

DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE LA NIÑEZ, COMO  
LÍMITE A LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD Y LIBERTAD  
RELIGIOSA

*RIGHT TO HEALTH AND LIFE OF CHILDREN AS A LIMIT TO  
THE RIGHTS TO PRIVACY AND RELIGIOUS FREEDOM*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 50-77*

Gisela María  
PÉREZ  
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020  
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

**RESUMEN:** La ponderación de derechos fundamentales es necesaria para garantizar la salud de la infancia cuando se valora la libertad religiosa de los padres en la autonomía familiar, la forma en que la normativa y jurisprudencia mexicana aborda esta problemática jurídica será indispensable para determinar cómo se protege el interés superior de la niñez.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la salud, interés superior de la niñez, derecho a la autonomía familiar, libertad religiosa.

**ABSTRACT:** *The weighting of fundamental rights is necessary to guarantee the health of children when the religious freedom of parents is valued in family autonomy, the way in which Mexican regulations and jurisprudence address this legal problem will be essential to determine how to protect themselves the best interest of childhood.*

**KEY WORDS:** *Right to health, best interests of children, right to family autonomy, religious freedom.*

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL. I. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.- 2. El derecho a la salud en caso de la niñez.- III. ESTUDIO DE CASO: DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE LA NIÑEZ FRENTE A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA.- I. Análisis jurídico doctrinal: derecho a la libertad de creencias y objeción de conciencia.- 2. El derecho a la vida privada y familiar.- 3. El derecho del niño a ser escuchado.- 4. ¿Cómo se pondera el interés superior del menor en cuanto a su salud, cuando los padres tienen una creencia religiosa que puede alterar este derecho del infante?.- 5. Caso de urgencia.- 6. Actuación de los médicos y personal sanitario ante riesgo de la vida de un menor: interés superior.- 7. ¿Es constitucional que el Estado asuma la facultad de decidir sobre la salud de un menor en sustitución de sus padres?.- 8. Segundo Momento.- IV. CONCLUSIONES.

---

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El derecho a la familia y a la libertad de creencias, son derechos fundamentales y humanos protegidos tanto por la Constitución como por los Tratados Internacionales. Es por ello el espectro de elecciones autónomas que pueden tomar los padres con respecto a sus hijos, de acuerdo al ámbito de privacidad familiar en la formación y crianza de los niños, pero ello no es un derecho absoluto aunque sean los padres los que conozcan mejor la vida de los niños.

En la ponderación de derechos fundamentales el interés superior del menor tiene una primacía fundamental cuando se trata de la protección de la vida y salud de la infancia. Es objetivo de este trabajo por tanto el ponderar las circunstancias en las que la privacidad familiar debe ceder ante el asesoramiento médico para elegir lo que mejor proteja la vida de los menores, lo anterior considerando que los padres ante todos los derechos, deben cuidar y garantizar que la vida de los menores no esté expuesta a algún riesgo.

Los médicos deben cumplimentar siempre la explicación a los padres del tratamiento a los que se someterá a los hijos menores. Pero puede ocurrir que los padres posean ciertas creencias religiosas que no permiten se aplique un tratamiento idóneo y más certero, en el trabajo se analiza entonces los procedimientos que deben aplicarse desde el contexto médico hasta el administrativo y judicial para garantizar ante todo el interés superior del menor. Los padres pueden someterse a un escenario complejo, la asesoría de los médicos que estén en contra de sus

### • Gisela María Pérez Fuentes

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapel@hotmail.com

creencias religiosas. En esta encrucijada los padres deben velar ante todo por el bienestar de sus hijos.

En el texto se analizará si la situación es urgente o no, cómo intervenir en cada caso y cómo se debe acudir a una tutela de representación de los menores por la institución pública señalada por la ley, si en beneficio del menor es imprescindible intervenir la autonomía familiar; valorando en definitiva que debe existir una correspondencia entre la decisión médica y las medidas terapéuticas que mejor permitan mantener o recuperar la salud de los infantes, protegiendo el interés superior del menor.

## II. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL.

El principio del interés superior de la niñez, es un derecho subjetivo y un principio fundamental de los derechos de los cuales son titulares por su especial vulnerabilidad en cuanto a la necesaria progresividad que necesitan para dirigir su vida. Como principio jurídico interpretativo fundamental, tiene su explicación en cuanto ha de aplicarse a una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior.

Se ha señalado que el interés superior de la niñez es un concepto jurídico indeterminado, debido a la heterogeneidad de sus titulares, y las distintas circunstancias que lo rodean, como puede ser huérfano, indígena, refugiado, discapacitado, entre otras situaciones<sup>1</sup>.

El art. 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir,

1 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, vol. XVI, 2016, pp. 131-157.

investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”<sup>2</sup>.

Desde el título del capítulo I y de manera destacada, el primer párrafo del art. 1º, se confiere rango constitucional a nuestros derechos humanos y se establece una disposición para reconocer como tales no solo los contenidos en la propia Carta Magna, sino los provenientes de los tratados internacionales en que México sea parte.

Por su parte, en el art. 4º de la Constitución Federal de México, la primera mención que se hace sobre los derechos de las personas menores de edad es en la reforma publicada el 18 de marzo de 1980, como resultado del Año Internacional del Niño, proclamado por la Organización de las Naciones Unidas en 1979, en la que se mencionaba que era deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física mental.

En cuanto al art. 4º constitucional, los párrafos noveno, décimo y undécimo establecen:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

La protección a los derechos humanos se amplía a partir de la reforma ya que todas las personas gozarán de los derechos humanos que sean reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, se subraya la importancia de que todas las autoridades deben velar por el respeto a esos derechos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

---

2 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 6 de marzo de 2020.

La protección del derecho a la niñez aparece en los Tratados Internacionales, por ejemplo, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona en su parte conducente:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”<sup>3</sup>.

A partir de la Convención se cambia el paradigma de la protección de la niñez, pasa de ser una doctrina de “situación irregular” a una de “protección integral”. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas, por lo que es considerado un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño. No se trata solamente de una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y de la adolescencia<sup>4</sup>.

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva 17, relativa a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”<sup>5</sup> la cual resulta de gran relevancia ya que de acuerdo con Mary Beloff, es la primera vez que esta reconoce al niño como sujeto de derechos<sup>6</sup>.

El interés superior del menor es el que rige todas las actuaciones en lo que estos se encuentren involucrados y cualquier autoridad tiene la obligación de hacerla valer. Asimismo, aquellos encargados de su guarda y custodia son los principales responsables de proteger y exigir que se cumpla con dicho principio.

Los art. 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño reconocen a los menores como sujetos de derechos y partícipes activos en la toma de las decisiones que les conciernen, por eso se afirma que los menores ejercen sus derechos de manera progresiva en la medida en que van desarrollando un mayor nivel de autonomía, considerando ello como una evolución de la autonomía de

3 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, consultado en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

4 CILLERO BRUÑOL, M.: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en: *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, 2007, p. 125, consultado en: [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf)

5 Corte IDH, Opinión Consultiva 0c-17/2002 de 28 de agosto de 2002, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

6 BELOFF, M.: *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2019, pp. 45-50.

los menores<sup>7</sup>. El derecho a ser oído no implica obedecer o asumir lo que señalen los niños.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el interés superior del menor como un principio que permite resolver aquellas situaciones en las que es incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos cuando se trata de un mismo niño, con lo cual se otorga una protección integral a este y un pleno ejercicio de sus derechos<sup>8</sup>, lo que se constituye en un deber para las autoridades estatales<sup>9</sup>.

Así también, el máximo órgano de justicia de México ha señalado que el art. 4º constitucional implica, en relación con los derechos de los menores, un punto de convergencia entre los previstos en los instrumentos internacionales y un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez<sup>10</sup>.

De esta manera, se sostiene que el interés superior del menor forma parte del “núcleo duro de derechos” tal y como ha sido denominado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que significa que no admite restricción alguna<sup>11</sup>. El interés superior del menor es un principio que permite resolver las controversias que se presenten y se actualiza como un deber que tienen todas las autoridades en aras de la protección de la niñez. El interés superior de los menores implica dar prioridad a su bienestar ante cualquier interés que vaya en su perjuicio, a tener una familia como espacio preferente para su desarrollo; a una vida digna e integral, a garantizar lo necesario para su subsistencia, alimentación y desarrollo.

El interés superior del menor es un concepto triple, al ser: un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento; ello implica que el interés superior del menor se observa en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas en la esfera de su desarrollo integral deben considerar todas las medidas que tengan efectos favorables sobre los menores<sup>12</sup>.

7 Cfr. Amparo directo en revisión 354/2014.

8 Cfr. Tesis 1ª. CXXIII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro IX, junio de 2012, p. 259.

9 Cfr. Tesis 1ª. CXXII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro IX, junio de 2012, p. 260.

10 Tesis 1ª. LXXVI/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro XVIII, marzo 2013, p. 887.

11 PÉREZ FUENTES, G., et al.: “El interés superior del menor como principio”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año I, núm. 2, UJAT, México, enero-junio 2014, p. 318.

12 Cfr. Tesis: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328.

En México se han emitido diversas líneas jurisprudenciales en cuanto al interés superior de la niñez respecta. A continuación se enlistan las siguientes:

a) Cuando existe una situación de riesgo en la que estén involucrados menores<sup>13</sup>, se considera así cuando no se adopte la medida más benéfica para los menores y no solo cuando se evite una que los pueda perjudicar y sus derechos se vean afectados, pues conforme a su interés superior, éstos deben protegerse con mayor intensidad.

b) Las dimensiones en que se proyecta el interés superior del menor<sup>14</sup>. El interés superior del menor cumple tres funciones: como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma procedimental. Por lo que cuando en un caso concreto se encuentran varios derechos en conflicto, varias interpretaciones a considerar o bien, siempre que en un procedimiento se tenga que tomar una decisión que afecta los intereses de los menores se tendrá que analizar las repercusiones de esta siempre teniendo como eje rector el interés superior del menor.

c) El interés superior del menor en el ámbito jurisdiccional<sup>15</sup>. Este principio demanda que los órganos de impartición de justicia hagan un análisis muy cuidadoso en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, ya que el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor.

d) Derechos de los menores<sup>16</sup>. Los derechos previstos en el art. 4º de la Constitución Federal y en los instrumentos internacionales convergen y constituyen un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez.

e) Pruebas. En este tema, la doctrina de la Corte<sup>17</sup> establece que el juez está facultado para recabar, valorar y desahogar, incluso de oficio, todas las pruebas, cuando esté involucrado el interés superior del menor.

---

13 Tesis CVIII/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo 1, libro 4, marzo de 2014, p. 538.

14 Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo 1, p. 256.

15 Tesis 1a./J. 18/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo 1, Libro 4, marzo de 2014, p. 406.

16 Tesis: 1a. LXXVI/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, p. 887.

17 Tesis: 1a./J. 30/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, p. 401.



## I. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>18</sup>.

Los principios de derechos humanos son aplicados a la niñez en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en adelante LGDNNA, al establecer en esta norma como objeto el de reconocer que los niños, niñas y adolescentes, son titulares de derechos, con capacidad de goce de acuerdo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, todo lo anterior con un enfoque transversal e integral y con perspectiva de derechos humanos.

Un principio fundamental que establece esta ley general, es que el interés superior de la infancia deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones, de ahí que se analizará qué ocurre cuando este principio entra en tensión con otros derechos como la salud y la libertad religiosa.

En el art. 2 de la LGDNNA se advierte que cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior.

Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, en razón de su responsabilidad y cuando sean instituciones públicas de garantizar atención médica y psicológicas preventivas integrada a la salud y asistencia médica, de igual forma, abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. En este contexto debe considerarse la opinión y preferencia de la niñez para la toma de decisiones que les conciernen de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

El Estado no obstante participa en caso que los padres o tutores que ejercen la patria potestad, si se les restringen o vulneran sus derechos, a través de las Procuradurías de Protección dentro de la estructura del Sistema Nacional del Desarrollo Integral de la Familia, conocido por sus siglas DIF, las que deben prestar una protección integral en la que destaca una atención médica y psicológica y solicitar al Ministerio Público la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas cuando exista un riesgo inminente contra la vida o integridad. Destaca la atención médica inmediata por parte de alguna institución del Sistema Nacional de Salud<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014., última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

<sup>19</sup> Cfr. art. 122 de la LGDNNA.

## 2. El derecho a la salud en caso de la niñez.

En la interpretación teológica de los art. 1º y 4º párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte el interés de promover y garantizar la salud de los seres humanos, procurando la protección a la salud sin distinción de género, raza o religión.

En la LGDNNA se establece un capítulo dedicado a la protección de la salud en la niñez, sancionando que los mismos tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible en consonancia con la normativa aplicable, acorde con la protección de los derechos humanos, con el fin de proteger y restaurar su salud.

Para lograr el objetivo de protección a la salud en la niñez se debe reducir la morbilidad y mortalidad, tema primordial que debe estar en correspondencia con el desarrollo de la atención sanitaria preventiva, así como la orientación a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de la niñez. Para todo lo anterior es importante adoptar medidas tendientes a la eliminación de las prácticas culturales, así como usos y costumbres que sean perjudiciales para la salud de la niñez<sup>20</sup>.

### III. ESTUDIO DE CASO: DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE LA NIÑEZ FRENTE A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA.

Luisa, madre de una niña que padece leucemia, se opone a que el Estado a través de la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial del Estado de Morelos en México, asuma la tutela de Clara, su menor hija, para que se le apliquen transfusiones sanguíneas, considerando que la madre profesa la religión de Testigos de Jehová y pertenece a la etnia rarámuri.

En el amparo en revisión se recurre la interpretación realizada por un Juez de Distrito en amparo indirecto, en relación con el alcance del derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos menores de edad con base en sus creencias religiosas, en caso de urgencia médica cuando se encuentra en riesgo la salud e incluso la vida de un menor de edad.

La cuestión a determinar también es la constitucionalidad de la decisión del Estado al asumir la tutela de la niña cuando la menor ingresó en urgencia, y si el o los tratamientos siguientes deben excluir las transfusiones. La pregunta de análisis es ¿resulta constitucional esta intervención del Estado en la autonomía familiar?.

---

20 Cfr. art. 50 de la LGDNNA.

## **I. Análisis jurídico doctrinal: derecho a la libertad de creencias y objeción de conciencia.**

En la Constitución mexicana se protege como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna<sup>21</sup>.

La objeción de conciencia es un derecho humano del paciente o sus representantes, a rechazar un tratamiento médico motivado por sus convicciones religiosas, y por otra parte, el personal de salud puede excusarse de intervenir en el tratamiento de un paciente que se niegue a recibirlo en ejercicio de la objeción de conciencia.

En el caso del personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud, podrán ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación de servicios, siempre que no se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una urgencia médica, pues en esos casos se incurrirá en responsabilidad profesional, en estos casos de urgencia o situación que peligre la vida de una paciente, mucho más si es una menor, no podrá hacerse valer la objeción de conciencia<sup>22</sup>.

El Tribunal Constitucional español -sobre un caso con cierta analogía en el cual el niño manifestó su voluntad de no recibir transfusión de sangre y murió- expuso que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa el derecho constitucional, de modo que no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser<sup>23</sup>.

## **2. El derecho a la vida privada y familiar.**

La familia es un concepto sociológico que nace o se origina con las relaciones humanas, que implican bases de procuración de cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. La familia está protegida en la Constitución mexicana en el art. 4º primer párrafo<sup>24</sup>. De igual forma el art. 16 de la Constitución prohíbe las injerencias arbitrarias en la familia. En el ámbito internacional se protege en el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

21 Art. 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

22 Art. 10 Bis de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 24 de enero de 2020.

23 Fundamento Jurídico 12º, STC 154/2002, de 18 de Julio.

24 Art. 4º. 1er párrafo de la Constitución Federal de México establece: "La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."

La familia en sus diversas manifestaciones es el elemento fundamental de la sociedad y merece la más amplia protección, en la que se prioriza y destaca el respeto a preservar las relaciones familiares del niño, sin injerencias ilícitas<sup>25</sup>. El respeto a la vida privada y familiar está expresamente entendida como derecho humano en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido en el art. 11.2 de la Convención Americana el derecho a toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de la familia<sup>26</sup>.

El ejercicio de la vida privada y familiar debe tener como objetivo el procurar la mayor satisfacción de los derechos de los niños, razón por la cual, los derechos de los padres deben ser ejercidos de acuerdo con el interés prevalente de los hijos. Las relaciones entre hijos y padres no deben ser determinadas por los deseos personales de los padres, sino por el interés superior del menor.

Para GARCÍA RUBIO<sup>27</sup>, en determinadas situaciones se cuestiona el punto de vista que debe ser adoptado para decidir de acuerdo con el interés del menor y, más en concreto, si ha de ser el de los adultos encargados de tomar la decisión o el del propio menor. La asunción de la primera perspectiva es fuertemente criticada, señala la autora, entre otras razones porque con mucha probabilidad, las motivaciones que van a integrar el interés del menor no serán las del niño implicado, sino las propias de los adultos, quienes, en el mejor de los casos, actuarán pensando, sobre todo, en el futuro de aquel; esta perspectiva conlleva el riesgo de que la decisión que finalmente se adopte en interés del menor" sea en realidad honesta con los propios criterios de moralidad social del encargado de tomarla pero no necesariamente con la de los niños o adolescentes.

En este contexto el derecho a la vida privada y familiar es una garantía frente al Estado y frente a terceros para que no puedan intervenir injustificadamente en decisiones que sólo corresponden al núcleo familiar; por ejemplo, el derecho de los padres a tomar decisiones concernientes a sus hijos<sup>28</sup>.

El Poder Judicial de la Federación ha sancionado el derecho a la protección de la vida privada y familiar, como un derecho humano<sup>29</sup>. Pero es importante ponderar

25 Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

26 Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 170.

27 Cfr. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, pp. 1075-1090.*

28 Vid. Amparo en revisión 208/2016 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con fecha 19 de octubre de 2016.

29 En el amparo directo en revisión 3859/2014 de 23 de septiembre de 2015, se examinó si un padre que no había perdido la patria potestad sobre su hijo tenía el derecho a participar en el proceso de adopción del menor. La Primera Sala de la Corte determinó que el progenitor estaba amparado por el derecho a

la protección de la vida privada y familiar con la supremacía del interés superior de la niñez, el cual se erige como un deber de priorizar los derechos del niño, desde esta óptica deben ejercerse los poderes y responsabilidades de los padres, los derechos parentales en esta ponderación no constituyen un valor prevalente si se afecta la salud y por consiguiente, posible vida del infante. El derecho de los padres a tomar esas decisiones sobre sus hijos, encuentra su límite en la salud y la vida del menor; ha manifestado la Corte<sup>30</sup>. Ello no obsta para que los padres tengan derecho a recibir información acerca del estado de salud de sus hijos menores de edad.

Las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos, inicialmente protegidas por un campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor, aún cuando esta no sea necesariamente la intención de los padres. La Constitución obliga al Estado a la vigilancia de que no se vulneren los derechos de los niños, en estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la integridad del menor.

### 3. El derecho del niño a ser escuchado.

En el art. 71 de la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes, se establece que estos tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

En la protección del derecho a la salud de la niñez, se preve el derecho de niño o niña a ser escuchado sobre el tratamiento al que se someterá, siempre que se den las condiciones de madurez intelectuales y emocionales para comprender el alcance del acto médico sobre su salud. Esta hipótesis puede ocurrir con los hijos menores de edad frente a sus padres pues la intervención de los padres ha de ir encaminada a favorecer; en todo momento, la salud del representado<sup>31</sup>.

En el Amparo 1049/2017, la menor tenía cinco años, por lo que no puede valorarse que se garantice el derecho de los menores previsto en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>32</sup> a ser escuchado en todos los procedimientos que le afectan, como se alegó en el voto disidente. En todos los países la progresividad de la capacidad de los menores de 18 años es un tema que viene estudiándose y protegiéndose cada vez con más fuerza, desde los países europeos hasta el entorno de América Latina, en el cual destaca México. Hasta

---

la protección de la vida privada y familiar como derecho humano. En el amparo en revisión 208/2016 se reiteró la protección constitucional de la familia.

30 Tesis: 1a. VI/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, p. 718.

31 *Vid.* Amparo directo en revisión 2162/2014, de 15 de junio 2016.

32 *Vid.* art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

que los menores resulten capaces de formular y articular sus propios valores, los de los padres son los que sostienen la unidad familiar y en este sentido se presume que los padres toman decisiones por sus menores hijos.

El ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación de los menores de 18 años la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso<sup>33</sup>.

Los padres y tutores pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional<sup>34</sup>.

El menor, ha dicho la jurisprudencia latinoamericana en el caso de la Corte de Colombia "está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos"<sup>35</sup>. En ciertas determinaciones médicas de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida del menor. Si se pone en peligro el derecho a la vida y a la salud de una menor, que requería ser urgentemente hospitalizada, pero sus padres se oponían al tratamiento por cuanto lo consideraban contrario a sus convicciones religiosas el Tribunal Constitucional ordenó entonces que el tratamiento se realizara, incluso en contra de la determinación de los padres, pues era obvio que debía primar el derecho a la vida y a la salud de la menor sobre la libertad religiosa de los padres. En este contexto se expresó en el mismo sentido la Corte Colombiana:

"No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente

33 Observación General No. 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

34 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia. T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero.

35 Cfr. Sentencia de Colombia T-411 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 4.2.2.

de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

(...)

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección...'<sup>36</sup>.

#### 4. ¿Cómo se pondera el interés superior del menor en cuanto a su salud, cuando los padres tienen una creencia religiosa que puede alterar este derecho del infante?

La solución del problema de la legitimidad del tratamiento médico no puede y no debe inspirarse exclusivamente en el aspecto subjetivo del consentimiento, el tratamiento puede justificarse no tanto por un criterio de oportunidad objetiva, sino por el estado de necesidad. El tratamiento sanitario conforme al ordenamiento jurídico en su conjunto debe ser respetuoso con la persona y sus particularidades, está permitido intervenir coactivamente pero solo cuando estas últimas constituyan un peligro para la persona. En caso de menores y frente a una posible lesión de la salud es preciso reconocer una tutela cautelar de carácter urgente<sup>37</sup>.

En la Constitución Mexicana se dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado, en igual sentido el Congreso de la Nación no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna<sup>38</sup>. Para algunos autores la expresión "objección de conciencia" es utilizada para referirse a las situaciones conflictivas que nacen de la colisión entre las convicciones fundamentales de una persona y el derecho en sentido amplio, en tanto el objetor de conciencia se niega a acatar un deber jurídico, por sus obligaciones morales, religiosas o éticas y deben ser tomadas en consideración en los ordenamientos político-jurídicos orientados a la protección de la autonomía individual, sin embargo no puede pasar inadvertido que la negativa de acatar un deber jurídico conlleva ciertos riesgos para la cooperación social<sup>39</sup>.

36 Cfr. Sentencia de Colombia T-411 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 4.2.1 y 4.2.2.

37 Cfr. PERLINGIERI P.: *El Derecho Civil en la Legalidad Constitucional* (traducción con comentarios de la tercera edición italiana coordinada por Agustín Luna y Carlos Maluquer), Dykinson, Madrid, 2008, p 705, 712.

38 Cfr. art. 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

39 CAPDEVIELLE, P.: "Objeciones de conciencia en el ámbito sanitario: reflexiones en torno a su regulación", en CHAN, S., IBARRA PALAFOX, F., et al (coord.): *Bioética y bioderecho, Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018, pp. 31-51.

La objeción de conciencia a tratamientos médicos es la negativa por parte de determinadas confesiones, por ser contrarias a los textos sagrados de su religión, de transfusiones de sangre.

Hay dos confesiones principales que entran en conflicto con determinados tratamientos médicos: la Christian Science y los Testigos de Jehová, en este trabajo nos referiremos a la segunda confesión. En el caso de las personas que ejercen su objeción de conciencia en donaciones de sangre, su origen parece proceder de los capítulos 3 y 17 de Levítico:

“No comeréis grasa ni sangre. Si un hombre cualquiera de la casa de Israel, o de los forasteros que residen en medio de ellos, come cualquier clase de sangre, yo volveré mi rostro contra el que coma sangre y lo exterminaré de en medio de su pueblo...

17. Identificar comer sangre con una transfusión es forzar las cosas y basar en esa vinculación una objeción de conciencia, que no se opone a un deber correlativo, sino al derecho primario que es el derecho-deber a la vida.”<sup>40</sup>.

En atención al derecho español, la objeción queda vinculada con el art. 16 de la Constitución<sup>41</sup>, y en cuanto a la salud en caso de menores, se considera el derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral acorde con la convicción de los primeros en el art. 27.3; por otra parte se dispone que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, en atención al art. 39.3 de la Constitución española.

En el ámbito médico los padres se enfrentan a un escenario complejo, si el ejercicio de la libertad del paciente no lesiona un interés general y sus excesos quedan dentro de su ámbito de intimidad, no existirían inconvenientes.

En atención a la asesoría de los médicos, deben ponderar cuidadosamente la eficacia y los riesgos de los tratamientos de acuerdo con la condición clínica que afecte a su hijo. En esa encrucijada, están llamados a velar en todo momento por el bienestar de sus hijos, por lo que debe existir una correspondencia entre la decisión médica que asuman y las medidas terapéuticas que mejor permitan al menor mantener su integridad y recuperar su salud. Como se estableció, su deber es proteger siempre el interés superior del menor; a esta consideración deben asignar un valor fundamental y prevalente en cualquier decisión que tomen.

40 PECES BARBA MARTÍNEZ, G.: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, número 5, pp. 159-176.

41 Art. 16 de la Constitución Española de 1978: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”



Si se pondera la vida y la salud de los menores hay que considerar que el derecho a la protección de la vida es un derecho fundamental implícito en la Constitución mexicana, que se refuerza por el art. 4.I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>42</sup>, así como los art. 13 y 50 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, entre los que se establece como derechos la vida, la supervivencia y el desarrollo.

En el ámbito internacional, el art. 12 del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>43</sup>, así como el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>44</sup>, protegen el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; lo que implica que los menores tienen derecho a recibir los cuidados y asistencia que mayores probabilidades le otorgue para recuperar su salud.

Por otra parte, los art. 6 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen que todo menor tiene derecho intrínseco a la vida, así como al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación; posición que es reforzada con la Observación General 15<sup>45</sup>, al establecer un enfoque integral en materia de salud para los menores.

En el derecho español, se aprobó la circular 1/2012<sup>46</sup> donde se analizan situaciones sobre el rechazo de la transfusión de sangre que se basa en un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente, su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido. En los procesos sobre la capacidad de las personas, intervendrá el Ministerio Fiscal, velando durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada<sup>47</sup>.

En relación con las intervenciones médicas, en la circular 1/2012 se establecen varias hipótesis en las que depende de la capacidad del menor a partir de los 16 años cumplidos para ejercer su voluntad y la aprobación o no de sus representantes. En la cuarta situación, nos encontramos precisamente con el caso de que los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de dicho consentimiento, un riesgo grave para su vida. En estos casos la norma especial dispone que el médico no puede aceptar la

42 Adoptada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

43 Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.

44 Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

45 Comité de los Derechos del Niño, Observación general no. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), Organización de las Naciones Unidas, abril de 2013.

46 Cfr. Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, emitida por la Fiscalía General del Estado español.

47 Art. 749 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

voluntad de los representantes del menor, como garante respecto de su paciente, por lo que procede plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, a través del Fiscal de forma que se obtenga un pronunciamiento judicial. Sin embargo, en situaciones urgentes el médico puede aplicar directamente el tratamiento frente a la voluntad de los padres, justificando su conducta en base a dos causas: el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

Por su parte, refiere el profesor De Verda<sup>48</sup>, que los menores e incapaces deben poder otorgar el consentimiento, siempre y cuando se encuentren en condiciones de apreciar y querer sus consecuencias, lo que conduce sin duda a la apreciación judicial.

En México, el Poder Judicial se ha pronunciado porque que los menores tengan derecho a recibir el trato médico más efectivo y seguro para recuperar su salud y que el límite de los derechos parentales es el interés superior de la niñez, por lo que en este proceso de toma de decisiones los padres no pueden colocar en riesgo la vida de sus hijos. Pero la Primera Sala de la Corte también ha sancionado, que es el Juez quien debe especificar cuáles son los deberes de los médicos en cada caso concreto, valorando a la *lex artis* sólo como un elemento fáctico propio de la práctica médica y dejando al juzgador determinar por el material probatorio el diligente actuar del médico<sup>49</sup>.

## 5. Caso de urgencia.

Cuando un paciente o su representante solicita recibir un tratamiento bajo determinadas características relacionadas con la religión que profesa, al amparo del art. 24 de la constitución mexicana, el derecho queda limitado por: la situación de urgencia del tratamiento paliativo y porque el personal de salud debe aplicarlos de acuerdo a su ética profesional, conocimientos científicos, protocolos y guías médicas<sup>50</sup>.

El reglamento de la Ley General de Salud dispone que en todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma pero en caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en

48 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad como categoría unitaria", en PÉREZ FUENTES, G. M. (coord.): *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, Tirant lo Blanch, México, 2016, pp. 133-176.

49 Tesis: 1a. CCXXX/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 515.

50 Tesis: I.11o.A.13 A, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 71, Octubre de 2019, Tomo IV, p. 3537.

estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el numeral anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización<sup>51</sup>.

El estado de urgencia es una excepción a la concurrencia de un consentimiento informado expreso para efectuar un acto médico que entrañe un alto riesgo para el paciente. El sistema jurídico mexicano trata de realizar una ponderación entre la voluntad del paciente y las obligaciones que tiene todo personal médico.

Si los padres se oponen a un tratamiento indicado medicamente a un paciente cuya vida se encuentra en riesgo, las autoridades tienen el deber de intervenir con objeto de proteger sus derechos a través de la institución de la tutela. A partir de la denuncia que realice el personal médico, las autoridades deberán indagar de manera inmediata sobre la veracidad de los hechos denunciados para determinar si existe la necesidad de un procedimiento administrativo de protección. Si la autoridad aprecia irregularidades, deberán tomarse medidas provisionales fundadas en el interés superior del menor con efecto inmediato, que implique salvar la vida del niño o niña.

En el caso del análisis previsto y estudiado en el amparo 1049/2017 de acuerdo con los médicos, la menor se encontraba en condiciones de urgencia por el riesgo sobre su vida que expresó la hematóloga al examinar a la niña, indicó que si no se tomaba una decisión pronta para autorizar las transfusiones sanguíneas la menor no tenía posibilidades de sobrevivir esa noche.

La urgencia está vinculada con un caso de riesgo o desamparo, en el cual la Procuraduría de Protección a la menor en este caso, se atenderá a los elementos de convicción derivados de investigaciones y dictámenes o prácticas de exámenes médicos, y en general los que considere necesarios para constatar la gravedad de las conductas. No obstante es deber de la Procuraduría el proporcionar el derecho de audiencia a quienes ejerzan la patria potestad.

En el derecho español la circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, si la situación es urgente, el médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante. Sin embargo, no existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos que

---

51 Art. 80 y 81 de Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, publicado en el Diario Oficial de la federación el 14 de mayo de 1986, última reforma publicada el 17 de julio de 2018.

el médico, como responsable de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial<sup>52</sup>.

## **6. Actuación de los médicos y personal sanitario ante riesgo de la vida de un menor: interés superior.**

Si los médicos advierten un riesgo para la vida del menor porque los padres pretenden impedir que se aplique al niño o niña, un tratamiento idóneo científicamente para salvar la vida de la persona jurídicamente más protegida, en función de la *lex artis* médica, tienen la obligación de hacerlo del conocimiento de las autoridades de protección de menores. Si los padres objetan un tratamiento indicado médicamente a un paciente cuya vida se encuentra en riesgo, las autoridades tienen a su cargo el deber de intervenir con objeto de proteger sus derechos a través de la institución de la tutela.

Si los médicos reciben una negativa definitiva de los padres, y si consideran que el retraso en la toma de decisiones puede afectar la integridad o salud de la niña o niño, están obligados a dar cuenta a la agencia estatal de protección de menores para que la misma evalúe la necesidad de intervenir de inmediato a fin de examinar el caso y autorizar el tratamiento.

## **7. ¿Es constitucional que el Estado asuma la facultad de decidir sobre la salud de un menor en sustitución de sus padres?**

La notificación del personal médico a las autoridades marca el inicio de la actuación del Estado para determinar si se encuentra en un caso en el que debe intervenir en la autonomía familiar para tutelar los derechos de un menor. Como es conocido, el Estado protege provisionalmente los derechos de los menores a través de la institución pública de la tutela. La Suprema Corte ha establecido que el interés superior del menor protegido en el art. 4º Constitucional, es el que encomienda a los poderes públicos la protección integral del menor, por lo cual se ha potenciado el protagonismo de la administración pública en este actuar. Cuando aquellos a quienes la ley encomienda de manera primordial el ejercicio de las funciones tuitivas, no quieren o no pueden actuar en defensa del interés de un menor, lo deben hacer las respectivas entidades públicas de protección, con la finalidad de adoptar las medidas que permitan librar a un menor en situación de riesgo o desamparo<sup>53</sup>.

52 El art. 158 del Código Civil Español en relación a las pretensiones que afectan a intereses esenciales de menores, declara que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

53 Tesis: Ia. CXXIII/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 561.

Por otra parte, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su art. 4º fracción XVII<sup>54</sup>, define a las Procuradurías de Protección, como la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y las procuradurías de protección de niñas, niños y adolescentes de cada entidad federativa. Los propios infantes afectados, considerando su edad, grado de desarrollo cognoscitivo y madurez, solicitarán la intervención de las Procuradurías de Protección, de acuerdo al art. 80 de la mencionada ley.

Las Procuradurías de Protección deberán establecer contacto y trabajar conjuntamente con las autoridades administrativas, entre ellas las de salud, para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes; y es que las Procuradurías de Protección de menores, deben solicitar al Ministerio Público competente la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas, cuando exista un riesgo inminente contra la vida, entre ellas, la atención médica inmediata por parte de alguna institución del Sistema Nacional de Salud.

En caso de conflicto de intereses, entre quienes ejerzan la representación originaria o de éstos con niñas, niños y adolescentes o por una representación deficiente o dolosa, las autoridades federales, estatales, municipales y demarcaciones de la Ciudad de México, garantizarán el procedimiento administrativo, así como la intervención a la Procuraduría de Protección competente, que deberá sustanciarse por vía incidental, un procedimiento sumario de restricción, suspensión o revocación de la representación originaria.

La tutela que ejercen las entidades públicas se configura de manera provisional o transitoria mientras que se evite poner en riesgo los derechos de los menores. Lo anterior significa que la tutela asumida por el Estado está limitada a la toma de decisiones médicas relativas a la recuperación de la salud del niño durante el período del tratamiento y recuperación, pero no reemplaza los demás derechos que tienen los padres en el núcleo familiar.

La ley mexicana en materia de menores, establece que las Procuradurías de Protección tienen la atribución de solicitar al Ministerio Público competente la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas, cuando exista un riesgo inminente que atente contra la vida, integridad o libertad de niñas, niños y adolescentes, quien deberá decretarlas a más tardar, durante las siguientes 3 horas a la recepción de la solicitud, dando aviso de inmediato a la autoridad jurisdiccional competente<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Vid. art. 4º de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

<sup>55</sup> Cfr. art. 122 fracción VI de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La decisión que tome el Estado puede ser recurrida a través de los medios de impugnación, entre los que se considera el Juicio de Amparo, por lo que corresponderá a los Tribunales en última instancia decidir si en el caso procede el estándar de intervención estatal cuando los padres hayan rechazado que se aplique a su hijo el tratamiento idóneo para salvar su vida de un padecimiento médico letal.

Si en un primer momento se advierte que un niño o niña está en un estado crítico y en riesgo de perder la vida, y se considera que lo más adecuado por su gravedad es la transfusión de sangre, y los padres se oponen a esa trasfusión, debe estimarse adecuada la intervención del Estado de manera que por el procedimiento indicado intervenga la autoridad competente y otorgue el consentimiento a fin de autorizar las transfusiones, en este proceder hubo un criterio de unanimidad en la Sentencia.

Para la intervención del Estado deben darse una serie de circunstancias que tipifiquen un riesgo, la normativa local y nacional aplicable define riesgo, como una situación en la cual el menor se ve afectado por cualquier circunstancia que perjudique su adecuado desarrollo personal, familiar o social y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incluso en una situación de desamparo<sup>56</sup>.

Las circunstancias a valorar son las siguientes:

- a) El carácter de urgencia o no urgencia de la situación para establecer estándares y lineamientos adecuados.
- b) El estándar para determinar la intervención del Estado, debe tener lineamientos precisos.
- c) Para poder establecer los elementos del estándar que justificaría la intervención estatal debe seguirse una metodología en la que se obtengan formalmente conocimientos médicos; y
- d) Debe tomarse en cuenta los derechos de los menores, como su autonomía progresiva y el derecho a que se escuche su opinión.

## 8. Segundo Momento.

Clara ha sido diagnosticada con una leucemia linfoblástica aguda, una condición que provoca una reducción importante de eritrocitos, plaquetas y leucocitos

<sup>56</sup> Cfr. art. 170 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chihuahua, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 3 de junio de 2015, última reforma publicada el 1 de febrero de 2020.

todo ello asociado con la función inmunológica. El tratamiento indicado para esta circunstancia médica, es el uso de quimioterapia, lo que supone administrar regularmente a la niña una sustancia tóxica que elimina los linfocitos enfermos pero los efectos tóxicos de la quimioterapia también alcanza a las células sanguíneas saludables afectando la capacidad de la médula ósea para reproducirlas, por lo que un tratamiento completo a criterio de los doctores incluye transfusiones de sangre. El uso particular de la eritropoyetina en sustitución de las transfusiones es controversial<sup>57</sup>.

El tratamiento antes indicado en esta etapa continúa siendo que los padres de la niña se han opuesto a las transfusiones, piden que se excluyan y que se apliquen ciertas sustancias que puedan estimular la capacidad de la médula ósea para producir nuevamente células sanguíneas sanas. Pero la propuesta de los padres no debe resultar inferior (menos segura, confiable o efectiva) que el tratamiento acreditado para recuperar la salud del menor.

En la sentencia, por mayoría de votos se determinó que las transfusiones sanguíneas eran el tratamiento estándar para acompañar la quimioterapia, dichas transfusiones tienen un efecto benéfico, subrayó la sentencia, para reestablecer los niveles de sangre. La Sala consideró ser sensible a los devastadores efectos de la leucemia y que la niña tenía que resistir una gran cantidad de quimioterapia para sentenciar que no se puede aceptar un tratamiento alternativo para proteger el interés superior de la menor.

En este sentido, la resolución concluyó que el Estado puede intervenir en la autonomía familiar cuando advierta que existe riesgo de la vida o la salud de una menor de edad, como es el caso que por sus creencias religiosas los padres pretenden impedir que se le aplique a la menor el tratamiento idóneo de acuerdo con la ciencia médica para preservar su vida.

En este segundo momento de recuperación de la menor, existen posiciones judiciales y doctrinales encontradas, veremos las coincidencias con la primera parte del tratamiento, pero no con la segunda, en la que se valora que pasado el momento de urgencia, si se logra una estabilidad en la menor, se podría dar la posibilidad de un tratamiento alternativo, en tanto con independencia de las creencias religiosas, ello no atenta contra el derecho a la salud de la menor. El mismo tratamiento en cuestión quedó avalado por la comunidad médica científica que en caso de la enfermedad de Leucemia Linfoblástica Aguda, puede usarse con la eritropoyetina, y ofrecer la posibilidad de un tratamiento alternativo. Si después

---

57 El Ministro Ponente analizó los criterios de la Sociedad Española de Hematología y Oncología Pediátrica, Tratamiento de la Leucemia Aguda Linfoblástica de Nuevo Diagnóstico (para mayores de 1 año y menores de 19 años), recomendaciones terapéuticas LAL/SEHOP-PETHEMA 2013. Versión 2.0.

de usar el tratamiento alternativo no se ve ninguna mejoría en el paciente, entonces si se tendrá que regresar de manera inmediata y definitiva a las transfusiones<sup>58</sup>.

En el voto disidente se sostuvo que el estándar que desarrolló la sentencia para establecer en qué casos la negativa de los padres de autorizar un tratamiento justifica la intervención del Estado es demasiado, a opinión del Ministro Cossío, laxo. Ante este argumento sostuvo en su voto que se incorpora como estándar de valoración el del tratamiento idóneo de acuerdo con la *lex artis* médica, siempre que los padres se nieguen a autorizar el tratamiento que recomiendan los médicos. Cossío critica la posición de la sentencia en cuanto a adoptar un estándar de mayor beneficio, equivalente a tratamiento efectivo, considerando este como el recomendado por los médicos, y no por los padres que son los que están en mejor posición para establecer lo más benéfico para el menor.

La explicación del argumento anterior, generaría el peligro de que la intervención estatal no sea una medida excepcional, según el criterio del voto disidente; el aplicar a toda costa el tratamiento más efectivo, impide que los padres o, en su caso, el Estado consideren elementos que, en la integralidad conjuntamente con la salud, en caso de no urgencia, también son relevantes, como el buen vivir del menor y sus familiares, el dolor que el tratamiento puede causar al menor, la posibilidad de que el niño sea excluido de su comunidad por recibir un tratamiento lejos de sus propias creencias<sup>59</sup>.

En esta ocasión, se considera que en la Sentencia se valoró el criterio científico tanto en el primer como el segundo momento, procediendo la intervención estatal a través de las Procuradurías para darle efectividad al tratamiento con transfusiones de sangre. Lo anterior permite, como se señaló en la resolución del amparo en revisión 1049/2017, que debe permanecer en proceso el procedimiento administrativo y la tutela provisional de la Procuraduría de Protección competente, con la finalidad de autorizar los tratamientos médicos que sean imprescindibles para garantizar las posibilidades de salvar la vida y la salud de la menor.

#### IV. CONCLUSIONES.

Los padres gozan de un ámbito de autonomía amplio para tomar numerosas decisiones por sus hijos y qué valores inculcar, así como enseñarle o no una religión. Los padres o sus representantes tienen autonomía para decidir lo que estimen mejor para los infantes, sin intervenciones externas y realmene son los

58 *Vid. voto concurrente que formula el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en amparo en revisión 1049/2017.*

59 *Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 1049/2017 (tutela pública para transfundir sangre a una menor Testigo de Jehová).*



más aptos para decidir lo que resulte más favorable para las niñas y niños a su cargo y proteger el interés superior de la niñez.

El Estado puede interferir de manera válida en la autonomía familiar para tomar decisiones médicas respecto de menores, cuando las que toman los padres ponen en riesgo su vida.

El problema en cuestión no se limita a que la intervención aparezca justificada, lo definitivo y fundamental es determinar qué estándar debe cumplirse para que la intervención esté justificada y qué lineamientos deben seguirse al intervenir en la autonomía familiar.

Es imprescindible para definir la intervención del Estado que el caso sea de urgencia o no. En el primer caso -urgencia- el Estado debe intervenir de manera precautoria y provisional para salvaguardar los derechos del menor, sin que sea viable considerar un tratamiento alternativo. En cambio, cuando un menor se encuentra estable, significa ello que su vida no está en riesgo apremiante, puede valorarse el tratamiento alternativo propuesto por los padres si el mismo tiene una eficacia similar o comparable al tratamiento indicado por los médicos.

En aras de garantizar el derecho fundamental a la vida privada y familiar, en los casos de salud no urgentes, si se pretende privar a los padres del derecho a tomar decisiones médicas respecto de sus hijos, procedería en orden a la seguridad jurídica un procedimiento judicial sumario en el que se de oportunidad a los principios de contradicción y formalidades esenciales del procedimiento, lo anterior para evitar que se prive a los padres de un derecho respecto a sus hijos.

El derecho a la vida privada y familiar debe ser desvirtuado por las autoridades administrativas, ejerciendo éstas la carga de la prueba para demostrar que la aplicación del tratamiento propuesto por los padres implica un daño o riesgo a la salud que puede afectar la vida del niño en cuestión. La intervención estatal es una medida excepcional y no puede convertirse en una actuación estándar del Estado ante una negativa de personas que profesan un tipo de religión y se provoca un desacuerdo entre los médicos y los padres respecto al tratamiento a realizar.

A nivel federal, en México y en diversos ordenamientos de los Estados que conforman la República Mexicana, no existe un procedimiento específico para que las instancias públicas intervengan en el contexto médico con objeto de proteger a un menor. En su lugar, se advierte que se ha diseñado un procedimiento genérico a fin de que las entidades públicas ejerzan una tutela provisional o transitoria cuando adviertan que las niñas y niños se encuentran en alguna situación de riesgo.

Lo fundamental para justificar la intervención por la negativa de los padres ante un tratamiento no puede ser el que este sea el más benéfico o idóneo, sino que debe acreditarse que esa negativa generará un grave daño o riesgo a la salud o vida de los menores de edad. La Procuraduría de Protección de la infancia puede dictar medidas con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores que se encuentren en situación de riesgo o desamparo. Dichas medidas deberán tener como base el interés superior de la niñez, ser provisionales, tener un efecto inmediato, todo ello para garantizar la vida y salud como mejor forma de proteger el interés superior del menor

## BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, M.: *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2019.

CAPDEVIELLE, P.: "Objeciones de conciencia en el ámbito sanitario: reflexiones en torno a su regulación", en CHAN, S., IBARRA PALAFOX, F., et al (Coord.): *Bioética y bioderecho, Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2018.

CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad como categoría unitaria", en PÉREZ FUENTES, G. M. (Coord.): *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, Tirant lo Blanch, México, 2016.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

PECES BARBA MARTÍNEZ, G.: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, número 5.

PÉREZ FUENTES, G., et al.: "El interés superior del menor como principio", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 1, núm. 2, UJAT, México, enero-junio 2014.

PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la Legalidad Constitucional* (traducción con comentarios de la tercera edición italianacoordinada por Agustín Luna y Carlos Maluquer), Dykinson, Madrid, 2008.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, vol. XVI, 2016.

