textos citados hacen únicamente un reconocimiento de la libertad de manifestación de los diversos dogmas de fe, pero no establece límites a este tipo de prácticas. Aun cuando se aclara que comportan practicas individuales a las que voluntariamente un sujeto en plena convicción se ha adherido.

La amplitud de esta potestad de culto abarca la libertad de toda persona de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, el derecho de no tener religión o creencia; la libertad de conservar su religión o sus creencias; así como utilizarla como distintivo de identidad cultural o individual; libertad de cambiar de religión o de creencia; libertad de manifestar su religión o su creencia de forma individual o colectivamente, tanto en público como en privado(González, 2014, p.55).

No es concebible que tras el escudo de la libertad de culto se realicen una diversidad de conductas que vayan en contravención con el resto de potestades fundamentales, o con las previsiones de orden que sujetan el comportamiento humano de un determinado modo para lograr una convivencia social armónica. En virtud que esta prerrogativa de libertad religiosa no se ubica por encima del cumulo jurídico individual que se le acredita a cada persona, sino que han de ser ponderadas en cada supuesto factico, de modo que todas puedan ser resguardadas.

2.3.La libertad religiosa en la Constitución Nacional

La constitución argentina vigente desde 1853, reformada en 1994, a pesar de su influencia liberal emanada de las constituciones de Estados Unidos (1787) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁸, mantiene según Cardoso (2001), cierta

²⁷ Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

²⁸ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional Constituyente Francesa, Paris, 26 de Agosto de 1789.

prevalencia por la fe católica apostólica y romana como culto nacional. La reforma de 1994, cambia los preceptos religiosos por otros laicos, aunque mantiene en su preámbulo la invocación a la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia.

La reforma constitucional de 1994²⁹ en atención a la libertad de culto y neutralidad religiosa del Estado suprimió el requisito de confesionalidad católica para el Presidente y el Vicepresidente de la nación. Igualmente modifica el juramento de investidura de las primeras autoridades de la república por un juramento no confesional, el cual en lugar de jurar por "Dios, la Patria y los Santos Evangelios" pasa a jurar respetando "sus creencias religiosas". Igualmente, Cardoso (2001), señala que se suprime la atribución del congreso de admitir en el territorio nacional otras órdenes religiosas además de las existentes.

En cuanto a libertad religiosa se refiere, esta se mantiene vigente e invariable luego de la reforma de 1994, la constitución argentina aboga por la no discriminación religiosa y complementa la legislación constitucional con los pactos internacionales firmados por la nación cuya jerarquía es constitucional. En cuanto a la libertad religiosa se refiere, la Constitución Nacional garantiza el derecho de todos los habitantes de profesar libremente su culto, sean ciudadanos argentinos o extranjeros en los artículos 14 y 20³⁰. En materia de libertad de culto, la constitución establece que las acciones privadas solo competen a los hombres y las acciones que estos tomen sin alterar el orden público, ni perjudiquen a un tercero, quedan exentas de la autoridad del gobierno y del estado.

El Estado reconoce el respeto pleno los derechos de los individuos y la coexistencia con las distintas confesiones religiosas existentes. Por consiguiente, Cardoso (2001), explica que el estado argentino se basa en los siguientes elementos de convivencia religiosa: "Libertad religiosa, relación de autonomía y cooperación en la relación del Estado con las confesiones religiosas y diálogo interreligioso como bases fundamentales para una convivencia pacífica" (p.7).

Otro elemento importante a destacar en cuanto a libertad religiosa se refiere en la Carta Magna es el principio de neutralidad, en cuanto a los orígenes históricos de esta, Botana (2018), explica que

La idea de neutralidad al momento de ser redactada en la Constitución Argentina tenía una connotación distinta a la que se tiene hoy en día, pues esta se encontraba en la práctica inhabilitada ya que el Estado Argentino no quería

²⁹ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³⁰ Artículos 14 y 20 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

perder su relación con la iglesia católica, por razones políticas y sociales. Para mediados del siglo XIX y XX, la postura en cuanto a la libertad religiosa se refiere fue ecléctica por parte del Estado Argentino (p.18).

En tal sentido Botana (2018) señala que “la libertad de culto representaba entonces un elemento de carácter instrumental en la carta constitucional” (p.19). Las razones de esta sincronía entre Estado e iglesia obedecían a que las voluntades fundadoras de la República no querían poner en crisis la unidad religiosa del territorio del Río De La Plata. Asimismo, estos compartían la idea de una república con una religión profundamente arraigada a las instituciones civiles, este modelo de relaciones Estado-iglesia se mantuvo hasta inicios del siglo XX.

Por consiguiente, esta relación entre iglesia y estado permitió una lectura ambivalente del texto constitucional. Botana (2018), explica que la constitución de 1853 permite una lectura de un Estado confesional con herramientas encaminadas en fomentar la tolerancia, con proyecciones hacia la neutralidad. Hoy día la Constitución³¹ argentina tras su reforma de 1994, adquiere un tomo neutral en cuanto a la libertad religiosa se refiere, en última instancia la corte suprema de justicia fue la que delimitó este aspecto en la jurisprudencia actual. La Argentina tras asimilar los distintos instrumentos jurídicos internacionales como leyes de rango constitucional, modernizó sus instituciones y su sistema social a fin de promover la libertad religiosa.

2.4. La libertad de cultos

La libertad de culto es un derecho fundamental que permite a cada persona elegir libremente su religión, o no elegir ninguna, y ejercer dicha creencia en el ámbito privado, sin ninguna supervisión del Estado. La Libertad religiosa por el contrario implica lo público y todas aquellas manifestaciones externas del culto religioso. Este concepto implica realizar actos externos de reverencia, homenaje, veneración y participación en la liturgia religiosa.

La libertad de cultos en la Argentina posee un precedente jurídico práctico, pues durante las migraciones de mediados del siglo XIX, el Estado facilitó este término en su legislación para propiciar el respeto y convivencia entre la población de inmigrantes, muchos de ellos profesaban distintas corrientes del cristianismo que iban desde el catolicismo (Españoles e Italianos) a Anglicanos (ingleses) y protestantes (Alemanes)(Berger, 2015, p.29).

La libertad de cultos se implementó en la legislación argentina con la constitución de 1853, en ella señala expresamente: “los derechos para los extranjeros, entre los cuales se halla el derecho a ejercer libremente su culto; ello indica que el extranjero puede ejercer su

³¹Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

religión mientras respete las leyes que los reglamenten y la Constitución” (Berger, 2015, p.11).

Seguidamente en el artículo 14 la Constitución argentina establece que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de profesar libremente su culto (...)"³². Por tanto, la libertad de culto está garantizada constitucionalmente, aunque el Estado reconoce un carácter preeminente a la Iglesia Católica, que cuenta con un estatus jurídico diferenciado respecto al del resto de iglesias y confesiones.

Las organizaciones religiosas en la Nación son consideradas personas de derecho privado según el artículo 148 del Código Civil y Comercial³³ pero de un tipo especial cuya regulación se dejó en manos de una ley futura que sería redactada para este tipo de efigies. La situación jurídica de los grupos religiosos está actualmente reglada por la Ley 21.745 de Registro Nacional de Cultos³⁴. La inscripción en este Registro se obtiene mediante una personería jurídica ante unas autoridades especiales en la materia.

El fenómeno religioso está instalado en la sociedad argentina, la fe es un aglutinante social que identifica valores afines con las personas y forma parte de su cultura, Argentina no es un caso aparte en cuanto a América Latina se refiere. Siguiendo esta línea de análisis, Gentile (2001), realiza una revisión del derecho positivo vigente, recalcando la libertad de culto en la constitucionalidad argentina.

La carta magna en el artículo 14 que expresa: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos según las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) profesar libremente su culto(...)"³⁵. Posteriormente en el artículo 19 se enuncia que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios (...)"³⁶. Finalmente en los términos del artículo 20 se dispone que: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden...ejercer libremente su culto (...)"³⁷.

Toda manifestación de fe es permitida; pero existen ciertos remanentes institucionales

³²Artículo 14 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³³Artículo 148 del Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³⁴Ley 21.745 D. Reglamentario 2037/1979. Boletín Oficial de la República Argentina, 04 de septiembre de 1979.

³⁵Artículo 14 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³⁶Artículo 19 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

³⁷Artículo 20 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

a nivel constitucional que restringen la legalización de otros cultos religiosos, debido a que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano. A pesar de esta limitante, la libertad de culto se sustenta en la nación en base a las tradiciones liberales de la República y la preservación de las libertades individuales. La libertad de culto engloba entonces una serie de preceptos fundamentales que permiten al estado no solo garantizar este derecho elemental sino también mantener la coexistencia y equilibrio entre sujetos con credos o convicciones distintas.

Por último, es importante señalar la importancia constitucional que tiene la libertad de culto en la educación. Gil Domínguez (2018), explica el principio de neutralidad religiosa en el paradigma constitucional argentino. Coincidiendo con autores como Botana (2018) y Berger (2015), con respecto a las características eclécticas de la Constitución Nacional³⁸ en torno a la neutralidad por parte del estado en materia religiosa se da cabida al Evangelismo, Judaísmo, Testigos de Jehová, Budismo, Islamismo entre otras formas de fe. Tras la reforma constitucional de 1994, el nuevo marco jurídico constitucional permite abordar la libertad de culto en lo educativo.

Esta tiene como finalidad garantizar la diversidad de pensamiento y de criterio, los alumnos de las escuelas públicas tienen la potestad de recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro de su plan de estudios, los cuales son enseñados con el propósito de promover una aproximación histórica y cultural de las religiones a fin de crear conciencia en los estudiantes sobre las distintas manifestaciones religiosas y derrumbar estereotipos que puedan existir en el alumno, (Gil Domínguez, 2018, p. 17).

La libertad de culto en las escuelas se haya limitado a la confesionalidad del estudiante, es decir si este pertenece a un culto minoritario puede solicitar no ver los contenidos de las clases de religión. La legislación desde 1884, prepara diversos contenidos en función al credo del estudiante. Esta ley habilitó la enseñanza religiosa en las escuelas públicas por los docentes autorizados por los diferentes cultos antes o después de los horarios de clase. De manera que aquellos alumnos que deseen ver clases de religión en las escuelas, pueden hacerlo en horario de clases y aquellos estudiantes que pertenezcan a otros cultos religiosos pueden aplicar pruebas distintas con otros criterios de evaluación.

En cuanto a la libertad religiosa en las escuelas, esta va de la mano con la libertad de conciencia y entra en consonancia con el respeto a los derechos individuales, la libertad de culto representa el respeto de la práctica religiosa en el ámbito privado del estudiante. Proyectos legales como la Ley 25.326, derogada por el tribunal constitucional, habilitaban un

³⁸Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

cuestionario que debía ser respondido por los padres, dicha ficha era referente a las afiliaciones religiosas del estudiante.

Esta ley de acuerdo a Gil Domínguez (2018), “se declaró violatoria de las libertades de conciencia y de culto, debido a que impone la carga de divulgar una faceta de la personalidad destinada al ámbito privado de la persona” (p.19). La libertad de culto a pesar de estar garantizada en la constitución vigente no escapa de la confesionalidad del Estado y la defensa tacita de los intereses del grupo religioso mayoritario.

Conclusión

Tras una extensa revisión de la libertad religiosa y su significado, esta posee un valor fundamental como garante de uno de los derechos humanos fundamentales, estos principios consagrados en la constitución nacional desde el siglo XIX alcanzaron vigencia plena solamente luego de la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, la tolerancia religiosa y la libertad de conciencia imperante en la sociedad argentina le permitieron constituirse como una nación pluralista y no confesional en el ámbito privado. Se permitió crear una base legal para que los inmigrantes que profesaran otras religiones pudieran asimilarse a la cultura y sociedad argentinos.

Premisas como la libertad de conciencia y tolerancia religiosa se han mantenido a lo largo de la historia del país, la práctica de la religión en el ámbito privado implica riesgos mínimos para sus practicantes, mientras que cuando la fe se convierte en un elemento de identidad cultural y personal por parte de la persona. Está amparada por los tratados y acuerdos internacionales suscritos por la república y que posee rango constitucional.

Por lo que la práctica religiosa no posee hoy en día ningún tipo de control por parte del Estado. Si bien en la práctica legal el estado argentino poseía importantes intereses con la Santa Sede, cuyos acuerdos le dieron a la iglesia católica un papel ventajoso con respecto a otros cultos minoritarios. Las vinculaciones culturales, históricas y sociales con ese culto religioso minimizaron las consecuencias sociales de dichos acuerdos.

Capítulo 3: El Derecho a la Salud y la libertad religiosa

Introducción

Con el pasar de los años la sociedad se torna más compleja, en conjunto con las posibilidades de anticipar el derecho de forma positiva antes las problemáticas que puedan llegar a surgir. Con esto se refiere al caso donde colisionan los derechos de salud y vida del niño o adolescente con los de libertad de religión de los padres, suscitados en instituciones de salud bien sea pública o privada y que más tarde son llevados a la corte, por las disputas que se originan en el caso.

Pacientes profesantes de la religión “Testigos de Jehová”, han dado lugar a un mar de diversas opiniones con respecto a su voluntad de negar algunas prácticas médicas que se realizan con regularidad y que además en algunos casos son indispensables para salvar la vida de la persona tratada. Esta situación se vuelve más compleja cuando entra en ella la presencia de un menor de edad como paciente y este necesita algún tratamiento como por ejemplo una transfusión sanguínea.

El menor de edad debido a su falta de capacidad jurídica, se encuentra bajo la responsabilidad de sus padres y debido a motivos religiosos, estos no aceptan los tratamientos correspondientes, colocando a la institución bajo circunstancias muy delicadas. Estos conflictos tienen trasfondos relacionados con diversos derechos, educación y conciencia, de los cuales se estará hablando durante este capítulo.

3.1. La libertad religiosa y el derecho a la salud

La práctica de algunos tratamientos médicos tales como transfusiones sanguíneas han presentado con el pasar de los años una situación bastante compleja, esto no sucede en todo el tiempo, sin embargo, si existen casos donde hay un choque de ideales, en los cuales divergen en materia de intereses, pero convergen al ser todos llamados derechos. Esta circunstancia es observada en los pacientes que rechazan la práctica de dichos tratamientos, por motivos religiosos, y respaldan el rechazo mediante el requerimiento de una aprobación, bien sea por parte del paciente, o de sus padres al ser el paciente un menor de edad. Dejando en las manos de los médicos tratante una problemática bioética. Estos casos se ven en concreto en aquellos pacientes profesan ser de la corriente religiosa llamada “Testigos de Jehová”.

Ahora bien, existen diferentes derechos y deberes que respaldan a las personas involucradas en estas situaciones tan delicadas, y se vuelven aún más complejas si el paciente

es menor de edad y la decisión de asumir o no los riesgos, queda directamente en manos de sus padres al denegar los tratamientos médicos que su religión denota como pecados. En teoría, interactúan el derecho a la salud, derecho a la libertad de religión y más que un derecho el interés superior del menor.

Estos son considerados derechos universales, y son consagrados según la constitución y los ordenamientos reglamentarios contenidos en ella, los mismos serán analizados para poder determinar la eficacia y exigibilidad de las políticas públicas que son aplicadas por el Estado, con el fin de garantizar el acceso a la salud. Exponiendo en perspectiva la posición adoptada por los derechos en cuestión, es necesario describirlos, iniciando por el Derecho a la Salud.

El derecho a la salud, este derecho representa uno de los pilares máximos en la fila de potestades fundamentales, ya que es esencial para el desarrollo de la humanidad como sociedad, gozar de este derecho permite que cada individuo se adapte a su respectiva comunidad. Dada esta situación cada Estado está en obligación de hacer prevalecer este derecho y velar porque sea cumplido, el derecho a la salud funda las bases para que el resto de los derechos puedan ser gozados plenamente. Desde 1948 se ha afirmado la importancia del mismo, luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que lo consagra en su artículo 2³⁹, y se ha seguido ratificando mediante numerosos Tratados Internacionales.

El derecho a la salud se contempla en la Carta Magna en su artículo 42⁴⁰ como una forma de resguardo del derecho a la vida que preside y se sitúa delante de la realización de los demás derechos. Al privarse a un individuo de esta prerrogativa se le estaría automáticamente despojando de todas las demás potestades que una persona posee, dado que para poder gozar de cualquier derecho es esencial estar vivo. En criterio de Gómez (2014), “este derecho es esencial y no obstante como es priorizado con respecto al resto de los derechos, en caso de ocasionarse un conflicto es el resto de los derechos los que deben ceder ante el derecho a la vida” (p.32).

El derecho a la libertad de religión preceptuado en los artículos 14 y 19 de la Constitución⁴¹ y en el artículo 147 del Código Civil y Comercial⁴² es de trascendencia

³⁹ Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de Naciones Unidas, New York, 10 de diciembre de 1948.

⁴⁰ Artículo 42 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴¹ Artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁴² Artículo 147 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

histórica, y se puede corroborar al dar un vistazo al pasado. Grandes guerras y genocidios de siglos anteriores fueron justificados o motivados por intolerancia religiosa con respecto a diversas corrientes de la época. Estos acontecimientos dieron lugar al reconocimiento de la libertad religiosa como un derecho, fue uno de los principales derechos que fueron protegidos en los primeros instrumentos que atienden la materia fundamental como la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³ y se ratifica en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión en las convicciones⁴⁴

Ahora bien, se requiere que la legislación asista de forma efectiva las acciones propensas a respetar la libertad de religión sin que pierda importancia el derecho fundamental. Sin embargo, de igual forma que en el derecho a la salud, las problemáticas son tangentes y no se brinda una protección extensa por la ley, la cual proponga soluciones a los conflictos que proceden. A pesar de que este capítulo aborde este tema con respecto a una minoría como lo es la corriente religiosa “Testigos de Jehová”, es necesario enfatizar en el hecho de que no existe legislación o jurisprudencia suficiente que abarque esta premisa de forma amplia.

La colisión de los derechos fundamentales a la salud y libertad de culto se aprecia con claridad en supuestos facticos donde el sector religioso denominado Testigos de Jehová se opone a los métodos terapéuticos que llegan a ser necesarios para proteger la condición de una persona, para salvarle la vida y que exige mayor atención Estatal cuando el enfermo es un niño o adolescente.

En la mayoría de los países latinoamericanos, los ordenamientos jurídicos abordan otros aspectos y en algunos casos limitan la libertad de religión al mezclarse o contraponerse otros derechos, como pueden ser libertad de expresión, libertad de enseñanza, libertad de reunión, y en estos casos de derecho a la salud. En razón que deja una laguna al no existir criterios firmes que ayuden a tomar decisiones con respecto a estos problemas; esto coloca indefensos a las instituciones y profesionales los cuales llevan toda la responsabilidad al estar en conflicto con un Derecho Fundamental (Jiménez, 2016, p.8).

Explica Jiménez (2016) que los Testigos de Jehová, son una corriente religiosa que apareció en el año 1879, y casi cien años más tarde es cuando dicha corriente alcanzó una divulgación en casi todos los países del mundo. Es en el año 1942 cuando su representante y los principales profesantes de la religión prohíben las transfusiones sanguíneas, puesto que

⁴³ Convención Americana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. San José, 22 de Noviembre de 1969

⁴⁴ Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión en las convicciones. Asamblea de Naciones Unidas, New York, 25 de Noviembre de 1981.

asocian este tratamiento médico con la alimentación.

Esto se debe a la interpretación de algunos pasajes bíblicos donde explícitamente habla del consentimiento de Dios a la ingesta de carne, pero la prohibición del consumo de la sangre. Esto se repite en diversos pasajes de la Biblia, pero en distintas situaciones, haciendo énfasis en no consumir sangre, esto es traducido por los Testigos de Jehová a negar el uso de sangre humana incluso tratándose de fines médicos, consideran esto como ingerir hemoderivados, por ende un pecado ante las reglas divinas (Jiménez, 2016).

Para los profesantes de esta religión, más allá de su salud ocupa un lugar preeminente la carga religiosa. En este sentido consideran que si los medios que se precisan para preservar su vida depende de tratamientos considerados como faltas a sus creencias, niegan a los médicos su consentimiento para someterse a determinadas terminadas. Esta situación se intensifica o agrava en los casos donde un menor es el paciente y sus padres o tutores responsables del niño y profesantes de esta fe, alegan que dicha negativa a los procesos médicos se justifica en el bienestar espiritual del menor.

Se suscitan casos de adultos que firman un documento llamado Directivas anticipadas y designan a un representante para la atención médica, en este documento expresan abiertamente su nombre, edad, culto religioso y su decisión propia de denegar el uso de transfusiones de sangre en su cuerpo en caso de estar en un estado de inconsciencia y no estar en condiciones de hacerlo saber por sí mismos (Jalles, 2012, p.10).

En el caso⁴⁵ de un joven adulto de la provincia de Buenos Aires, declaró en su estado de consciencia negarse a usar transfusiones de sangre bajo las condiciones anteriormente explicadas. Sin embargo, luego de ser internado, su padre solicitó que se le realizase dicha transfusión por su bienestar físico, esta solicitud fue aprobada por el juez bajo el fundamento de que en dicho momento ya el paciente no estaba en condiciones de tomar dicha decisión. Pero más tarde se opuso la esposa del joven la cual contrajo matrimonio con él en un Salón del Reino de los Testigos de Jehová y compartía su creencia. En este sentido el alto tribunal en respeto a libertad de culto y a la voluntad manifestada por el paciente descarta el uso de las trasfusiones sanguíneas.

De modo similar puede suscitarse que los progenitores de un niño se opongan a que este sea sometido a una transfusión sanguínea, aun cuando este procedimiento sea necesario para aumentar sus probabilidades de vida al someterse a una intervención quirúrgica. El hecho

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. caso Albarracín/ Libertad de culto. Sentencia de 02 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

de que los padres se nieguen rotundamente, en ocasiones compele a que los apoderados del instituto médico en el cual se encuentra el menor, deban acudir a la instancia judicial pues se desacata el artículo 18 del instrumento convencional⁴⁶. La pretensión en estos casos versa sobre la autorización para que realizar la intervención y la transfusión, en contravención de lo expresado por sus padres y su dogma de fe (Giudi, 2014).

En una vista general del panorama de estos casos, ambos son solucionados mediante la comunidad jurídica. Por ejemplo, en el caso de los adultos se presenta un consenso escrito que niega cualquier práctica que vaya en contra de su creencia y en el de los menores de edad, aún al ser rechazado el tratamiento por sus padres, el Estado es quién da la orden para poner en práctica la transfusión. Esto obedece a que el juez ha de priorizar la ciencia ante la creencia, cuando se intenta salvaguardar la vida de un niño.

Más allá de las ideologías o los credos religiosos con el fin de justificar estas negativas a la terapia médica, no existen márgenes al momento de estimar la preeminencia de la autonomía de los padres al tomar dichas decisiones con respecto a sus hijos. En virtud que su responsabilidad como representantes, es velar por el bienestar de sus niños, y no para acoger deliberaciones que en su rigurosidad afecten directamente a los pequeños, dejando en una situación de vulnerabilidad el derecho a la salud del cual deben gozar (Giudi, 2014, p.61).

Según la Declaración sobre la eliminación de todas la formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión en las convicciones⁴⁷ la libertad de hacer notar la voluntad que profesa la religión o convicciones solo estará sujeta a limitaciones que la ley prescriba, y que a su vez sean necesarias con el fin de proteger la vida de otros, mediante la seguridad, la salud, el orden o moral públicos, así como también que sean respetados los derechos de los demás en conjunto con sus libertades.

Analizando dichas posturas en relación a los casos de los jóvenes, es propio decir que se ajustan parcialmente a los términos explicados. Resulta necesario establecer cuál es el grado de incidencia y si se encuentran perpetradas conductas penales por omisión, en el caso de los padres del menor al no permitir llevar a cabo la realización de una transfusión sanguínea, debido a cuestiones de libertad religiosa y objeción de conciencia.

De igual forma es pertinente analizar también la posible responsabilidad que recaee sobre los médicos, bien sea civil, profesional o penal, ya que ahí dependería de la posición

⁴⁶ Artículo 18 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁴⁷ Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión en las convicciones. Asamblea de Naciones Unidas, New York, 25 de Noviembre de 1981.

que adopten ante lo suscitado. Bajo este orden de ideas afirma Ferrer (2014), que “el derecho a la libertad religiosa es un derecho que tiene sus limitaciones, bajo la legislación, y jurisprudencia de cada país, en caso de los países latinoamericanos se conoce que no han adoptado una postura general con respecto a esta problemática” (p.2).

Es prudente acotar que el hecho de que los niños no son considerados apto de tomar una postura religiosa, por lo que no pueden pronunciarse a favor de un criterio de fe inculcados por sus padres, que implique un menoscabo a su integridad y bienestar. Sin embargo en atención al derecho a ser oído que se postula en el artículo 3 de la Convención⁴⁸ y en el artículo 27 Ley 26.061⁴⁹ si el niño o adolescente a tratar con procedimientos no permitidos por los Testigos de Jehová, manifiesta su aquiescencia de someterse a la terapia médica, esta opinión ha de ser valorada por el operador de justicia en cognición de la causa.

Ahora bien, ¿Qué papel juega en este punto el interés superior del menor? Más que ser un derecho, se considera como un principio, el cual se entiende como un conjunto de acciones y procedimientos que tienden a garantizar un correcto desarrollo integral y una vida con condiciones dignas. Esto implica que el menor sea dotado de un ambiente afectivo y que sean cumplidas las necesidades materiales que se requieren para vivir plenamente, siempre optando por alcanzar el mayor bienestar que sea posible (Jiménez, 2016).

Básicamente este principio ha sido estipulado para hacer cumplir todos los derechos de los niños y adolescentes, favoreciendo su desarrollo físico, psicológico, moral, social, y cultural, y que todas le beneficien en el máximo grado posible, no solo por la Convención de los Derechos del niño sino también por todo el estamento normativo. Entonces es importante brindarles un ambiente sano, los involucrados directos son los padres, no es correcto afirmar que la instrucción de una creencia afecta al niño, pero deben ser tolerantes al servirse de una diversidad de medios ofrecidos por la ciencia para arribar a ese estado de bienestar integral. En sentido adverso, al verificarse la falta de resguardo del derecho a la salud el aparato estatal interviene para brindar abrigo a las necesidades del niño de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Convención⁵⁰ y como se aprecia en el artículo 107 del Código

⁴⁸ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁴⁹ Artículo 27 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de Septiembre de 2005.

⁵⁰ Artículo 18 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

Civil y Comercial⁵¹.

En este orden de ideas, en la Convención de los niños fue adoptado que las medidas que se tomen acabo en instituciones bien sean privadas o públicas de bienestar social, autoridades administrativas, los tribunales, o los órganos administrativos, están pautadas a atender siempre el interés superior del menor. Esto quiere decir que no es descabellado observar que aún en contra de voluntades ajenas, a los menores se les sea aplicado el procedimiento bajo órdenes judiciales, ya que éstas medidas son tomadas en modo de salvaguardar la vida y por ende los demás derechos del menor (Manchini, 2011).

Por el caso contrario esto no se ve, al ser un adulto la persona en cuestión, las decisiones se ven mayormente parcializadas por estrictos procedimientos jurídicos, que serán dependientes de lo demandado por los seres más allegados a la persona, depende altamente del deseo de los familiares de querer o no, hacer cumplir la voluntad del paciente, ya que este no se encuentra en condiciones de tomar un camino por el mismo.

Cabe destacar que el derecho a la salud posee un carácter prestacional que implica y conlleva un conjunto de obligaciones por parte de los poderes públicos, y positivas para las personas. Es propio señalar que el derecho fundamental a la salud no significa lo mismo que el derecho a la protección de la salud, puesto que el primero engloba una protección general sobre la salud y bienestar de las personas, incluyendo la obligación por parte de particulares (hospitales privados o públicos) a su resguardo. Mientras que el segundo, hace referencia principalmente a la obligación que tiene el Estado de desarrollar leyes, políticas y acciones que ofrezcan el goce del derecho a la salud, bien sea de forma preventiva o de sus tratamientos cuando está en la salud es afectada (Manchini, 2011).

3.2. La objeción de conciencia frente al derecho a la vida y a la salud

La libertad religiosa se encuentra enmarcada hoy en día ante el ordenamiento jurídico, donde la protección de dicha libertad es vital para el Estado. De tal manera que se considera la libertad religiosa como un derecho primordial para el hombre que en ocasiones puede colidir o entrar en pugna con otras prerrogativas. En algunos casos el derecho a la libertad religiosa de los progenitores ubica en una posición del jaque el derecho a la vida y a la salud de los niños, pues inhibe la aplicación plena de las medidas terapéuticas fundados en ciertas previsiones bíblicas.

⁵¹ Artículo 107 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

En referencia a estos derechos esenciales, se abordan algunos supuestos facticos, de profesantes de la religión Testigos de Jehová, resalta el caso de un niño muerto luego de recibir una transfusión de sangre, cuando los padres no habían permitido que se le hiciera dicho tratamiento médico. Posteriormente los progenitores aseveran que la muerte de su hijo fue a causa de dicha trasfusión sanguínea por ir en contra de los designios de su religión o (Barrero, 2002).

Por otro lado, el segundo aspecto el cual enmarca la libertad de conciencia se comprende como aquellas actitudes del ser humano en ámbitos éticos y morales las cuales determinan el bien y el mal. Por tal motivo el componente ético o de responsabilidad de actuar en cada persona bajo sus propias convicciones son pensamientos que se derivan de la práctica o traslación de esta libertad de conciencia, donde de igual manera a la anterior no se exige actuar en contra de la conciencia ni ser obstaculizado de obrar conforme a ella (Barrero, 2002).

Ahora bien, el tercer punto que constituye la libertad religiosa es la libertad al culto, donde se menciona el derecho a las prácticas de la creencia, en este sentido aquí se rinde tributo y ceremonias a lo sagrado. Por su parte el culto puede ser privado o público destacando que la libertad del culto es la manifestación misma del sentimiento religioso. Aunado a esto ninguna libertad puede ser considerada absoluta o ilimitada y mucho menos puede ser la libertad religiosa desobediente de la ley, de los derechos primordiales de los demás y por tanto debe garantizar los requisitos mínimos de coexistencia ciudadana tranquila y aceptable.

La integridad del médico también es esencial dentro de la problemática descripta, muchas veces los profesionales se ven obligados a intervenir para resguardar la salud y la vida del paciente. Sin embargo, no es procedente el imponer un tratamiento médico a una persona mayor de edad sin su consentimiento, la salud al ser considerada un derecho comporta el respeto a la autonomía del individuo y su decisión de recibir o no alguna terapia médica. (Garay, 2014).

En este sentido cabe destacar que bajo estas circunstancias el Estado y sus responsabilidades también se ven involucrados, ya que según la interpretación de los acontecimientos y las normas se puede estar en presencia de un homicidio por parte del personal médico al realizar un tratamiento que no fue consentido por el paciente, o por el contrario el no haberlo realizado y por consiguiente originar la muerte del mismo. En tal

sentido la realización de procedimientos médicos sin la tutela del paciente puede enmarcar un delito.

Tampoco se puede inferir en la decisión de quien se niega a recibir un remedio médico por razones de conciencia, ya que según ellos pueden estar resguardando su vida eterna ante la salvación terrenal. De tal manera que ante estos conflictos ideológicos resulta evidente la pregunta si el Estado debe promocionar nuevos procedimientos médicos alternativos con el fin de resguardar los derechos tanto de salud como la libertad religiosa, sin importar los costos que estos conlleven. La responsabilidad del Estado es clara, pero debe hacerse un previo estudio al respecto antes de poder entrar en acción (Barrero, 2002, p. 12).

3.3. La libertad religiosa y los niños.

La educación debe ser tomada en cuenta en un sentido amplio, y comprende de esta forma diversos aspectos en los niños, donde destaca la formación integral de su personalidad, en las facetas culturales, morales, profesionales, físicos y religiosos. Los padres deben prestar atención especial para que los niños y adolescentes puedan desarrollar todas sus capacidades al máximo, esto significa instruirlos, transmitir normas morales de conducta, principios, e inculcarles cuáles son sus derechos y deberes (Barrero, 2002).

En atención a la materia de niñez y adolescencia se presenta de forma implícita un conflicto en referencia al ejercicio de una libertad de religión, considerada esta como una de las libertades fundamentales. En algunos tratados internacionales de derechos humanos, la libertad religiosa esté formulada como libre libertad de conciencia y de religión, implicando que cada persona es libre de conservar sus creencias, de forma individual o colectiva, se tiene el derecho de practicarse en privado como de salir y profesar en público. Ninguna persona debe ser objeto de medidas restrictivas dirigidas a la voluntad de pensamiento de los demás, siempre puede existir el dialogo y la libertad de expresión, basado en la tolerancia a la diversidad de opiniones.

La libertad de manifestación de las religiones y creencias solo está sujeta a aquellas limitaciones que prescriba la ley y que en se consideren necesarias para proteger efectos colaterales de las mismas, bien sea la salud, la seguridad, el orden, la moral, y todos los derechos y libertades que sea retenidos por los demás. Léase bien que se ha nombrado que este derecho abarca a “toda persona”, abarcando evidentemente a los niños y que se encarga de ratificar la Convención sobre Derechos del Niño expresando en su artículo 14.1 que “los Estados deben respetar el derecho del niño a la libertad de religión, pensamiento y

conciencia”⁵²

La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 14.2⁵³, se dice que los Estados deben respetar los deberes y derechos de los padres, tutores o representantes legales, al guiar a sus niños en un libre ejercicio de su derecho, conforme a cómo evolucionen las facultades del mismo. Esto se traduce como una aplicación de un principio más generalizado, que se contiene en el artículo 5 de la misma Convención

Será respetado por los Estados los derechos, responsabilidades y deberes de los padres o representantes legales de los menores a impartir en conjunto con el avance de sus facultades, la orientación y dirección adecuadas para que el niño comprenda y pueda ejercer los derechos que lo resguardan en esta convención⁵⁴.

El derecho a la libertad del cual gozan las niñas, niños y adolescente, comprende tener sus propias creencias, ideas, o religión de acuerdo a las limitaciones de sus facultades, y las garantías que se consagran por el ordenamiento jurídico, así como también que el ejercicio de sus actividades esté orientado por sus padres, o representantes. Según Barrero (2002), “a medida que los niños van madurando, aumenta su autonomía, esto implica a la materia religiosa, e inversamente proporcional disminuye la influencia de sus padres al guiar o tomar decisiones por él” (p.7).

Esto representa un conflicto polémico, de los cuales nacen dos interrogantes ¿A partir de qué punto en la vida de un niño o adolescente, puede tomar decisiones religiosas de forma autónoma? ¿Qué sucede cuando hay desacuerdos de ideologías entre los padres y los hijos? Ya que los padres estuvieron en función de formadores y guías en el camino religioso de sus hijos.

En Argentina no hay leyes que definan el momento exacto en el cuál un menor de edad está en su derecho de tomar decisiones en materia religiosas, estén o no a favor de sus progenitores. No sólo en Argentina, los tratados internacionales tampoco han establecido una edad específica para que las acciones de los menores sean totalmente válidas. El asunto de elección religiosa coloca los derechos en una balanza, a un lado están los padres con la orientación y la educación, y los hijos con el derecho a la libertad de religión. Sin embargo, en la contemporaneidad el punto podría atenderse haciendo exegesis de los preceptos del Código

⁵²Artículo 14. 1 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁵³Artículo 14.2 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁵⁴Artículo 5 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

Civil y Comercial, en los artículos 22, 23, 24 y 26⁵⁵ que postulan su capacidad progresiva para tomar decisiones.

En realidad, la verdadera pregunta es, si a partir de que el menor decide discernir ante lo orientado por sus padres es el momento de emancipación del mismo. La mayoría de edad se considera con la capacidad de llevar a cabo actos de carácter jurídico, mientras que el carácter religioso se queda más bien en el estado de diferencia de pensamiento, y es sabido que ese discernimiento se adquiere desde antes que la capacidad de responder judicialmente (Pulvirenti, 2010).

No obstante, muy separado de la edad requerida, más allá de límites legales de la edad, se trata de haber alcanzado una madurez suficiente para ser consciente de las acciones tomadas por sí mismo, y esto debería ser tomado en cuenta en cada caso, respecto a cada persona, la relación de la persona con el ambiente, y la conducta. Es prácticamente un principio que se respete la autonomía exponencial de los niños y adolescentes, así como su grado de madurez, haciendo énfasis en las decisiones que involucren a su bienestar y su propio cuerpo.

Para algunas familias el interés superior del menor se limita a llevarlo a la iglesia una vez por semana, que se alimente bien, y que reciba buena educación escolar. Sin embargo, cuando se forma a un niño, no se puede dominar todos los aspectos, y caminos que seguirá conforme su personalidad y conciencia le indiquen, mientras no violen los derechos de terceros, estas acciones no deben ser juzgadas. No se estima justo que deba anteponerse las convicciones de fe de los progenitores y que suprimen las decisiones que estos puedan tomar para alcanzar su bienestar. (Ferrer, 2014, p. 23).

En este sentido la libre práctica de cultos y el entrenamiento que le es consecuente, se encuentran respaldados por el artículo 14 de la Constitución Nacional⁵⁶, y tienen como barrera el no colocar en peligro real la vida ni la salud de terceros, y más aún en el conocimiento que se trate del propio hijo menor. De tal manera que resulta lógico que la salud y vida del niño o la niña prevalece antes cualquier actitud religiosa, aun cuando estos son los encargados de tutelar por su provecho y bienestar, no deben anteponerse a la vida de los niños y jóvenes.

Aunque en muchos casos el derecho a la libertad de cultos o creencias son decretadas por el Estado, ello no quiere decir los individuos que practican actos religiosos puedan

⁵⁵ Artículos 22, 23, 24 y 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵⁶ Artículo 14 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

imponer en la Nación sus creencias. En otras palabras, no pueden pretender cambiar la mentalidad de otras personas solo porque estos no apoyan el de la sociedad actual. Dichas prácticas a los cultos religiosos son contraproducentes y generan daños en el desarrollo de los niños, de tal manera que se viola los derechos de los niños como lo es el derecho a la vida y el derecho a la salud.

Por tal motivo en muchos casos las prerrogativas parentales con respecto a sus hijos tienen ciertas restricciones, verbigracia, en el supuesto explanado del menor enfermo debe priorizarse el derecho a la salud y a la vida del niño ante cualquier práctica religiosa, que niega la aplicación de terapia médica, para no vulnerar aún más su integridad física.

Conclusión

La interpretación de los derechos fundamentales y la lucha por resguardarlos es lo que ha generado este conflicto, lo que para algunas personas parece bastante claro como lo es poner la salud humana en primera instancia como razón principal para la toma de acciones, para otros no es suficiente. No es lo correcto ya que la religión enseña un camino de salvación espiritual y los que siguen la corriente religiosa “Testigos de Jehová”, profesan que los tratamientos médicos que se intentan aplicar en ellos los condenarían en el plano inmaterial, sin embargo, esto es basado en suposiciones o traducciones.

Por los casos que se han presentado en la actualidad queda establecido que la persona detenta la facultad subjetiva de brindar o no su consentimiento para realizarle algún tratamiento médico dado sus intereses religiosos. No importa que tan necesario sea este para proteger su salud o hasta su vida, ya que un adulto goza de una capacidad jurídica que le otorga una autonomía y voluntad, para decidir sobre su propio cuerpo.

Respetar la libertad religiosa va más allá de los tratamientos médicos, habla de educación, orientación y cultura. Los padres pueden y están en su derecho de impartir a sus hijos sus mismas corrientes religiosas, pero a medida que este vaya creciendo, van madurando sus facultades, y estará también en derecho alzar la voz y pedir por su propia salud. De igual forma que lo hacen las instituciones que llevan los casos de niños y adolescentes ante la administración de justicia para exigir aprobaciones judiciales, puesto que la decisión no puede ser tomada directamente por los niños o por los médicos, sino por el Estado. En acatamiento de los mandatos de la Carta Magna, de la legislación, y de los instrumentos emanados de la comunidad jurídica internacional que ostentan la máxima jerarquía normativa.

Capítulo 4: La libertad religiosa y los niños en la jurisprudencia

Introducción

Las creencias religiosas imponen a sus profesantes un conjunto de parámetros que en razón de sus convicciones inhiben o limitan la conducta del sujeto para que pueda alcanzar la plenitud espiritual. La situación abordada en la investigación atiende a los Testigos de Jehová quienes se rehúsan a las transfusiones de sangre, como método terapéutico, pues estiman va contra los designios de su Dios. La situación es clara cuando se trata de pacientes mayores de edad que niegan rotundamente estos procedimientos médicos dado que tienen la autonomía plena para tomar decisiones en referencia a su salud.

Empero, cuando el enfermo es un niño o adolescente que se haya sujeto, a las decisiones que prorrumpan sus progenitores, con motivo de sus prerrogativas parentales, es evidente que se el Estado en concreción de la protección integral que se consagra a estos sujetos vulnerables ha de intervenir. Esa participación activa de la efigie estatal para la defensa de las potestades fundamentales del niño tiene origen en las obligaciones contraídas en el orden internacional.

La intervención del Estado se materializa en estos supuestos de hecho por medio de los diferentes pronunciamientos que la administración de justicia ha emitido, en donde con un abordaje singularizado de la problemática determina la ponderación, entre una potestad y otra, teniendo como guía de acción que la decisión ofrezca mayores beneficios al niño y al desarrollo pleno como persona.

Al respecto se ha indicado que en razón de la existente pugna entre el derecho de los padres al credo y el de los niños a la salud, que cuando el órgano jurisdiccional avala la implementación de las técnicas médicas no cercena esa libertad individual, dado que los progenitores tienen la autonomía para negar el uso de estas terapias respecto de su persona. La instancia judicial lo que no admite es que esa prerrogativa individual quebrante la esfera de tutela especial de terceros, máxime cuando el paciente es un niño o adolescente. Las potestades reconocidas a los padres por el ordenamiento jurídico se fundan en la necesidad de conducción de su existencia vital del modo más idónea, y en satisfacción de todas sus necesidades.

4.1. Contrastes entre la salud y la religión

Todos los seres humanos poseen los mismos derechos en relación a las políticas de los

Estados en referencia y resguardo a los derechos humanos. El derecho a la salud por su parte es un elemento que todo hombre, mujer, niña y niño puede disponer. Toda persona competente tiene el derecho de pronunciar su aprobación o su rechazo con respecto a los procedimientos médicos que pudieren indicársele en el futuro, con el objetivo de prever circunstancias como la pérdida de capacidad natural que le impidan expresar su voluntad clínica en ese momento.

La persona al no contar con la capacidad de enunciar su voluntad, de existir un enunciado previo al respecto se ejercerá mediante una declaración de voluntad anticipada. De tal manera que las pautas establecidas en el documento escrito puedan respetarse y se brinde la atención adecuada. En base a lo establecido en la Ley 2.611 de la Provincia de Neuquén artículo 13⁵⁷ una persona mayor de edad puede elaborar un escrito expresando su voluntad de cómo debe ser tratado medicamente ante la previsión que este se encuentre física y mentalmente incapacitado para enunciar su consentimiento.

De igual manera se conocen ciertos casos contraproducentes en función a dichos escritos, donde se pone en riesgo la vida de las personas por estos manuscritos. Por lo que se acredita una tensión existente entre el derecho a la salud y eventualmente a la vida, ya que se estipula el rechazo a la práctica médica que para algunos importa una manera de suicidio encubierto y no una decisión de vida. Por otro lado, en cuanto se refiere a las transfusiones sanguíneas se ha evidenciado cierta oposición, debido a la concepción de ciertas creencias religiosas en cuanto a lo impropio o indebido de estas, según lo previsto en sus textos de fe.

En lo que se refiere a las transfusiones de sangre en mayores de edad, se conoce el caso Bahamondez⁵⁸ el cual fue internado en el Hospital Regional de la Ciudad de Ushuaia por sufrir una hemorragia digestiva. El paciente se negó a tomar dichas transfusiones ya que su religión iba en contra de ello, es decir, sus creencias de culto como testigo de jehová no le permitía adquirir dicho procedimiento médico atentando contra su propia salud. Por su parte el precedente jurisprudencial hace mención que el paciente quería vivir, pero no aceptaba dicho procedimiento médico, aun cuando sabía el riesgo que su acarreaaba, resultando inoficioso emitir un fallo que se opusiera a su libertad de culto plenamente reconocida.

Ahora bien, en el caso de los menores de edad, la situación es diferente, dado que aun

⁵⁷ Artículo 13 de la Ley 2.611 de la Provincia de Neuquén. Decreto N° 1.801. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2008.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, caso “Bahamondez Marcelo s/ Medida cautelar”, sentencia de 06 de Abril de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

cuando las personas mayores pueden ejercer su voluntad en referencia a su salud, no pueden emitir decisiones que afecten a un tercero que en estos casos serían sus hijos. De tal manera se menciona el caso de la paciente L.M.R.⁵⁹ quien se encontraba embarazada, quien pertenecía al culto de testigos de jehová. Para salvaguardar la vida de ella y su hijo se pretendía realizar una transfusión sanguínea, pero fue rechazada. Pero el alto tribunal estima que la negativa expresada por la accionada no podía ser acatada y resguardada bajo el velo de la libertad de culto como progenitora puesto que directamente afectaba a un tercero, un bebé sujeto al fuero jurídico desde el momento de la concepción. La demanda ocasionada por esta decisión destaca que el paciente no se oponía a tratamientos alternativos, pero que no implicaran la transfusión.

En este orden de ideas, se enfatiza que ni la medicina ni el médico no son ni pueden ser algo distinto a un auxilio para la salud y para la vida. En este sentido la autorización para los procedimientos médicos en menores de edad siempre estará a la responsabilidad de sus parientes más cercanos, sabiendo que la salud y la vida del enfermo resultan en tal caso a su entera disponibilidad. Por tal motivo es notorio resaltar que el Estado sólo puede imponer el deber de cuidar de la propia salud cuando quien no se atiende compromete la salud u otros derechos de terceros.

Seguidamente ha de traerse a colación un supuesto de hecho en el que una entidad nosocomial acciona contra los progenitores. El *petitum* del Instituto de Medicina y Cirugía Infantil, exige operar a una niña de diez años de edad, cuyos padres negaban el sometimiento a dicho procedimiento por ponerse a sus creencias religiosas. La niña que presentaba una patología la cual fue detallada como Osteosarcoma de Fémur requería inmediatamente la realización de la intervención quirúrgica ya que se encontraba en una etapa compleja y grave de la patología⁶⁰.

Aunado a esto los padres que presentaron oposición a dicha actividad, manifiestan ser testigos de jehová, y estaba prohibido en su religión el realizar transfusiones de sangre. Asimismo, a pesar que en dicho tratamiento la probabilidad de transfusión de sangre es alta, estos se negaban a realizarla, siendo de conocimiento que la niña no se encontraba en condiciones de tomar sus propias decisiones sobre su vida. Pero adujeron los galenos que de ser necesaria y no realizarse dicha transfusión sanguínea se promueven lesiones que muchas veces son irreversibles, o existe una gran probabilidad que la muerte sobrevenga.

⁵⁹ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 92, “B., J. E. y otro c. L. M., R. s/ Incidente familia”, sentencia del 22 de octubre de 2018. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁶⁰ Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, “G., L. A. s/ autorización supletoria”, sentencia del 21 de junio de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

En este sentido es notorio que los padres estaban colocando la vida de su hija en riesgo solo por una creencia religiosa, donde no estaba bien el realizarse transfusiones de sangre en detrimento de la posibilidad de recuperación y bienestar de la niña. Se encuentra una contradicción bioética, es decir, entre la voluntad de los padres en referencia a sus prerrogativas parentales sobre sus hijos y los derechos humanos a ellos reconocidos específicamente el derecho a la salud. El Estado tiene la obligación de velar por la salud de los habitantes, y aún más cuando se trata de un menor de edad.

Tiene la posibilidad de interferir en la vida privada de estos progenitores, destacando la ciencia por sobre la conciencia, cuando se trata de proteger la salvación de su hija menor, inclusive más allá de las creencias religiosas o ideologías que puedan tener las personas para justificar sus hechos (Belluscio (2004, p.12).

En virtud de la previsión contenida en el artículo 3 en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶¹ hace referencia a las obligaciones que se tienen para proteger la vida de un niño. De tal manera que si la vida de un niño o adolescente corre riesgos de no efectuarse la operación peticionada, ha de intervenir la efigie estatal para autorizar la utilización cualquier medio que procure su bienestar, de conformidad con el modelo propuesto por el ordenamiento civil de interés familiar. Finalmente es una obligación de los padres presentarse en el centro de salud para buscar la asistencia, vigilancia y cuidado a su prole de manera inmediata.

4.1.1. Preeminencia del derecho a la salud del menor

La disyuntiva ocasionada sobre el derecho a la salud en los menores, que involucra derechos humanos como el derecho a la vida, frente a la libertad de conciencia, libertad religiosa o creencias, son estudiados detalladamente en las normas estatales, donde los derechos humanos atribuyen el conocimiento de los elementos de indivisibilidad e interdependencia de las personas.

De tal manera aparece en discusión la preeminencia del derecho de salud del menor sobre la creencia de los padres, por lo que correspondió a la administración de justicia pronunciarse en un caso en el que los progenitores rechazaban tajantemente la inyección de una vacuna obligatoria a su hijo menor de edad que previamente fue estipulada por el Estado. En este supuesto considera el órgano jurisdiccional que la conducta de los padres era una clara contravención a las disposiciones de orden, que vulneraba el bienestar no únicamente de su

⁶¹ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

hijo, sino además de la sociedad, puesto que se buscaba la prevención de un enfermedad infectocontagiosa⁶².

No obstante, el hecho evolutivo que se ha experimentado a nivel mundial y en el País, al encontrarse ante la negativa de alguien a someterse a un procedimiento médico, se ha estado priorizando la decisión de ese individuo cualquiera fuese el motivo para que terceros no intervengan en su decisión. Por ende el Estado ante una actitud paternalista, ante los supuestos en los que aparecen los conflictos, mayormente por razón de petición de un médico, que solicita apoyo judicial ante un enfermo de gravedad, los jueces se inclinan a favorecer el tratamiento en desmedro de la voluntad individual que éste pudiese expresar.

Ahora bien, en cuanto a los derechos individuales y en este sentido, asumiendo el mismo caso de vacunación, si en vez de ser un niño quien la reciba es un adulto, y que este enunciara sus creencias a la hora de recibir la vacunación y negarse a la misma. Las consideraciones por parte del Estado a exigirle la vacunación diferirían, ya que al ser una persona mayor de edad es responsable por sus actos y decide sobre su salud. Si bien es cierto, aunque el estado quisiera brindarle el apoyo necesario, resulta difícil ayudar a las personas que de cierta manera no quieren dejarse ayudar. Por tal motivo la libertad religiosa de los padres y el derecho a la salud de los niños y adolescentes generan ciertas discrepancias en estos casos, donde resulta difícil evaluar la sentencia.

Por su parte existe una gran aptitud en la literatura jurídica y en las propias disposiciones judiciales de alegar de manera indefinida que los derechos humanos son pretensiones individuales frente al colectivo, que sin duda pueden establecer de ese modo ante el Estado. En este sentido cada vez que se ejecuta un derecho, y por citar un ejemplo, la vivienda, procedimiento médico o condiciones mínimas en las cárceles, se dispone de un mecanismo que responde a esa petición individual. Por ende, la ampliación en la cantidad de derechos, especialmente culturales, económicos ha dado mayor visibilidad a esas circunstancias.

Asimismo, se alega si la libertad individual podría interponerse ante la obligación asignada por el Estado. En este sentido, es decisión de la persona si desea contagiarse de una enfermedad que puede ser prevenida por vacunación, y sin importar el riesgo ha sido su decisión. Por tal motivo ante estas situaciones resulta difícil para el Estado intervenir en dichas decisiones y poder prevenirlas. En base a estas afirmaciones la decisión del caso habría

⁶² Cámara Federal de San Martín, sala II, caso "A. Q. J. R." sentencia del 11 de Noviembre de 1991. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.

de ser la misma fuese quien se negase a vacunarse mayor o menor de edad, por ende la decisión individual se fundamenta en la palabra de terceros y rigiéndose la salud del enfermo por estos individuos, es decir, se encuentra a disposición de las personas o comunidad en la que prefirió vivir⁶³.

En este sentido aun cuando los derechos humanos han evolucionado para brindar la posibilidad que toda persona puede disponer de sus propias decisiones de salud, estas decisiones no pueden afectar directamente la salud de un tercero. Así pues, las normativas favorecen a que los adultos puedan decidir sobre su salud, pero cuando se ven involucrados menores de edad el Estado toma las decisiones al respecto, considerando que resulta adecuado el proteger la integridad y salud de aquellos que aún no llegan a una etapa de adultez y conciencia.

En los casos de vacunación las normativas cambian para los adultos, donde la decisión individual ya no juega un papel clave en el asunto, debido a que abre una posibilidad que los agentes patógenos se esparzan hacia otros. De tal manera que la decisión que si bien es un acto individual sobre su salud puede afectar a terceros y es algo que no puede permitirse solo por una creencia religiosa, ya que constituye un potencial riesgo para la sociedad⁶⁴.

4.2. El derecho a la creencia y la integridad personal

Aunque el derecho a la libertad de cultos o creencias son reconocidas por el Estado, ello no implica que los individuos que practican actos religiosos, puedan imponerse o abrigar todas sus conductas en dichas creencias de fe.

En este sentido la libre práctica de cultos y su práctica se encuentran respaldados por el artículo 14 del Código Nacional⁶⁵ pero tienen como barrera según criterio del cívico órgano del Poder Judicial el no colocar en una situación de peligro real la vida, ni la salud de terceros, ni aun cuando dicha decisión verse sobre la vida de un hijo que no ha alcanzado la mayoría. De tal manera que resulta lógico que la salud y vida del niño o la niña prevalece antes cualquier actitud religiosa, aun cuando los progenitores ostentan un cúmulo de prerrogativas sobre su prole, no pueden imponer sobre la vida y bienestar físico y mental del

⁶³ Juzgado de Familia N° 5 de Familia de Rio Negro, “R., C. s/ autorización supletoria”, sentencia del 8 de septiembre de 2018. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁶⁴ Juzgado de Familia N° 5 de Rio Negro, “R., C. s/ autorización supletoria”, sentencia del 8 de septiembre de 2018. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁶⁵ Artículo 14 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

niño, la práctica de una creencia, limitando la posibilidad de continuar con su existencia⁶⁶.

Por tal motivo en muchos casos los derechos de los padres ante sus hijos tienen ciertas restricciones, como por ejemplo estudiando el caso de una menor enferma debe priorizarse el derecho a la salud y a la vida del niño ante cualquier práctica religiosa de los padres, con el objetivo de no comprometer, aún más, el derecho a la salud y a la vida del niño⁶⁷.

Sin embargo, esto no significa que el orden interno se manifieste a la instrucción y práctica de una religión a los niños. Situación abordada por los órganos de administración judicial en donde el progenitor un menor de cuatro años solicita que la madre no involucre a su hijo en las actividades referentes a su culto religioso⁶⁸, es decir, reuniones o cualquier actividad que ellos elaboren. Aunque ciertamente esta solicitud fue rechazada, el juez declaró que se debe permitir que el menor ejerza su derecho a la libre práctica del culto religioso.

Aunado a esto el rechazo de la solicitud de prohibir a la madre que involucre al niño en las actividades religiosas y que ninguno intervenga en la voluntad del joven, siempre y cuando estas decisiones no contradigan el interés superior. En este sentido los padres deben inferir sobre la educación moral y religiosa, pero cuidando el límite del interés superior detallado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹.

Ahora bien, las apelaciones al respecto se basaron que el niño no posee la madurez suficiente para decidir correctamente sobre su futuro religioso. Así pues, el interés superior de los niños está conformado por todos los bienes necesarios para el desarrollo integral, el resguardo de su persona y sus bienes. En este sentido y retomando el caso de la niña, lo cierto es que la niña no siempre es quien decide sobre lo que se debe hacer, en este caso los padres deben tomar la decisión adecuada por ella, recordando que deben mantener una dirección acorde con su superior interés, donde se atiende a las necesidades en el ámbito del desarrollo integral de la joven⁷⁰.

La familia es una institución especial que dentro de la estructura social por lo que

⁶⁶ Cámara Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala G, caso “Gallacher/autorización” sentencia de 11 de Agosto de 1995.

⁶⁷ Cámara Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala G, caso “Gallacher/autorización” sentencia de 11 de Agosto de 1995.

⁶⁸ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, “T., G. D. c. I. R. E. s/ alimentos”, sentencia del 17 de julio de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁶⁹ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

⁷⁰ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, “T., G. D. c. I. R. E. s/ alimentos”, sentencia del 17 de julio de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

precisa de protección desde el punto de vista normativo, en ella se forman los primeros lazos del individuo que permite que se pueda incorporar a la sociedad de forma adecuada. Las personas obtienen el cúmulo axiológico y costumbres de los cuales hacen baluarte durante su existencia que se transmiten de generación en generación. Asimismo, permite que la personas que se identifique como miembro de un grupo, crea en el sujeto la sensación de pertenencia, es por ello que el grupo familiar se estima de esencial importancia para todo niño, es el seno donde aprenderá las primeras correcciones y se sentirá seguro para afrontar los problemas que se le presente en un momento dado. A través del devenir cronológico se han presentado avances en la acepción del vocablo que permite la creación de vínculos de formas alternas al mero nexo biológico, como ocurre con la figura de la adopción.

El Código unificado⁷¹ estipula que es una figura jurídico familiar cuyo objeto es proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y a desarrollarse en una familia que le procure cuidados dirigidos a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando estos no pueden ser proporcionados por su familia de origen. Se procura proporcionar una protección adecuada a los niños y adolescentes quienes merecen un fuero especial, para su desarrollo integral que exige de un entorno familiar que le ofrezca seguridad y estabilidad.

La jurisprudencia ha vinculado la potestad de culto con la identidad del sujeto estima que esta configura un elemento de gran importancia para la sociedad en razón que permite que se individualice a cada sujeto partiendo de sus características propias. En este sentido el estamento normativo preceptúa que toda persona que merece respeto a su dignidad, tiene derecho a un credo y a conocer y difundir los elementos que integran la cultura que lo identifica.

Empero en su condición de facultad individual únicamente es desplegada de modo personal, y su ejercicio solo afecta al titular. Finalmente, se estima que los progenitores no pueden estén sus creencias al cúmulo de prerrogativas que se erigen a los niños, pues el Estado en pro de su interés superior se inclinará a tutelar la salud e integridad física del niño, permitiendo el uso de cualquier terapia médica.

Asimismo, se destaca que aún cuando se respeta la libertad de culto, ni los padres ni los mismos niños o adolescentes, pueden poner en riesgo la salud de un menor de edad, aún cuando la práctica médica o tratamiento que se requiera, afecte su creencia religiosa.

⁷¹Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Conclusión

Las reglas que imponen las prácticas religiosas en ocasiones se manifiestan contrarias al reconocimiento y tutela de ciertas prerrogativas fundamentales. En este sentido se destaca la condición de los progenitores quienes allende de las prerrogativas que les confiere sobre sus hijos su condición de madre o padre, sus decisiones no pueden colocar en peligro la salud de sus hijos por las creencias religiosas que ellos practican. Esto obedece a que su libertad de culto comporta una potestad individual que únicamente los abriga a ellos como personas, y mal puede entenderse extensible a un sujeto cuya formación se halla incompleta. Lo contrario induce a un desconocimiento de su interés superior y de la capacidad progresiva que desde el ámbito internacional se le afirma.

Se observó en los casos discutidos, que los testigos de Jehová podrán reusarse a las transfusiones sanguíneas, cuando la decisión sea prorumpida por un adulto, y en virtud de su autonomía los galenos han de inhibirse del uso de ciertas terapias médicas. Empero estas decisiones de no proceder a llevar a cabo transfusiones de sangre, no deben ser acatadas y en caso de discusión, deben llevarse al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, los cuales procederán a aprobar las transfusiones de sangre en beneficio de la salud del niño.

La Ley sustantiva acoge la definición hecha en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ordena que las Naciones signatarias asegurarán a los infantes que estén aptos para formular un criterio particular la potestad de prorumpir su sentir de manera libre, en cada uno de los temas que le incumben. Asimismo, se destaca que oportunamente ese juicio según su factor etario y el avance de su formación cognitiva. Con este objetivo se ofrece en concreto al menor el momento de ser oído, en cada gestión administrativa o jurisdiccional que los involucre, ya sea de modo directo o por la figura de la representación.

Cada una de las prerrogativas y aseguramientos que estipula la Convención ostentarían un significado relativo si esas órdenes son estimadas como simples pragmatismos, en vez de ser reconocer su operatividad. Sin embargo, los instrumentos jurídicos que integral el régimen de protección integral imponen la obligación de materializar cada una de las pautas y planes que garanticen la consumación de todo lo ordenado. En sentido contrario el régimen se tornaría como una simple expresión, regida por la voluntad de los agentes.

El actual paradigma de protección integral de niños, niñas y adolescentes atiende en diversos preceptos a este lineamiento rector los órganos estatales ha de acoger todos los mecanismos de carácter administrativo, legal y judicial, para asegurar el verdadero despliegue

de las potestades y garantías afirmados a estos sujetos especiales de derecho.

Conclusiones finales

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha efectuado un análisis del derecho a la salud. Así, se puede dilucidar la evolución normativa y la madurez de una nación que, tras años de espera de una normativa en esta temática, la misma, llega finalmente tras una reforma constitucional a involucrarse, de manera vinculante y completa, en la protección de los derechos fundamentales de cada ciudadano.

Ahora bien, el comienzo de ello ha sido la consagración del Derecho a la Salud como un derecho constitucional, y a su vez, su inclusión en diversos tratados internacionales de los cuales la República Argentina es parte. En este sentido, y para garantizar su protección se han habilitado así diversos procedimientos judiciales y se han expedido diversos precedentes jurisprudenciales en pos de proteger tal derecho.

Es por lo expuesto que corresponde concluir que el derecho a la salud como derecho humano fundamental debe ser garantizado para todos los niños, niñas y adolescentes, indistintamente de la creencia religiosa de sus padres, y por consiguiente protegerlo para que todos puedan acceder a los tratamientos que garanticen su goce pleno y absoluto. En relación a ello, la libertad religiosa ha sido uno de los principios fundamentales de toda democracia, la constitución y el Estado de Derecho vigente en el país es garante del libre ejercicio de la fe y prácticas religiosas. A nivel legislativo se precisan reformas que permitan una mayor protección legal a los cultos religiosos y que los mismos posean una igualdad legal plena.

Así las cosas, la premisa fundamental para el mantenimiento de un orden jurídico estable es que se preserven las premisas fundamentales de libertad, tolerancia e igualdad ante la ley de los diferentes cultos. A pesar de este reconocimiento que permitiría que todos los cultos posean el mismo estatus en el ordenamiento jurídico, la libertad religiosa no es una potestad que suprima en su ejercicio el disfrute de otras dado que existen limitaciones, entre los cuales puntualmente se destaca, el no afectar los derechos de las demás personas.

Al cotejar el derecho a la salud y libertad de culto se considera que ambas son objeto de mecanismo de aseguramiento y resguardo por el orden jurídico. Sin embargo, atendiendo a las singularidades de cada caso concreto ha de ponderarse adecuadamente la preminencia de los bienes jurídicos cuando los mismos están en conflicto. Se considera necesario aplicar en todo momento los tratamientos que salven la vida de los niños, niñas y adolescentes y es deber del estado asegurarse que dicha pauta del interés superior sea acatada en los diversos escenarios en los que se ubique el niño. Esto permite confirmar la hipótesis planteada, toda

vez que si bien, existe una contradicción entre el derecho a libertad religiosa de los progenitores y la salud del niño o adolescente, debe primar el derecho a la salud frente a la libertad religiosa.

Cuando los niños son los protagonistas en estas situaciones, el ejercicio de libertad religiosa de sus progenitores no avala en modo alguno la decisión de los padres de negar el uso de un procedimiento médico sobre el niño que está bajo sus cuidados. En virtud que esa libertad no tiene el alcance para afectar y limitar la potestad a la salud de un tercero, menos aun cuando el paciente a tratar es un niño o adolescente no es posible ir en contra del derecho a la vida y su interés superior.

Para estos casos, se hace caso omiso de la voluntad de los padres y la negación de su consentimiento se vuelve irrelevante. En estos casos existe una ponderación del derecho a la vida del menor el cual tiene supremacía conforme al bloque normativo fundamental. En este sentido, el Estado debe evaluar cuando resulta realmente necesario imponer ciertas limitantes a las personas, como el caso bajo análisis en pos de la protección de ambos derechos.

Bibliografía

Doctrina

- Arlettaz, F. (2017) “Las Organizaciones religiosas en el proyecto de ley de libertad religiosa. Una perspectiva comparada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/1100/2017>
- Barabasqui, P. (2016). “Sistema protectorio de niñez y adolescencia: la inacción judicial presupone la falta de tutela efectiva”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2177/2016>.
- Barrero, A. (2002) “Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- Basset, U. (2017). “El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/538/2017>.
- Belluscio, A. (2004) “Patria potestad. Tenencia de los hijos. Religión de la madre. Corte Europea de Derechos Humanos, 16/12/2003. PalauMartinez c/ Francia”. La Ley N° 437.
- Berger, S. (2015). “Interés superior del niño y derecho a la salud a través del progenitor afín”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3346/2015>.
- Berger, S. (2015). Naturaleza Jurídica de los cultos no católicos en el nuevo código civil y comercial de la nación. Publicado en: SJA 26/08/2015, 26/08/2015,3 Cita Online: AP/DOC/280/2015.
- Botana, D. (2018) “Religión y neutralidad en los orígenes de nuestra constitución. Comentarios a propósito del fallo "Castillo"”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/162/2018>.
- Cardoso, J. (2001) “Perspectivas constitucionales sobre libertad religiosa”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/10177/2001>.
- Carnota, W. (2011) “La salud de los niños entre la familia y el Estado”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- Cillero, M., (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. Recuperado de http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- Ferrer, F. (2014) “La educación de los hijos y el factor religioso”. La Ley N° 2268.
- Garay, O. (2014) “Derecho a la autonomía y transfusión de sangre. El derecho a la

salud de los menores”. La Ley N° 3144.

- García, V. (2016). “La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/631/2016>.
- Gentile, J. (2001) “Libertad religiosa y de culto”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/17873/2001>.
- Giudi, S. (2014) “Pero carne con su vida, que es su sangre, no comeréis. Acerca de nuevos fallos sobre el rechazo de transfusiones de sangre”. La Ley N° 1414.
- Gómez, M. (2014) “¿Valores o derechos? Las transfusiones de sangre en los que profesan la religión Testigos de Jehová”. La Ley N° 1664.
- González, G. (2014) La libertad religiosa y la libertad de conciencia. Jornadas “La libertad religiosa en la sociedad pluralista” organizadas por el Área Ciencias de la Religión del Departamento de Formación Humanística de la Universidad Católica del Uruguay.
- Guzmán, N. (2016). “La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1130/2016>.
- Jalles, J. (2012) “La educación de los hijos y el factor religioso”. La Ley N° 2831.
- Jiménez, D. (2016) “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”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/>.
- Liébana, M. (2011) “El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental”. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 14.
- Loianno, A. (2011) “Libertad Religiosa, neutralidad del Estado y derechos fundamentales. Los límites de la tolerancia en materia religiosa”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2476/2011>.
- Luft, M. (2015). “El derecho del niño a ser oído en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su inclusión en el Código Civil y Comercial. El menor como parte en el proceso”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4592/2015>.
- Manchini, H. (2011) “Nuevo debate sobre transfusiones de sangre y Testigos de Jehová”. La Ley N° 2102.
- Muscolo, I. (2015). “El interés superior del niño ante... ¿todo?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/1010/2015>.
- Navarro, J. (2004) “El derecho a exhibir la identidad religiosa”. Recuperado de

<http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2616/2004>.

- Pagano, M. (2013) “El derecho a decidir sobre el propio cuerpo. Testigos de Jehová y vacunación forzosa”. La Ley N° 395.
- Pagés, R. (2015). “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos: ¿cómo deben ser oídos?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2189/2015>.
- Panatti, M. y Pennise, M. (2015). “Aportes para la determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3472/2015>.
- Pinto, M. (2013) “La libertad religiosa”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/162/2013>.
- Pulvirenti, O. (2010) “Una vacuna contra el olvido de los deberes hacia la sociedad”. La Ley N° 7531.
- Videtta, C. (2017). “Los niños, niñas y adolescentes como sujetos del proceso. A propósito de un precedente que cierra la brecha entre el discurso que emerge del corpus iris de la niñez y la adolescencia y la práctica cotidiana”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AP/DOC/369/2017>.
- Yuba, G. (2018). “El rol del Poder Judicial como garante de los derechos del niño. A propósito de un fallo sobre responsabilidad parental”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/499/2018>.

Jurisprudencia

- Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, “T., G. D. c. I. R. E. s/ alimentos”, sentencia del 17 de julio de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Cámara Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala G, caso “Gallacher/autorización” sentencia de 11 de Agosto de 1995.
- Cámara Federal de San Martín, sala II, caso “A. Q. J. R.” sentencia del 11 de Noviembre de 1991. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Corte Suprema de Justicia. caso Albarracín/ Libertad de culto. Sentencia de 02 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia, caso “Bahamondez Marcelo s/ Medida cautelar”, sentencia de 06 de Abril de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “D.F. y P. s/alimento”, sentencia del 12 de noviembre 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho”, sentencia del 26 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 92, “B., J. E. y otro c. L. M., R. s/ Incidente familia”, sentencia del 22 de octubre de 2018. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Juzgado de Familia N° 5 de Rio Negro, “R., C. s/ autorización supletoria”, sentencia del 8 de septiembre de 2018. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, “G., L. A. s/ autorización supletoria”, sentencia del 21 de junio de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Convención Americana de Derechos Humano. Organización de Estados Americanos. San José, 22 de Noviembre de 1969
- Convención de los Derechos del niño. Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.
- Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional Constituyente Francesa, Paris, 26 de Agosto de 1789.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión en las convicciones. Asamblea de Naciones Unidas, New York, 25 de Noviembre de 1981.
- Declaración Universal de Derechos del Niño. Asamblea de Naciones Unidas. New York, 20 de Noviembre de 1959
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.
- Ley 2.611 de la Provincia de Neuquén. Decreto N° 1.801. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2008.

- Ley 21.745 D. Reglamentario 2037/1979. Boletín Oficial de la República Argentina, 04 de septiembre de 1979.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de Septiembre de 2005.