

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente

Reconocimiento de validez oficial de estudios de nivel superior según acuerdo secretarial 15018, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de noviembre de 1976.

Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos
Maestría En Derecho Constitucional Contemporáneo



DERECHO A LA VIDA VERSUS LIBERTAD RELIGIOSA

ANÁLISIS DEL AMPARO EN REVISIÓN 1049/2017

Trabajo recepcional que para obtener el grado de
Maestra en Derecho Constitucional Contemporáneo

Presenta: María Fernanda Ríos y Valles Sánchez

Tutor José Manuel del Toro Torres

Tlaquepaque, Jalisco. Noviembre de 2022.

*A Jorge, María Luisa y Gaby, por su amor incondicional y enseñarme a siempre luchar y nunca
rendirme*

*A Jorge, mi cómplice y aliado, por acompañarme en esta aventura llamada vida e impulsarme
a emprender nuevos retos, muchas locuras y reinventarme en cada nuevo destino*

*A Romina, mi gran maestra y compañerita colimota-moreliana-queretana, por llenarme
siempre de alegría y motivarme a encontrar mi mejor versión*

A mi querida Liz, por creer en mí

*A Denise, Marbella y Silvana por su amistad, apoyo incondicional e impulso para concluir este
proyecto*

Resumen.-

La colisión de derechos fundamentales en la impartición de justicia es uno de los retos que ha enfrentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cada vez son más recurrentes, los casos en que tiene que resolver cuál derecho fundamental y en qué medida debe prevalecer sobre otro de la misma categoría. Ello, lo ha resuelto a través de la aplicación de métodos de ponderación, como el test de proporcionalidad, tal como aconteció en la sentencia emitida en el amparo en revisión 1049/2017. La controversia se originó por la concesión de la tutela médica que le fue conferida al Estado, de una niña de seis años que padecía leucemia. La infante pertenecía a una comunidad indígena y su familia profesaba la religión Testigos de Jehová. Sus padres no autorizaron el tratamiento de quimioterapias toda vez que implicaba realizar transfusiones sanguíneas prohibidas por su religión. La Corte estimó que debía prevalecer el derecho a la vida de la niña, en su vertiente de acceso al más alto de salud posible, sobre el derecho a la libertad religiosa y el derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos. Sin embargo, fue omisa en juzgar con perspectiva intercultural e incumplió con varias garantías procesales consideradas por el Comité de los Derechos del Niño como indispensables para dar plena eficacia al interés superior de la niñez.

Palabras clave: derechos humanos, ponderación, interés superior del menor.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo 1. Los principios en el Estado constitucional de derecho	3
1.1 Estado de derecho.....	3
1.2 Del Estado premoderno al Estado legislativo de derecho.....	3
1.3 Del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho.....	4
1.4 Características del Estado constitucional de derecho.....	5
1.5 La Constitucionalización del Estado de derecho en México.....	6
1.5.1 Una constitución rígida.....	6
1.5.2 La garantía jurisdiccional de la Constitución.....	7
1.5.3 La fuerza vinculante de la Constitución.....	8
1.5.4 La “sobreinterpretación” de la Constitución.....	10
1.5.5 La aplicación directa de las normas constitucionales.....	11
1.5.6 La interpretación conforme de las leyes.....	12
1.5.7 La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.....	12
1.6 El concepto de reglas y principios.....	14
1.7 La ponderación.....	20
Capítulo 2. Derechos Fundamentales.....	26
2.1 Concepto.....	26
2.2 Derechos fundamentales o derechos humanos.....	27
2.3 La teoría de la ponderación de los derechos fundamentales en México.....	30
2.4 El derecho a la vida privada familiar.....	31
2.4.1 Derecho de los padres a formar a sus hijos de acuerdo a su religión.....	34
2.5 Interés superior de la niñez.....	37
2.5.1 Derecho de la niñez a que el interés superior sea una consideración primordial.....	39
2.5.2 Derecho de la Niñez al disfrute del más alto nivel de salud.....	44
Capítulo 3. El fallo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	49
3.1 Antecedentes del caso.....	49

3.2 Juicio de amparo indirecto.....	51
3.3 Recursos de revisión.....	55
3.4 Sentencia de la Primera Sala de la SCJN.....	56
Capítulo 4. Análisis crítico del caso.....	65
4.1 Temas procesales.....	67
4.1.1 Violaciones relacionadas con la materia probatoria.....	67
4.1.2 Omisión de recabar la opinión de Clara.....	69
4.2 Críticas a la argumentación de la sentencia.....	71
4.2.1 Análisis con perspectiva cultural.....	72
4.2.2 Inclusión de equipo multidisciplinario y evaluación de consecuencias, repercusiones e impacto del fallo en la vida de Clara.....	74
4.2.3 Mecanismos para revisar la decisión tomada en el fallo.....	75
4.2.4 Omisión de dar vista por ausencia legislativa, reglamentaria y/ o de protocolos.....	76
4.2.5 Diferencia entre el carácter de no urgencia y urgencia.....	78
4.2.6 Los votos disidentes.....	79
Capítulo 5. Conclusiones.....	84
Referencias.....	87

Introducción.

El Estado constitucional de derecho se caracteriza por la subordinación de los poderes públicos a una norma superior que establece una serie de principios y/o derechos fundamentales. La Constitución Mexicana esta permeada de éstos, ya que además de los contenidos, en el artículo 1 incorpora los previstos en los tratados internacionales en los que México sea parte.

La colisión entre principios o derechos fundamentales en la impartición de justicia es un fenómeno cada vez más común que ha requerido del ejercicio de la ponderación para resolver cual derecho debe prevalecer sobre otro. La sentencia que se analiza versa sobre la colisión entre el derecho a la vida de una niña de seis años y el derecho a la vida privada familiar en su vertiente de libertad religiosa y el derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos. La familia pertenecía a la etnia rarámuri de Chihuahua y profesaba la religión testigos de Jehová. Una de sus hijas fue diagnosticada con leucemia y como parte de su tratamiento se recomendó la aplicación de quimioterapias que conllevarían transfusiones sanguíneas. Empero sus padres se negaron a autorizar las transfusiones sanguíneas al estar prohibidas en su religión. Ello originó que autoridades estatales asumieran la custodia de la menor a fin de autorizar los tratamientos médicos necesarios para estabilizar su salud y combatir su padecimiento.

Inconforme, la madre de la niña presentó un juicio de amparo indirecto a fin de recuperar la tutela total de su hija y tratar su padecimiento con quimioterapias, pero con tratamientos alternativos a las transfusiones sanguíneas. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a través de la ponderación, decidió que debía prevalecer el derecho a la vida de la menor, en específico el derecho al nivel más alto de salud posible, sobre la libertad religiosa de sus padres y su derecho a rechazar las transfusiones sanguíneas. Por tales razones, debía seguir a cargo del Estado la custodia de la niña a fin de autorizar las transfusiones sanguíneas que fueran necesarias.

Haciendo uso de los métodos descriptivos y explicativos, así como de las técnicas documentales, se analiza el ejercicio de ponderación realizado por la SCJN en el amparo en revisión 1049/2017 entre los derechos fundamentales que estaban en juego.

Para ello, en primer término, se aborda la evolución del Estado premoderno, al Estado Legislativo de Derecho y de éste al Estado Constitucional de Derecho. Se hace un análisis explicativo de la constitucionalización del Estado de Derecho en México bajo los parámetros trazados por Riccardo Guastini. Posteriormente, se realiza un análisis del marco teórico que desarrollado filósofos y juristas como Dworkin, Alexy, Atienza y Ruiz Manero del concepto de principios y su diferencia con las reglas.

En el segundo capítulo se realiza un análisis del marco jurídico nacional e internacional de los principios y/o derechos fundamentales objeto de estudio en la sentencia de análisis: el derecho a la vida familiar y de formar a los hijos de acuerdo a la religión de los padres, el interés superior de la niñez y su derecho al disfrute del más alto nivel de salud.

Luego, en el tercer capítulo se analizan los argumentos esgrimidos por la SCJN en la sentencia objeto de estudio y la forma en que se ponderaron los derechos fundamentales en colisión. Para posteriormente en el cuarto capítulo, analizar si dicha resolución cumplió con el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y con las garantías procesales mínimas necesarias a fin de velar por la observancia del interés superior de la niñez y finalmente se presentarán en el quinto capítulo las conclusiones de este análisis.

Casos como éste son de gran relevancia habida cuenta que sientan un precedente de la manera en que deben de resolverse los conflictos que se susciten entre los propios derechos fundamentales. La importancia de documentarlos radica en la forma en que se ponderó la cantidad de valores en juego: la libertad de inculcar a tus hijos la religión que profesas, el derecho de los padres a escoger libremente el tratamiento médico que consideren mejor para sus hijos, el interés supremo del menor, en específico el derecho a la salud en su vertiente de recibir el tratamiento médico que le genere mejores condiciones de vida.

Capítulo 1. Los principios en el Estado constitucional de derecho

1.1 Estado de derecho

La expresión Estado de derecho se ha utilizado para designar un tipo de organización política en la que se garantiza el imperio de la ley, la división de poderes, el control de la Administración Pública y la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Para Luigi Ferrajoli el término “Estado de derecho” tiene dos acepciones. La primera en un sentido lato, débil o formal se designa a “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos.” En un segundo sentido, fuerte o sustancial, el Estado de derecho corresponde a “aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos” (2001, pág. 31)

El primer concepto corresponde a un Estado de derecho, en cuyo ordenamiento jurídico, los poderes e instituciones públicas tienen una fuente y una forma legal. Mientras que el segundo, un significado más restringido, además de cumplir con lo anterior, los poderes, incluso el propio legislativo, están obligados al respeto de principios sustanciales como la división de poderes y los derechos fundamentales. Cada acepción corresponde a un diferente modelo normativo. El primero, es denominado por Ferrajoli como modelo paleoiuspositivista del Estado legislativo del derecho o Estado legal y el segundo: modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho o Estado constitucional.

Para una mejor comprensión del tema, es importante indicar como surgieron y evolucionaron ambos modelos, siguiendo la tesis sostenida por Luigi Ferrajoli, que señala que cada uno es producto de un triple cambio de paradigma en la naturaleza y estructura del derecho, de la ciencia y en la jurisdicción. (2001, págs. 31-32)

1.2 Del Estado premoderno al Estado legislativo de derecho

En un inicio, existía un Estado premoderno que no tenía un sistema exclusivo de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones

diversas y concurrentes: el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios y corporaciones, entre otros. La validez de la norma obedecía a temas de racionalidad y justicia. La ciencia jurídica era recibida por tradición y constantemente elaborada por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificada con el derecho. Asimismo, la jurisdicción se basaba en la autoridad de los doctores y era precisamente el derecho natural el que valía, como sistema de normas que se consideraban “verdaderas”, “justas”, como el “derecho común” (Ferrajoli, 2001, pág. 32 y 33).

El Estado legislativo del derecho surge cuando el estado monopoliza la producción de las normas, dando paso al principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido. Una norma jurídica era válida, no por ser justa, sino exclusivamente por ser emitida por una autoridad dotada de competencia normativa. Por ende, la ciencia jurídica se convirtió en una disciplina meramente cognoscitiva, explicativa del derecho positivo, autónomo y separado de ella. Su papel se redujo a interpretaciones, comentarios o explicaciones de los códigos. En lo conducente a la jurisdicción, predominó el principio de legalidad como única fuente de legitimación, adquiriendo mayor relevancia la forma que el contenido de la norma (Ferrajoli, 2001, págs. 32-34).

1.3 Del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional del derecho

Por su parte, el Estado constitucional del derecho surge como producto de constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. La validez de las normas no solo depende de su forma de producción, sino de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. En efecto, una norma formalmente válida y vigente, puede ser sustancialmente inválida por el contraste de su significado con el de las normas constitucionales. La ciencia jurídica deja de ser solo explicativa y adquiere un papel más crítico y proyectivo. La constitución además de disciplinar las formas de producción de las normas, impone a estas prohibiciones y obligaciones de contenido, como el respeto a los derechos de libertad, igualdad y otras de derechos sociales. Por ende, la ciencia tiene el deber de constatar las antinomias y lagunas que se genere y ocasionen una violación a dichos derechos para que sean corregidas. De igual forma, cambia el papel de la jurisdicción, el juez

ya no se limita a analizar solo la validez de ley, su interpretación y aplicación depende de su coherencia y respeto a los principios y derechos que tutela la carta magna (Ferrajoli, 2001, pág. 34 y 35).

1.4 Características del Estado constitucional de derecho

El término Estado constitucional de derecho no debe limitarse a un estado que incorporó una constitución cuando carecía de ella. Dicho concepto va más allá, es un Estado permeado de un constitucionalismo jurídico que se caracteriza por la subordinación de los poderes públicos, incluidos el legislativo, a una norma superior, que establece una serie de principios y derechos fundamentales.

Para Riccardo Guastini, un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida y desbordante capaz de condicionar tanto a la legislación, jurisprudencia y al estilo doctrinal, como a la acción de los actores políticos y las relaciones sociales (2003, pág. 49). El concepto de constitucionalización no es un concepto tajante, de todo o nada, en el que se pueda afirmar que un ordenamiento jurídico está totalmente constitucionalizado o no lo está en lo absoluto, se trata de una cuestión de grado. En efecto, un ordenamiento jurídico puede estar constitucionalizado en mayor o menor medida y ello depende de que cuántas y cuáles rasgos de constitucionalización estén satisfechos.

Guastini propone siete condiciones que se deben satisfacer para considerar que se trata de un ordenamiento impregnado por normas constitucionales, mismas que se enlistan a continuación: a) una constitución rígida, b) la garantía jurisdiccional de la Constitución, c) la fuerza vinculante de la Constitución, d) la “sobreinterpretación” de la Constitución, e) la aplicación directa de las normas constitucionales, f) la interpretación conforme a las leyes y g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (2003, págs. 49-50).

A continuación, explicaremos cada una de las citadas características a fin de analizar si México ha evolucionado hacia un Estado constitucional del derecho y si éste posee una mayor o menor constitucionalización.

1.5 La Constitucionalización del Estado de derecho en México

1.5.1 Una constitución rígida.

La primera de las condiciones a analizar versa sobre la rigidez del ordenamiento jurídico supremo. Una Constitución rígida debe cumplir con dos características. La primera, es que sea una constitución escrita y protegida contra la legislación ordinaria, en tanto, que la única forma factible para modificarla, derogarla o reformarla, sea a través de un procedimiento que exija mayores requisitos que el del legislativo ordinario. Por su parte, la segunda característica se refiere a que prevea principios constitucionales que no puedan ser modificados, ni siquiera mediante el procedimiento constitucional de revisión (Guastini, 2003, págs. 50-51).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) es un documento escrito que fue publicado el cinco de febrero de mil novecientos diecisiete. Desde su inicio, prevé en el arábigo 135 un sistema de reforma constitucional con mayores requisitos que el de la legislación ordinaria; ya que para ello, es menester contar con la aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes de las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. A diferencia del sistema de creación o reforma de la legislación ordinaria prevista en su artículo 71 que solo necesita la aprobación de la mitad más uno de los diputados y senadores presentes, sin necesidad de que sea ratificada por las legislaturas estatales. Consecuentemente, se evidencia que la Carta Magna mexicana es una constitución rígida.

No pasa desapercibido que de la lectura íntegra de nuestra Carta Magna no se encontró alguna disposición que prevea la no reformabilidad de alguna de sus disposiciones, ya sea en materia de derechos humanos, principios constitucionales, forma de gobierno, o alguna otra cuestión; incumpléndose con la segunda de las características de la rigidez de una constitución. Sin embargo, se considera que dicha cuestión debe ser analizada con cierta reserva, ya que el mantener incólumes o petrificada una disposición más que beneficiar al constitucionalismo de una nación, puede perjudicarlo al no permitir modificar una

disposición o principio que sea nocivo para el estado mexicano. (Soto Morales, 2003, págs. 196-197)

1.5.2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.

Una constitución formalmente establecida no está asegurada en ausencia de algún control sobre la no conformidad de las leyes con la Constitución (Guastini, 2003, pág. 51). Para ello, es indispensable la existencia de dicho control cuyo conocimiento debe corresponder a un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.

En la CPEUM existen diversas garantías para salvaguardar el régimen constitucional, tales como, el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, la declaratoria general de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el juicio de revisión constitucional electoral, la facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) para no aplicar leyes electorales contrarias a la Constitución. Por otra parte, ante órganos no jurisdiccionales podemos encontrar los procedimientos seguidos ante las comisiones de derechos humanos, el juicio político que se tramita ante las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y el juicio de declaratoria de procedencia que se desahoga ante la primera de las cámaras aludidas.

El Estado Mexicano ha tenido grandes avances en este tema en las últimas décadas. Uno de ellos fue la resolución adoptada por la SCJN en el expediente varios 912/2010¹, en la cual determinó que todos los órganos encargados de impartir justicia están obligados a ejercer un control difuso de la Constitución, quedando facultados para no aplicar cualquier norma que vulnere la Carta Magna, apartándose de criterios que limitaban el control judicial de la Constitución únicamente a órganos del Poder Judicial de la Federación, sin incluir al TEPJF.²

¹ El expediente varios 912/2010 se resolvió el 14 de julio de 2011, versó sobre las obligaciones concretas que correspondían al Poder Judicial de la Federación, establecidas en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos y la forma de instrumentarlas.

² Véase la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en la que se dejaron sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.” y “CONTROL DIFUSO DE LA

De esta manera, podemos concluir que en México existen diversos mecanismos eficaces para garantizar la supremacía constitucional en su sistema jurídico, por lo que, se considera colmada la segunda condición citada. Para Guastini, dicho requisito al igual que el primero, son condiciones necesarias de constitucionalización, y ante su ausencia no es concebible hablar de la misma (2003, pág. 50). Ambos requisitos colmados por el Estado Mexicano.

1.5.3. La fuerza vinculante de la Constitución.

La presente característica, al igual que las restantes, no se considera indispensable o que debe cumplirse cabalmente para hablar de un ordenamiento constitucionalizado, ya que sólo son condiciones suficientes de un grado distinto de constitucionalización. Asimismo, no se relaciona con la estructura de una Constitución, si no con la ideología difundida en la cultura jurídica del país. Todas sus normas son obligatorias, vinculantes y capaces de producir efectos inmediatos.

En sus inicios la CPEUM otorgaba un amplio catálogo de derechos humanos, antes denominados garantías individuales, pero no ofrecía mecanismos idóneos de garantía para los mismos. No ofrecía un entramado institucional idóneo para activar los mecanismos de control del poder que contenía explícitamente su texto. A juicio de Pedro Salazar “la constitución se convirtió en fetiche: un conjunto de normas inspirado en un movimiento político y arropado de una retórica emancipadora pero que no serviría para organizar al país en clave democrática, social y liberal sino, en todo caso, para maquillar la realidad autoritaria y desigual que lo caracterizaba (Salazar Ugarte, 2012, pág. 190).

Ante tal escenario y a la par de la transición democrática del gobierno en nuestro país, se fueron fortaleciendo los mecanismos de control constitucional referidos en el párrafo que antecede para crear una mayor fuerza vinculante de la Constitución. En 1994 se incluyeron las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. En 1996 se incorporó el Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación y se crearon medios de impugnación como el juicio para la protección de los derechos político-electorales del

CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”

ciudadano y el juicio de revisión constitucional. En 1999 la Comisión Nacional de Derechos Humanos se consolidó como un organismo constitucional autónomo independiente de los demás poderes. En 2007 se facultó al TEPJF para no aplicar normas que considere contrarias a la Constitución. Con la reforma constitucional del 2011 y legal del 2013 en materia de juicio de amparo se incluyó la procedencia del juicio de amparo contra acciones colectivas y de intereses legítimos y difusos.

Por ende, es evidente que la cultura jurídica de nuestro país ha evolucionado de tal forma que toda norma constitucional, independientemente de su estructura y legislación reglamentaria, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir sus efectos.

De igual forma, es importante destacar que las resoluciones dictadas en los mecanismos de control constitucional a cargo de órganos jurisdiccionales (SCJN, tribunales colegiados y unitarios de circuito y jueces de distrito) son obligatorias y cumplidas a cabalidad. Incluso, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley de Amparo, se ha llegado a separar del cargo a funcionarios que no cumplen con las sentencias dictadas en los juicios de amparo a fin de que sean consignados ante el juez de distrito competente por el delito de desacato a una sentencia de amparo, como aconteció con todos los integrantes del Cabildo de los Ayuntamientos de Tlacotepec de Benito Juárez, Puebla y Coacalco de Berriozábal, Estado de México (presidentes municipales, síndicos y regidores), así como, al titular de la Delegación Venustiano Carranza, en la Ciudad de México.³

Por consiguiente, podemos afirmar que los órganos encargados de impartir justicia cumplen con su obligación de hacer respetar la Constitución. Sin embargo, no podemos pasar por desapercibido que si hablamos de la ideología difundida en la cultura jurídica del país, la percepción que predomina en la ciudadanía en general es que no se cumple con las disposiciones contenidas en la Carta Magna. El ministro Luis María Aguilar Morales, entonces Presidente de la SCJN, resaltó en la ceremonia por el CI aniversario de la promulgación de la CPEUM, que: “a 101 años de su promulgación, no tengo la menor duda en afirmar que el

³ Véase las sentencias dictadas en el incidentes de inejecución derivado de incidente de cumplimiento sustituto número 2/2016, incidente de inejecución 1882/2013, ambas resueltas el 16 de enero de 2018 e incidente de inejecución 296/2016 fallado el 07 de noviembre de 2017.

principal enemigo de la Constitución es su incumplimiento”. Incluso, calificó de alarmante el resultado arrojado por la Tercera Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, en el sentido de que el 84% de las personas encuestadas considera que la Constitución se cumple “poco” o “nada” (SCJN, 2018).

Para Héctor Aguilar Camín, la aplicación sin excepción de la Constitución y el resto de los ordenamientos legales es imposible o suicida en el México de principios del Siglo XXI, ya que hubiera significado

“meter en la cárcel por evasión de impuestos, a millones de mexicanos que viven de la economía informal. Significaría consignar por robo o despojo a la numerosa población urbana asentada en terrenos ilegales. Tendría que sacar de las calles a los vendedores ambulantes en vez de oír sus demandas. Tendría que dispersar con la fuerza pública a los contingentes de protesta que a menudo bloquean vías generales de comunicación.”
(2017, pág. 27)

Efectivamente, la percepción de la ciudadanía en general y la ideología difundida en la cultura jurídica de México consideran normal o parte de la vida cotidiana, el no cumplir las leyes, incluso en ocasiones está justificado. Por ende, se concluye que si bien existen muchos avances en este tópico, todavía hay un área de oportunidad que hacer para que la Constitución tenga una mayor fuerza vinculante en toda la ciudadanía y no solo en las autoridades.

1.5.4 La “sobreinterpretación” de la Constitución.

En muchas ocasiones, es necesario interpretar el texto de nuestra Constitución para entender el alcance de sus disposiciones. Interpretar es una operación intelectual consistente en atribuir un significado o sentido a algo. La interpretación jurídica busca asignar un significado o alcance preciso a una norma jurídica. La sobreinterpretación de la Constitución es una consecuencia natural de su posición como norma suprema de un sistema jurídico y del hecho que aparece caracterizada como una norma con fuerza vinculante al regular todos los aspectos de la vida social y política de un país. (Ortega García, 2013, pág. 612). En un Estado constitucional del derecho, los intérpretes de la constitución optan por una postura

extensiva de la misma para obtener de ella normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política, de tal manera que no queden espacios vacíos o libres de control constitucional.

En este aspecto, el sistema jurídico mexicano ha evolucionado a partir de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011 que incorporó al texto constitucional los principios de interpretación conforme y pro persona. El primero de ellos prevé que todos los ordenamientos legales a la hora de ser aplicados deben ser interpretados de acuerdo con las disposiciones contenidas en ésta. De tal forma que, si existen varias posibilidades de interpretar una norma, se debe elegir aquella que mejor coincida y armonice con el texto constitucional. Por su parte, el principio pro persona es una herramienta interpretativa utilizada por tribunales internacionales y nacionales, en la cual se privilegia la interpretación que haga más extensiva la protección de un derecho humano.

Por ende, se evidencia que la referida reforma en derechos humanos fue un gran avance en la constitucionalización del sistema jurídico mexicano, permitiendo la sobreinterpretación del texto constitucional, cumpliendo con la cuarta condición que señala Riccardo Guastini.

1.5.5 La aplicación directa de las normas constitucionales.

La función de la Constitución no es solo limitar el poder público, sino moldear las relaciones sociales (Guastini, 2003, pág. 55). Por ende, los principios generales y normas programáticas contenidos en la carta magna, producen efectos directos y deben ser aplicados por cualquier juez al resolver cualquier controversia, incluso si es entre particulares. La Constitución es un límite para la legislación, misma que debe de ser el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución.

Sin duda, la reforma en derechos humanos propició grandes avances en el tema, mismos que fueron patentes con la resolución dictada por la SCJN, en el cuaderno de varios 912/2010 anteriormente citada, en la que estableció como obligación de todos los órganos

jurisdiccionales ejercer un control difuso de la Constitución. Con ello, dejaron de ser meros aplicadores de la ley para convertirse en aplicadores directos de la Constitución.

1.5.6 La interpretación conforme de las leyes.

Para Guastini la interpretación de la legislación es susceptible de dos interpretaciones: la primera concluyendo que contradice el texto constitucional y la segunda, por el contrario, es de acuerdo con el texto constitucional. En esta última, se armoniza y adecua la primera con la segunda, para evitar un conflicto entre ambas (2003, pág. 56). Dicha condición está relacionada con la forma de interpretar las normas, misma que analizamos en párrafos precedentes, por lo que nos limitaremos a señalar que el artículo 1 de la Constitución, mandata que todas las normas en derechos humanos deben interpretarse conforme a ésta. Por ende, cualquier posible contradicción que existe, previo a declarar su nulidad, los órganos encargados de impartir justicia deben asignarle un significado que le permita armonizarse con la norma suprema y así conservar su validez. Por ello, es evidente que en este tema el sistema jurídico mexicano ha avanzado hacia su constitucionalización.

1.5.7 La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Esta última condición, depende de dos elementos: 1) la facultad de un órgano jurisdiccional para resolver los conflictos de competencia o de atribuciones entre órganos constitucionales, en específico desacuerdos políticos concernientes a las relaciones de poder entre los órganos del Estado, y 2) juzgar la legitimidad de las leyes adoptando una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política del legislador, o al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales (Guastini, 2003, pág. 57).

En relación con el primer elemento, la SCJN está facultada para resolver las controversias constitucionales que se susciten entre diversos entes públicos por conflictos competenciales, a saber, entre: la Federación, un estado, un municipio, entre el Poder Ejecutivo Federal y el Poder Legislativo Federal, o cualquiera de éstos y un organismo constitucional autónomo o

entre los poderes de un estado. La finalidad de dicho mecanismo es preservar el sistema de distribución de competencias de la Federación, así como la división de poderes.

En relación con el segundo punto, ni la CPEUM, ni la Ley Reglamentaria del artículo 105, fracción I, prevén alguna disposición que restrinja a la Corte la facultad de analizar la discrecionalidad política del legislador a la hora de producir normas. Por el contrario, el arábigo 40 de la referida legislación, permite que la SCJN supla la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos o agravios que se formulen en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Una vez analizadas las siete condiciones expuestas por Riccardo Guastini es dable afirmar que México ha dejado de ser un Estado legislativo de derecho para convertirse gradualmente en un Estado constitucional de derecho. Si bien todavía hay temas que trabajar, como la difusión en el seno de la cultura jurídica de que la norma constitucional como un ordenamiento vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos, lo cierto es, que el sistema jurídico mexicano se encuentra constitucionalizado en mayor medida a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

La inclusión en el sistema jurídico mexicano de la aplicación directa de las normas constitucionales mediante diversas herramientas como el control difuso, y la interpretación conforme y pro persona ha obligado a los órganos jurisdiccionales a cambiar la forma en que resuelven las controversias o casos que se les presentan. Anteriormente, se limitaban a aplicar la ley formalmente válida independientemente de su contenido, sin embargo, ahora deben validar los principios de rango constitucional – en el sentido de darles fuerza o firmeza – sin necesidad de que haya una ley de por medio que los desarrolle o concrete (Ortega García, 2013, pág. 621).

La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano ha convertido a los jueces del país en aplicadores directos de la Constitución y no exclusivamente de la ley. Lo que ha traído como consecuencia que en ocasiones tengan que ponderar principios constitucionales y/o balancear derechos humanos. Ahora bien, previo a abordar el tema de la ponderación de los principios, es importante definirlos y abordar sus diferencias conceptuales con las reglas.

1.6 El concepto de reglas y principios

Dentro del sistema jurídico existen normas regulativas que contienen los lineamientos de convivencia necesarios e imprescindibles para una vida en sociedad, guían el comportamiento o conducta de las personas, indicando cuáles están permitidas, prohibidas o incluso las que son obligatorias.

Toda norma regulativa presenta una estructura condicional, correlacionando un caso a una solución normativa. El caso o antecedente prevé las condiciones de aplicación de las normas, esto es, todas las circunstancias que deben presentarse para que exista la obligación, prohibición o permiso de realizar el contenido de la norma, esto es, el cuándo, dónde y cómo. Por su parte, por solución normativa se entiende el carácter de la norma (obligatorio, prohibido o permitido) más su contenido (Ródenas, 2015, pág. 16). Por ejemplo, el artículo 51, fracción IV, del Reglamento de la Ley de Tránsito y Vialidad del Estado de Michoacán, señala que cuando en el semáforo aparezca la luz roja, los conductores de vehículos deberán detener la marcha de su vehículo en la línea de alto marcada sobre la superficie de rodamiento. En este ejemplo el caso o antecedente sería los conductores de vehículos que esten circulando en la calle y la solución normativa es la obligación de frenar cuando este la luz roja en el semáforo.

Las normas regulativas pueden dividirse en reglas jurídicas y principios. Uno de los primeros en establecer dicha distinción fue Ronald Dworkin, quien lanzó una fuerte crítica contra la teoría del positivismo jurídico sostenida por H. L. A. Hart. Este último, sostuvo que las normas legales tienen límites borrosos y que existe una potestad discrecional en los aplicadores de éstas para resolver los casos difíciles en los que existe ausencia de reglas para solucionarlos o, por el contrario, existen reglas que regulan los mismos casos con soluciones normativas incompatibles. Dworkin sostiene que en dichos casos, se utilizan pautas que no funcionan como normas jurídicas, si no en calidad de principios, directrices o normas de otra clase, un tipo de normas extrajurídicas. Dichos principios los define como “una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral.” (Dworkin, 2014, pág. 117).

A juicio de Dworkin dichos principios guardan similitud con las reglas porque señalan decisiones concretas sobre obligaciones legales en circunstancias determinadas. Empero, se diferencian por el carácter de solución que ofrecen. Las reglas establecen claramente las consecuencias jurídicas que son aplicables por completo o no son aplicables en lo absoluto. Cuando hay un conflicto entre dos reglas contradictorias para decidir cuál debe imperar se debe tomar en cuenta cuestiones ajenas a la propia norma como: el rango de la autoridad que la emitió o la fecha en que se elaboró a fin de declarar la invalidez de alguna de ellas para que solo subsista una.

En estos casos, una de las reglas será expulsada del sistema jurídico. Otra opción, es que la regla se coloque en un estado de excepción que justifique su incumplimiento, lo que en conocemos como métodos de solución de antinomias como: "*Lex posterior derogat priori*", "*lex superior derogat inferiori*", "*lex specialis derogat legi generali*". De esta manera, se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas en juego o se declara la invalidez de una. No existe en balance entre ellas, solo un acto de aplicación. Lo anterior, arroja las mismas consecuencias: la regla se aplicará o no se aplicará: es un todo o nada (2014, pág. 121).

En cambio, para el citado filósofo los principios no prevén las circunstancias o condiciones que harían necesaria su aplicación, sólo establecen las consecuencias jurídicas que producen. En general, exponen una razón o argumento encaminado a favor de determinados derechos u obligaciones legales, pero no contienen una decisión concreta. Asimismo, indica que a diferencia de las reglas que son válidas porque las promulgó una autoridad competente, un órgano legislativo o un juez en un precedente, el origen de los principios nace en un sentido de convivencia manifestado en el foro y en la opinión pública conforme transcurre el tiempo. El que los principios permanezcan vigentes depende de la permanencia del sentido de conveniencia.

De igual forma, señala que un principio es defendido abordando un conjunto de pautas cambiantes en formación, recíprocamente influidas sobre responsabilidad institucional, interpretación legal, fuerza persuasiva de diversas clases de precedentes y la relación de todo eso con las prácticas morales coetáneas; lo que definitivamente no puede ser englobado por

una regla. Dworkin concluye afirmando que, al reconocer el carácter jurídico de los principios, admitimos también la posibilidad de que pueda imponerse una obligación legal mediante una constelación de principios o mediante una regla preestablecida, lo que sin duda escapa del positivismo (Dworkin, 2014, pág. 158).

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2016, págs. 30-31) profundizaron ampliamente en este tema, distinguiendo los principios de las reglas, en que los primeros configuran un caso de forma abierta y son razones para la acción, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada y son razones perentorias para la acción. En estas últimas, las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, mientras que los principios no pueden formularse en una lista cerrada de los mismos, máxime que en ocasiones no se encuentran siquiera genéricamente determinados.

En efecto, a su juicio:

“las reglas están destinadas a evitar la ponderación al correlacionar su solución normativa con condiciones de aplicación (o casos genéricos) constituidas por propiedades independientemente de las razones que operen en favor o en contra de dicha solución normativa, pretenden imponer obligaciones o prohibiciones no meramente prima facie sino de carácter concluyente en relación con todo caso en el que se den dichas condiciones de aplicación” (Atienza & Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, 2016, pág. 32).

Por su parte, los principios son pautas que configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de la conducta prescrito.

Las reglas están destinadas para que cuando se den sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan su propio juicio acerca del balance de razones aplicables, y adopten su contenido. En efecto, lo único que debe hacer el juez es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias que genere su comportamiento; simplifican el proceso de decisión al limitarse a verificar si se dio o no la condición.

Así las cosas, los principios no excluyen la deliberación del órgano jurisdiccional toda vez que son razones de primer orden para resolver en determinado sentido cuya fuerza de otras

razones (principios) ha de ser ponderada por el órgano jurisdiccional a fin de decidir cuál es el que debe prevalecer en su resolución. Máxime que los principios configuran el caso de forma abierta y se aplican siempre que se da la oportunidad de realizar la acción que protege el principio. A guisa de ejemplo, el principio de igualdad consagrado en el último párrafo del artículo 1 de la CPEUM, señala:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

De lo anterior, es patente que el principio de igualdad está contemplado en nuestra Carta Magna de forma general sin que se especifiquen los casos concretos, esto es, circunstancias de modo tiempo y lugar en que debe aplicarse (como se haría con una regla), habida cuenta que es un mandato que debe respetarse y potencializarse en todo momento.

Incluso, Atienza y Ruiz Manero fueron más allá de diferenciar las reglas de los principios, las subdividieron: las reglas, en reglas de acción y reglas de fin; y los principios, en principios en sentido estricto y directrices. Para una mejor comprensión de dicha clasificación utilizaremos el siguiente cuadro elaborado por Ródenas (2015, pág. 16):

Solución Normativa	Caso configurado mediante propiedades independientes del contenido de la norma	Caso sin configurar
Una acción	Reglas de acción	Principios
Un estado de cosas	Reglas de fin	Directrices

Las reglas de acción son el tipo más común de las normas jurídicas. Configuran el caso mediante propiedad genéricas (cómo, cuándo, dónde) independientemente de la solución normativa. Esto es, en cuanto se configure el caso se genera el deber de cumplir la norma

independientemente de las deliberaciones a favor o en contra de dicha regulación. De lo anterior, se advierte que el destinatario de la norma se desentiende totalmente del razonamiento práctico del porque debe cumplirse la norma y únicamente se limita a acatarla cuando se dé el caso en ella previsto.

Al igual sucede con los órganos jurisdiccionales, quienes al observar que se dan las condiciones de aplicación de la norma, excluyen su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y se limitan a adoptar la regla para fundamentar y motivar su resolución. Un ejemplo de una regla de acción es la prevista en el artículo 11, fracción I de la Ley de Establecimientos Mercantiles para la Ciudad de México que prohíbe la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad. En este caso, los establecimientos que venden bebidas alcohólicas (destinatario de la norma) saben que no pueden vender a menores de edad, sin que sea necesario que deliberen sobre la pertinencia o no de dicha regla, únicamente la acatan, sin realizar algún otro tipo de razonamiento.

Las reglas de fin también configuran el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas independientes del contenido de la norma, empero, la solución normativa de las reglas de fin no consiste en realizar una acción, sino la obtención de un cierto estado de cosas. En efecto, deja a discreción del destinatario de las normas, la selección de los medios causalmente idóneos para lograr el estado de cosas tutelado en la norma. En este caso, el destinatario también se desentiende de las razones pro y contra de la norma, sólo se limita a elegir las acciones que le permitan conseguir el estado de cosas ordenado.

A guisa de ejemplo podemos mencionar el artículo 15 de la Ley de Amparo, que prevé la obligación del órgano jurisdiccional de amparo de decretar la suspensión de los actos reclamados cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas, y dictar todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado. Como podemos observar, el ordenamiento legal se limita a señalar que deben dictarse todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del quejoso, dejando a discrecionalidad del órgano jurisdiccional el

tipo de medidas y orden en que deben implementarse, siempre y cuando se logre la comparecencia del agraviado, que es el estado de cosas tutelado por la norma.

Ahora bien, en relación a los principios, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2016, págs. 31-34) los subdividen en sentido estricto y directrices. Ambos casos, no están configurados mediante propiedades genéricas independientes del contenido de la norma, no se encuentran siquiera genéricamente determinados, esto es, que no contienen las circunstancias de cuándo, cómo y dónde deben aplicarse. Los principios en sentido estricto configuran el caso de forma abierta y se aplican siempre que se da la oportunidad de realizar la acción que protege el principio. Protege los valores superiores de un ordenamiento jurídico, por ejemplo: el principio de igualdad, derecho a la vida, libertad de expresión. Por ejemplo: el artículo 4 de la CPEUM señala que “la mujer y el hombre son iguales ante la ley”. En efecto, contiene el principio de igualdad entre hombre y mujer sin que describa las circunstancias específicas de cuando, como y donde debe aplicarse dicho derecho.

Al igual que en los principios en sentido estricto, en las directrices el caso no está configurado mediante propiedades independientes del contenido. La conducta consiste en la producción de un estado de cosas en la mayor medida de lo posible. En efecto, no producen una medida determinada, sino que procuran se satisfaga en la mayor medida posible, generalmente apuntan a objetivos colectivos. Un claro ejemplo: es el derecho a un medio ambiente sano. Las autoridades están obligadas a decretar todas las medidas necesarias para lograr en la medida de lo posible que los grados de contaminación no se eleven de tal manera que pongan en riesgo la salud de las personas, empero no indica cuáles acciones deben de implementarse, si no únicamente satisfacer en la mayor medida posible dicho fin.

Ahora bien, ya que hemos destacado las principales diferencias entre las reglas, los principios y sus respectivas subdivisiones, es importante mencionar que la justificación de la existencia de determinada regla obedece a un balance o ponderación entre principios para determinar casos genéricos. Esto es, que detrás de toda regla hay un principio o el resultado de la ponderación de principios que son protegidos por la misma. Por ejemplo, la prohibición de la tortura prevista en el artículo 20, inciso B, fracción II de la CPEUM, busca proteger el derecho a la integridad física del ser humano. Asimismo, la regla prevista en el artículo 26 de

la Ley General para Control del Tabaco, establece la prohibición a cualquier persona consumir o tener encendido cualquier producto del tabaco y nicotina en lugares de trabajo, el transporte público o espacios de concurrencia colectiva. Dicha norma, es el resultado de ponderar entre los derechos humanos a la salud y al libre desarrollo de la personalidad. En este caso, se analizaron las consecuencias y daños a la salud que produce a los no fumadores estar expuestos al humo del cigarro, y se le dio mayor peso al derecho a la salud. Sin que en la especie, se menoscabe totalmente el derecho a la libre personalidad ya que sólo se limita el poder fumar en determinados lugares públicos, sin que se restrinja el derecho a hacerlo en lugares privados.

Sin embargo, en casos excepcionales una regla puede no estar o dejar de estar justificada de acuerdo con los principios que le sirven de fundamento subyacente. Y más aún pueden existir contradicciones entre reglas y principios diversos a los que protegen, o incluso entre los propios principios. ¿Cómo se pueden resolver estas antinomias que, aunque no quisiéramos existen en los Estados de Derecho? A través de la ponderación.

1.7 La ponderación

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, ponderar significa determinar el peso de algo, examinar con cuidado algún asunto, contrapesar, equilibrar, atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada (2014). En materia de interpretación jurídica, la ponderación es una actividad encaminada a la solución de conflictos cuando éstos no pueden resolverse por medio de la subsunción silogística, al existir colisiones entre principios o entre reglas y principios. Carlos Bernal Pulido la define como: “un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los tribunales constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios” (2003, pág. 225).

Uno de los filósofos que ha abordado exhaustivamente este tema, es el jurista alemán Robert Alexy quien, en su obra de Argumentación y Resolución de Conflictos entre Derechos Fundamentales, estableció la ponderación como la forma en que se aplican los principios jurídicos.

En efecto, dicho autor, al igual que Dworkin, parte de que toda norma es una regla o un principio, existiendo una distinción cualitativa entre ambos conceptos, no solamente de grado. Las reglas se distinguen por ser normas que son cumplidas o incumplidas, son mandatos o comandos definitivos que se aplican con el método de subsunción. En cambio, los principios buscan el mejor resultado posible y éstos pueden cumplirse en diferentes grados. Para el citado jurista son: “mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (citado en Bernal, 2003, p. 74). Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y las reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. ¿Cómo establecer esa mayor medida posible en que deben optimizarse los principios? Ello se logra al contrastarlos o confrontarlos con principios opuestos, una colisión de principios.

La concepción de los principios como mandatos de optimización conlleva cuatro características fundamentales, que destaca Alfonso García Figueroa (citado en Lopera Mesa, 2004, págs. 215-218):

- Graduabilidad: Los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”, lo que presupone un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, como lo hemos mencionado las reglas tienen una medida exacta de satisfacción: se cumplen o no se cumplen, es un todo o nada, No admiten graduación en su cumplimiento. Es importante destacar que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero señalan que si bien es cierto los principios pueden ser cumplidos en diversos grados, esa característica sólo atañe para las directrices y normas programáticas, no para lo que ellos consideran principios en sentido estricto, ya que a su juicio, siempre deben de cumplirse y no son

susceptibles de ponderarse (Atienza & Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, 2016, pág. 31).

- Optimización: El cumplimiento de los principios debe ser “en la mayor medida posible”, no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino debe de ser el más alto posible debido a las circunstancias fácticas y jurídicas que le rodeen.
- Deber ser ideal: en la formulación de los principios no se consideran las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan su aplicación. Por ello, al no estar incorporadas dichas condiciones radica su connotación de deber ser “ideal”. Robert Alexy reconoce ese ese “deber ser ideal” como “todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible”.
- El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo prima facie. Es hasta que se toman en cuenta todas las circunstancias que alcanzan a ser mandatos definitivos y se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad.

A diferencia de las reglas, en el caso de los principios no existen relaciones absolutas de precedencia únicamente relaciones de precedencia condicionada. La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta, para ello es menester comprender la dimensión del peso de una norma, en contraposición a la dimensión de su validez. ¿Cómo se puede lograr esto? De acuerdo con Robert Alexy (2003), para resolver la relación de precedencia condicionada entre principios en colisión, es necesario considerar tres elementos que forman parte de la ponderación, a saber: ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

La ley de ponderación o balanceo la fundamenta en el principio de proporcionalidad, que a su vez, divide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad y la necesidad se originan a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas, en cambio la proporcionalidad toma en cuenta las posibilidades jurídicas en relación con los principios que juegan en

sentido contrario. Dicha proporcionalidad se logra en base a la ley del equilibrio o fórmula del peso que debe reunir las siguientes características:

- a) Entre mayor es el grado de la no satisfacción o afectación a un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.
- b) Intensidad de la interferencia, el grado de importancia y la relación entre uno y otro.
- c) El grado de afectación debe medirse en una escala de tres intensidades, que propone como: leve, moderado (intermedio), serio (intenso).
- d) Clasificación y argumentación.

El balance presupone que es posible crear juicios razonables tomando en consideración la intensidad de la interferencia, el grado de importancia y la relación entre sí de los principios en disputa.

En efecto, para Robert Alexy (2003) la teoría de los principios es la única que puede aclarar porque la norma que debe ceder en dicho balance o ponderación no resulta vulnerada, ni se declara inválida de manera parcial o total, sino que permanece plenamente siendo una norma válida. La idea de la optimización es necesaria para poder comprender la dimensión del peso de una norma en contraposición a la dimensión de su validez (Alexy, Teoría de Argumentación y Resolución de Conflictos entre Derechos Fundamentales. Conferencia en el VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, 2011).

Los principios permiten entender el derecho no como un simple conjunto de pautas sino como un conjunto ordenado y coherente dotado de sentido. En efecto, la referencia a unos pocos principios permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico y en relación con el sistema social. Los principios son –como las leyes científicas– enunciados que hacen posible una descripción económica de una determinada realidad (Atienza & Ruiz Manero, 2016, págs. 43-44).

Sin embargo, es importante resaltar que los principios no se limitan a describir normas vigentes, sino que sugieren criterios para resolver los problemas jurídicos, esto es, para aplicar, interpretar e incluso modificar el derecho. Los principios dotan de sentido a valores cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla y a objetivos sociales para

cuya consecución el cumplimiento de la regla debe de aparecer como medio. Por ende, es dable concluir que en el actual estado constitucional en que se encuentra México, ver el derecho como un sistema de reglas es insuficiente. Máxime que es evidente que en nuestro sistema jurídico hay supuestos que las reglas no pueden resolver dado que existen lagunas jurídicas normativas, axiológicas y de reconocimiento.

Uno de los principales críticos de la teoría de la ponderación es Juan Antonio García Amado, quien considera que es un método no garantista de derechos fundamentales, sino todo lo contrario, ya que genera incertidumbre o falta de certeza, al no aplicar las reglas que establecen claramente las consecuencias de una conducta. (Atienza & García Amado, 2017). Empero, a mi juicio, la misma falta de certeza genera lo que los positivistas denominan “facultad discrecional” del órgano jurisdiccional para resolver casos difíciles. Dicha facultad puede generar mayor incertidumbre ya que no existen pasos o métodos preestablecidos para ejercerla, pues queda a discreción del juzgador. Por el contrario, en la ponderación, si existen.

Muchos derechos son principio o normas generales que no especifican sus condiciones de aplicación y en determinadas circunstancias evaluadas por el aplicador del derecho y que entran o deben de entrar en juego en un sistema jurídico. Coincido con Manuel Atienza en su visión post-positivista del derecho en la que señala que en los sistemas jurídicos además de reglas hay principios. El derecho no es únicamente un conjunto de normas, sino una práctica social con la que se trata de lograr ciertos fines y valores, mismos que se tutelan a través de los derechos humanos. En efecto, los derechos humanos contienen esos fines, valores o principios explícitos e implícitos que el juzgador debe tomar en cuenta al momento de ponderar. Además, atrás de cada regla hay un derecho humano que se busca proteger (Atienza & García Amado, 2017).

No podemos negar nuestra realidad, es imposible que un legislador regule absolutamente todos los supuestos que pueden acontecer y que al mismo tiempo actualice las normas conforme la cada vez más vertiginosa evolución de nuestra sociedad. En todo sistema jurídico existe y existirá la ausencia de reglas predispuestas para subsumir determinados casos. Al igual, hay y habrá pautas que regulan los mismos casos con soluciones normativas incompatibles al existir falta de coherencia entre su aplicación y los valores que ese mismo

sistema jurídico trata de proteger. Tendríamos que esperar a que el legislador subsane las lagunas y las normas incompatibles, para poder resolver los casos en conflictos. De igual forma, que podemos decir de la colisión de derechos humanos, casos como el que estudiaremos en este trabajo, donde ejercer un derecho humano vulnera y disminuye la aplicación de otro de la misma categoría.

La única forma de solucionar estos casos es la ponderación. Podemos discutir cuando o donde ponderar y de qué manera hacerlo, pero no podemos negar su existencia como mecanismo viable para resolver estas dicotomías. Evidentemente que la ponderación debe ser la última opción para el juzgador y que deben existir criterios claros y precisos de cuándo y cómo ponderar.

Capítulo 2. Derechos Fundamentales

2.1. Concepto

La transformación del Estado legislativo del derecho al Estado constitucional del derecho se originó, entre otras causas, por el fortalecimiento y la protección de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos. Tal como se analizó en el capítulo precedente, los sistemas jurídicos incorporaron estos derechos para limitar el abuso de los poderes públicos, incluido el legislativo, a una serie de normas superiores establecidas en las constituciones. Es importante resaltar que independientemente de la concepción iusnaturalista o iuspositivista, que se tenga el constitucionalismo como sistema jurídico:

“...equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y como teoría del derecho, a una concepción de validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos como principios de justicia constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2011, pág. 16).

Esos principios de justicia constitucionalmente establecidos, en su mayoría, son los derechos fundamentales. Una noción polémica, inacabada, móvil, que no admite conceptualizaciones demasiado estáticas. Gregorio Peces-Barba los define como:

“la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su partición política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, se exige el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y como posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.” (2002, pág. 219).

Por su parte, Luigi Ferrajoli señala que son derechos fundamentales: “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad para obrar” (Ferrajoli, 1999, pág. 37).

Las Naciones Unidas, apartándose de conceptos clásicos, recientemente ha definido a los derechos fundamentales como:

“aquéllos inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podríamos vivir como seres humanos. Los derechos humanos y libertades fundamentales nos permiten desarrollar y emplear cabalmente nuestras capacidades humanas, nuestra inteligencia, nuestro talento y nuestra conciencia y satisfacer nuestras variadas necesidades, entre ellas las necesidades espirituales. Se basan en una exigencia cada vez mayor de la humanidad de una vida en la cual la dignidad y el valor inherente de cada ser humano reciban respeto y protección” (Sánchez Cano, 1998, pág. 12).

Como se puede observar, los derechos fundamentales son un conjunto de prerrogativas y facultades inherentes al ser humano (hombre y mujer), que se fundamentan en el respeto y protección a su dignidad, igualdad, libertad, seguridad jurídica y son indispensables para su existencia, reconocidos o no por la ley, se requieren para su pleno desarrollo personal y social.

2.2 Derechos fundamentales o derechos humanos

Un tema que ha causado polémica es cuál debe ser la denominación correcta de estos derechos. A lo largo de la historia se les ha conocido como: derechos naturales, garantías individuales, libertades públicas, derechos morales, derechos humanos o derechos fundamentales.

En la CPEUM, desde su creación en 1917 hasta 2011, se denominaron garantías individuales y eran otorgadas a los individuos por el Estado. A raíz de la reforma constitucional de 2011 en la materia, se les nombró derechos humanos. Ello obedeció, por una parte, para homologar el lenguaje del texto constitucional con el de los principales cuerpos normativos de fuente internacional. Por otra, porque se acepta la figura de derechos humanos como una de derecho positivo, buscando encontrar el máximo soporte dentro del sistema jurídico con fuerza normativa constitucional. Asimismo, éstos ya no eran otorgados por el Estado, sino son reconocidos por la Carta Magna.

Para el ministro Juan N. Silva Meza dicho cambio supone:

“que el fundamento de los derechos no puede hallarse dentro del derecho, pero de ninguna forma debe pretextarse para sostener que los derechos humanos no son derechos positivos. No cambia la naturaleza jurídica de los derechos, sino el estatalismo del derecho. En palabras simples, lo que implica esta transformación en el modo de concebir los derechos, desde un punto de vista extrajurídico, es que las personas no le deben pleitesía, reverencia, acatamiento, sumisión, sometimiento u obediencia alguna al Estado porque les concede graciosamente sus derechos, sino que se sirven de las instituciones estatales y del derecho que las crea, organiza y norma, para que se les reconozcan los derechos por los que históricamente han luchado.” (Silva Meza, 2012, pág. 155)

Como se mencionó en el capítulo que antecede la referida reforma constitucional buscó consolidar los derechos humanos en la estructura jurídica de México. En consecuencia, el Estado no solo tiene el deber de reconocerlos sino, además de respetarlos y defenderlos, para concretar su actuación a los límites señalados en el marco jurídico que para tal efecto existe. En determinados casos, impone la obligación de abstenerse y en otros de actuar, con el fin de garantizar a las personas la vigencia de sus libertades y derechos consagrados en la CPEUM.

En la actualidad los términos derechos humanos y derechos fundamentales son los que se usan con mayor frecuencia, pareciera que son sinónimos sin embargo cada uno tiene su propia connotación.

Para Luigi Ferrajoli los derechos humanos son una de las cuatro clases de derechos que engloba el concepto de derechos fundamentales. En efecto, considera que los derechos humanos son derechos primarios (o sustanciales) de las personas que conciernen indistintamente a todos los seres humanos. A guisa de ejemplo, podemos mencionar, conforme a la CPEUM: el derecho a la vida, a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud, a la educación y las garantías penales y procesales (1999, pág. 40).

Además de los derechos humanos dentro del concepto de los derechos fundamentales, Ferrajoli considera a los derechos públicos, civiles y políticos. Los primeros son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho a tránsito y libre circulación en el territorio nacional, de reunión y asociación, y del trabajo. Los derechos civiles son los

derechos secundarios (o instrumentales o de autonomía) adscritos a todas las personas capaces de obrar, como: la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de profesión y/o trabajo, el derecho de accionar en juicio y en general “todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado” (1999, pág. 40).

Finalmente, los derechos políticos son derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como es el derecho al voto, a ser votado, a formar partidos políticos, de afiliación, a acceder a cargos públicos, y en general, todos “los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se funda la representación y la democracia política” (Ferrajoli, 1999, pág. 40).

Para Gregorio Peces-Barba Martínez el término derechos humanos es ambiguo dado que da origen a dos conceptos totalmente diferentes, ya que se puede utilizar para referirnos a una pretensión moral o a un derecho subjetivo reconocido y protegido por una norma jurídica, esto es, el punto de vista iusnaturalista y el positivista, pensamientos que en la historia se han enfrentado permanente. Por ello, considera que la expresión derechos fundamentales es más acertada ya que abarca ambas dimensiones en las que aparecen los derechos, “sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica” (2004, pág. 28).

Por ello, se concluye que el término derechos fundamentales es más completo ya que abarca también los derechos públicos, civiles y políticos, independientemente de la visión iusnaturalista o positivista que se tenga. Incluso abarca los derechos de una persona moral, como puede ser una sociedad mercantil, que la lógica nos diría que no debe denominarse derechos humanos, porque no se trata de un humano si no de una persona jurídica creada por el derecho. Sin embargo, al igual que éstos, también tiene derechos atinentes a su naturaleza, por ejemplo, el derecho a la propiedad o el de acceso a la justicia, tal como se pronunció el Pleno de la SCJN (2014).

Ahora bien, con independencia de que el término derechos humanos es el acuñado en nuestra CPEUM, para este trabajo se utilizara la expresión derechos fundamentales, por

considerar que es la más adecuada y completa y por ser la que utilizó la SCJN en la sentencia objeto de análisis; con excepción de cuando se mencione el texto constitucional y su reforma de 2011.

2.3 La teoría de ponderación de los derechos fundamentales en México

A través de los derechos fundamentales, México estableció principios que busca sean optimizados en su sistema jurídico; mismos que en diversas ocasiones pueden colisionar uno con otro. Por ello, es necesario que existan mecanismos como la ponderación para establecer, atendiendo a las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso, que derecho debe predominar y cual debe ceder.

La Segunda Sala de la SCJN (2019) reconoce el test de proporcionalidad de Robert Alexy, como un método o herramienta argumentativa que junto con la interpretación conforme y el escrutinio judicial, ayuda al juzgador a constatar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental. Asimismo, señala que a través de las referidas herramientas, el juzgador debe valorar los siguientes factores:

- a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado;
- b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute;
- c) el tipo de intereses que se encuentren en juego;
- d) la intensidad de la violación alegada; y
- e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma impugnada.

Estos métodos, no constituyen, por sí mismos, un derecho fundamental, sino la vía para que los Jueces decidan, en cada caso particular, si ha existido alguna limitación o violación a un éstos.

Asimismo, la Primera Sala de la SCJN (2016) sostiene que cuando se utiliza la teoría de ponderación de principios o test de proporcionalidad de dos derechos fundamentales en colisión se debe ponderar, atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, los siguientes elementos o subprincipios:

- a) idoneidad: es la legitimidad constitucional del principio adoptado como preferente, por resultar el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el objetivo pretendido;
- b) necesidad: consistente en que no exista otro medio menos limitativo para satisfacer el fin del interés público y que sacrifique, en menor medida, los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; o sea, que resulte imprescindible la restricción, porque no exista un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin deseado y que afecten en menos grado los derechos fundamentales implicados y
- c) proporcionalidad entre medios y fines: implica que al elegir entre un perjuicio y un beneficio a favor de dos bienes tutelados, el principio satisfecho o que resulta privilegiado lo sea en mayor proporción que el sacrificado

En la sentencia objeto de análisis del presente trabajo, la SCJN ponderó entre el derecho a la vida privada familiar en su vertiente de libertad religiosa y el derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos, con el interés superior de la niñez como límite a dichos derechos parentales, mismos que analizaremos a continuación.

2.4 El derecho a la vida privada familiar

La familia es la organización más importante a la que puede pertenecer el ser humano, es el núcleo social de una comunidad. Esta unión se puede conformar por vínculos consanguíneos o por un vínculo constituido y reconocido legalmente, como es el matrimonio o la adopción. Es importante resaltar que la familia más que un concepto jurídico es un concepto sociológico, y por ende, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social. Rousseau señala que “la sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia.” (Rousseau, 2008, pág. 9).

La familia constituye el elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella:

“la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. Es el canal

primario para la transmisión de los valores y tradiciones de una generación a otra” (Gustavikno, 1987, pág. 13).

Por su parte, Eduardo Oliva Gómez y Vera Judith Villa Guardiola, proponen el siguiente concepto interdisciplinario de la familia:

“La Familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socio-económica que aún sin convivir físicamente, comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal.” (2014, pág. 16)

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 16.3) reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y por ello, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Ello ha sido reiterado en distintos instrumentos internacionales: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VI), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 17), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art 10).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo a la familia como “el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. Asimismo, debe entenderse no solo el concepto clásico de familia, sino una variedad de estructuras que se ocupan de la atención, cuidado y desarrollo de la niñez y que “incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño” (Comité de los Derechos del Niño, 2005, pág. 8). De igual forma, la CPEUM (Art. 4) establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

La familia es el núcleo principal en que se desarrollan y crecen, no sólo físicamente, sino emocionalmente las personas. Las escuelas podrán aportar un sinnfín de conocimientos pero es en la familia en donde se transmiten los valores y principios morales, éticos o religiosos que van a forjar a cada persona y con los que enfrentará las situaciones, buenas o malas, que

surjan en su entorno social. Los padres, en la mayoría de los casos, son las personas que enseñarán a la niña o niño el mundo y cómo operar en él; le muestran quién es, qué capacidades posee para lidiar con el día a día y a resolver conflictos que se susciten. Le enseñan a pensar y a regular su comportamiento (Flores Manzano, 2019, pág. 103). Entre más fuertes, sanos y ausentes de violencia, sean los lazos familiares, las niñas y los niños van adquiriendo mayor seguridad en sí mismos, lo que les permitirá tener un mejor desarrollo físico, psicológico y social que facilitará en un futuro aportar positivamente a su sociedad. Por consiguiente, los ordenamientos jurídicos se han dado la tarea de proteger a la familia de injerencias que puedan causar algún daño o consecuencia negativa a sus miembros.

A fin de brindar la mayor protección a la familia surge el derecho a la vida privada, ambos conceptos están íntimamente relacionados. No podemos percibir a la familia sin que se proteja su privacidad. Por ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 12), indica que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” Lo anterior, ha sido reiterado en términos similares en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 12), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 17.1) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 11.2).

Dichos instrumentos internacionales aluden a la familia como ámbito de privacidad de la persona que debe ser protegido. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VI) establece que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.” En México, la Constitución percibe a la familia como un ámbito de privacidad de la persona, al señalar en su artículo 16 que: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

De esta manera, el derecho a la vida privada familiar se configura como una garantía frente al Estado y a terceros para que no puedan molestar o intervenir injustificadamente en la vida del núcleo familiar. Es la propia familia la encargada de tomar las decisiones que atañen a sus

miembros. En específico, son los padres a quien les compete tomar las decisiones correspondientes a sus hijos, como su nombre, tipo de educación escolar, religión, tratamientos médicos, alimentación, diversión, etcétera.

Incluso, los padres están obligados legalmente a cubrir las necesidades básicas para el desarrollo integral de sus hijas y sus hijos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. XXX) prevé que “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”. La CPEUM (Art. 4.9 y 4.10), establece que los padres están obligados a proporcionar a sus hijos lo necesario para satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Dentro de este conjunto de derechos y obligaciones, se ubican diversas decisiones o actividades que se encuentran protegidas en el derecho a la vida privada y familiar. Esto quiere decir, que ciertas decisiones sólo conciernen a la familia, por lo que el Estado ni terceros pueden intervenir en ellas injustificadamente. Son los padres de cada familia los facultados o encargados de decidir, por ejemplo, qué religión van a inculcar a sus hijos, a qué escuela van a acudir, qué hacer con su tiempo libre, si practicarán algún deporte, que tratamiento médico consideran mejor para tratar alguna enfermedad o padecimiento, entre muchas otras actividades que se manifiestan en la cotidianidad de la vida familiar.

Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 26.3), indica: “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. Ahora bien, no solo es la educación escolar la que los padres tienen derecho a elegir para sus hijos, también lo es la educación religiosa que deseen inculcarle.

2.4.1. Derecho de los padres a formar a sus hijos de acuerdo a su religión

La libertad religiosa es el derecho a elegir una relación con Dios y decidir vivir conforme a ella. La religión, para quien la profesa, constituye un elemento fundamental de su concepción de la vida, es una visión del mundo que define la relación del hombre con lo divino.

Durante mucho tiempo, la religión fue el motivo de conflictos e incluso guerras en las que se cometieron un sinnúmero de atrocidades, asesinatos e incluso de exterminios, como sucedió durante el holocausto que tuvo lugar en toda Europa de 1933 a 1945 y culminó con el asesinato en masa de seis millones de judíos. (Enciclopedia del Holocausto, 2022).

Por ello, la libertad de religión es uno de los derechos protegidos en el ámbito de los derechos humanos. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Art.10) se previó que “nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”. Posteriormente, dicha libertad se protegió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 18), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. III) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 18), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14) y en la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (Art. 1).

De igual forma, es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, señaló que “la libertad religiosa permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.” (“La Última Tentación de Cristo”, 2001, pág. 32). En México, la CPEUM desde su creación en 1917 (Art. 24), reconoce el derecho a la libertad de religión y a partir de 1992 se agregó la prohibición al Congreso de dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Asimismo, todos los instrumentos internacionales referidos y la CPEUM prohíben la discriminación por motivos religiosos. La Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (Art. 2 y 3) especifica que por intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones debemos entender “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del

reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.” De igual forma, considera dicha discriminación como una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la cual debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La elección de la religión que uno desee profesar o practicar es una decisión personal que entra en el ámbito de protección de la vida privada del individuo y de su familia, en la cual como se resaltó, ni el Estado, ni algún tercero pueden tener injerencia. Incluso, el Estado tiene la obligación no sólo de respetar la libertad religiosa, sino también de garantizarla y de promover la tolerancia entre los diversos grupos religiosos.

Son los padres, o en su caso los tutores legales, los que tienen el derecho de escoger el tipo de educación religiosa que habrá de darse a sus hijos. El Estado está obligado a respetar dicha libertad y garantizar que los hijos reciban la educación religiosa que esté de acuerdo con las propias convicciones de los padres, tal como se advierte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art 12.4), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 18.4), de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (Art. 5) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 14.2). El penúltimo de los documentos citados, especifica además que no se obligará a ningún niño a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales.

Ahora bien, como todos los derechos, la libertad religiosa no es absoluta y está sometida a ciertos límites previstos por las leyes que sean necesarios para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, los derechos o libertades de los demás, tal como está estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art 12.3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 18.3), la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (Art. 1.3) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 14.3). La CPEUM (Art. 23) limita la libertad religiosa para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, a que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

Uno de los límites establecidos por los referidos ordenamientos jurídicos y el que nos interesa en este trabajo, es cuando se atenta contra la salud y la vida de una niña, niño o adolescente, habida cuenta, que el interés superior de ellos debe prevalecer sobre cualquier otro derecho o libertad, tal como se expondrá a continuación.

2.5 Interés superior de la niñez

Los niños y niñas fueron durante mucho tiempo personas olvidadas en los sistemas jurídicos que únicamente estaban protegidos por sus padres y madres, quienes tenían el derecho absoluto a decidir todo lo concerniente a sus hijos, sin importar que fuera lo mejor para su crecimiento y desarrollo. Incluso, con la autorización de sus padres, la niñez fue explotada laboralmente en condiciones inhumanas que ponían en riesgo su vida, salud e integridad física, tal como se ha documentado en diversas investigaciones de la revolución industrial. Durante mucho tiempo fueron considerados como seres mudos e invisibles en sus propias familias y en la sociedad, dado que por su dependencia, inmadurez, condición jurídica y carencia de voz, se les consideraba carentes de capacidades básicas para la comprensión, comunicación y toma de decisiones.

Fue hasta la Convención de Ginebra de 1924, suscrita por la entonces Sociedad de Naciones, que se reconoce la importancia de que la humanidad dé a la niñez lo mejor de sí misma por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VIII) destacaron la importancia de brindar cuidados y asistencia especial a la infancia.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, estableciendo que los menores por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento y por ello, dispuso que siempre debe prevalecer el interés superior de la niñez, esto es, una protección especial para que pueda desarrollarse física, psicológica, emocional, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de

libertad y dignidad (Art. II). Proclamando además la obligación de los padres, organizaciones particulares y del Estado de luchar por su observancia.

Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 y 13) los estados parte se comprometieron a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todas las niñas, niños y adolescentes para su sano desarrollo y el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y de protegerlos de la explotación económica y social. De igual forma, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Art. 3) indica que en todas las medidas concernientes a la niñez que tomen autoridades administrativas, judiciales o ejecutivas, siempre debe prevalecer el interés superior de la o el menor. Uno de los principales objetivos de estos instrumentos internacionales ha sido visibilizar, maximizar y proteger su desarrollo y sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁴ ha señalado que el principal objetivo del interés superior de la niñez es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la multicitada Convención, sin que exista una jerarquía de éstos, ya que todos los derechos previstos responden al interés superior del menor y ninguno debe restringirse o limitarse. Asimismo, las niñas y niños deben de tener un desarrollo holístico, entendiéndose por ello, “un desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (2003, pág. 5)

De igual forma, el Comité ha impulsado el reconocimiento de que las niñas y los niños pequeños, desde su nacimiento, son portadores de derechos y la importancia de que sea desde la primera infancia (desde su nacimiento hasta los 8 años de edad) cuando puedan realizar sus derechos y no hasta que sean adolescentes y tengan una mayor madurez. Asimismo, ha solicitado que se abandonen antiguas creencias que veían a la primera infancia como “un periodo de socialización de un ser humano inmaduro, en el que se le encamina hacia la condición de adulto maduro” y ha exigido que todos las niñas y niños, en particular los muy pequeños “sean respetados como personas por derecho propio” y considerados “como miembros activos de las familias, comunidades y sociedades, con sus propias inquietudes, intereses y puntos de vista.” (Comité de los Derechos del Niño, 2005, pág. 3)

⁴ En lo subsecuente, Comité o Comité de los Derechos del Niño.

Por ello, los Estados deben promover que desde pequeños se procure su bienestar físico y psicosocial de una forma integral observando, respetando y garantizando su derecho a la salud, nutrición adecuada, seguridad social, nivel adecuado de vida, entorno saludable y seguro, educación y juego, respetando las responsabilidades de los padres, pero apoyándolos ofreciendo asistencia y servicios de calidad.

Especial importancia adquiere también el derecho a la no discriminación que debe entenderse no sólo como una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos de las niñas y niños, sino también exige que los Estados tomen medidas apropiadas “para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención” lo que requiere entre otras cosas, la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir situaciones de desigualdad real (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 6). El interés superior de cada niña o niño debe determinarse en función de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, la madurez emocional, el sexo, la relación con sus padres, su extracción familiar y social.

La protección especial que necesitan los menores se debe en parte a la falta de madurez física y mental que los sitúa en condiciones de desventaja con un adulto, siendo susceptibles de ser víctimas de descuidos o incluso abusos. Por ello, desde la primera infancia se debe influir positivamente en proteger sus derechos y bienestar, habida cuenta que es una manera efectiva de ayudar a prevenir dificultades personales, sociales y educativas en la adolescencia y adultez. En efecto, su protección es de vital importancia ya que ellos son el futuro de la sociedad, entre más efectivos sean sus derechos tendrán una mayor capacidad de contribuir positivamente a la sociedad.

2.5.1 Derecho de la niñez a que el interés superior sea una consideración primordial.

Es importante profundizar de qué manera el interés superior de la niñez se torna como primordial cuando instituciones públicas o privadas toman decisiones que atañen a su vida diaria y entorno familiar. Este análisis se realiza al tenor de lo señalado por el Comité de los

Derechos del Niño en la Observación general N. 14 (2013) sobre el derecho la niña o niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en el artículo 3, párrafo 1, prevé: “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.”

El Comité de los Derechos del Niño indica que dicho precepto otorga a la niña o niño el derecho a ser considerado y se tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten directa o indirectamente en la esfera pública o en la privada. Asimismo, hace especial énfasis en que el interés superior de la niñez es un concepto que abarca tres dimensiones: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (2013, pág. 2).

Es un derecho sustantivo que el interés superior de la niñez sea una consideración primordial que debe protegerse cuando coalicione con otros derechos o intereses cada vez que se tome una decisión en una cuestión debatida. Es un principio jurídico interpretativo habida cuenta que, si una norma jurídica permite más de una interpretación, se debe elegir la que proteja de manera más efectiva y completa el interés superior de la niñez. Y es una norma de procedimiento porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte a una niña o niño debe existir un proceso que incluya una estimación de las posibles repercusiones positivas y negativas de la decisión.

El Comité señaló que para dar plena eficacia al interés superior de la niñez es obligatorio considerar los siguientes parámetros:

- a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos de la niñez;
- b) El reconocimiento de las niñas y niños como titulares de derechos;
- c) La naturaleza y el alcance global de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- d) La obligación de los Estados parte y por ende, de todas sus autoridades, de respetar, proteger y hacer realidad todos los derechos de la Convención;

- e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo de la niña o niño a lo largo del tiempo (2013, pág. 4).

Cada caso en el que entre en conflicto el interés superior de la niñez con otro derecho debe ser analizado en lo individual: caso por caso, ya que cada niña o niño es único y por ende, su situación también. Debe tomarse en cuenta la situación concreta y particular de cada niña o niño, teniendo en cuenta el contexto, el entorno, la situación, circunstancias específicas y sus necesidades personales. El interés superior de la niñez es un concepto flexible que permite su adaptación a cada situación particular y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil (Comité de los Derechos del Niño, 2013, págs. 2, 3 y 5).

En la referida observación, el Comité elaboró una lista no limitativa de elementos que deben tomarse en cuenta al evaluar el interés superior de la niña o el niño, a saber:

- a) Su opinión.
- b) Su identidad.
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- d) Su cuidado, protección y seguridad.
- e) Situación de vulnerabilidad.
- f) Su derecho a la salud.
- g) Su derecho a la educación (2013, págs. 7-10).

De igual manera, indicó que los Estados deben prestar atención especial a las siguientes garantías procesales necesarias a fin de velar por la observancia del interés superior de la niñez:

- a) Su derecho a expresar su propia opinión: es de vital importancia que cuando se evalúe el interés superior de la niñez se respete y garantice su derecho a expresar libremente su opinión de acuerdo con su edad, madurez y capacidad, por sí o por conducto de su representante y que esta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten directa o indirectamente. Es un elemento fundamental del proceso lograr una comunicación con la niña o el niño para que participe de manera provechosa en él y que la autoridad que tenga que tomar una decisión cuente con más información de su situación (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 11).

- b) Determinación de los hechos: las personas encargadas de evaluar el interés superior de la niñez deben ser profesionales perfectamente capacitados que no se limiten sólo a leer los documentos que obren en los expedientes y que tengan un mayor acercamiento al entorno del menor, como: entrevistas con personas cercanas y testigos de ciertos incidentes. Toda la información recabada debe verificarse y analizarse cuidadosamente (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 11).
- c) La percepción del tiempo: “Los niños y adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 11). Es indispensable que existan mecanismos que permitan agilizar y darle prioridad a los procedimientos donde se evalúa el interés superior de la niñez para que se resuelvan en el menor tiempo posible y no perdure mucho tiempo el periodo de incertidumbre que genera daño en los menores y su entorno.
- d) Los profesionales cualificados: no se trata únicamente de que las personas que evalúan el interés superior de la niña o niño estén debidamente cualificados, ya que también es necesario, en la medida de lo posible que se rodee de un equipo interdisciplinario de profesionales para poder tener en cuenta no sólo el ámbito jurídico, sino que también se analicen las posibles soluciones y sus consecuencias desde el ámbito psicológico, sociológico, educativo, de trabajo social, de salud etcétera (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 11).
- e) La representación letrada: el menor además de contar con alguien a través del cual puede expresar su opinión, debe tener una representación legal competente con conocimientos y experiencia en las materias correspondientes (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 11).
- f) La argumentación jurídica: cualquier resolución o decisión sobre el menor debe estar fundada, motivada y explicada. Se deben señalar detalladamente de forma explícita todas las circunstancias que se tomaron en cuenta, los elementos

particulares del caso y la manera en que se ponderó el interés superior de la niñez. Para ello, es necesario que las resoluciones estén redactadas en un lenguaje claro, sencillo y ciudadano, para que las personas involucradas incluida la niña o el niño puedan entenderlo. En caso de que la solución elegida no atienda al interés superior de la niñez, se debe indicar de manera pormenorizada los motivos a los que obedece para demostrar que, a pesar del resultado, el interés del menor si fue una consideración primordial (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 11 y 12).

- g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones: es importante que las medidas tomadas no sean decisiones definitivas e irreversibles, que sean susceptibles de evaluarse, ya que las capacidades y madurez de los menores evolucionan rápidamente y sus entornos y circunstancias pueden cambiar; por que en algún momento lo que puede ser bueno para el menor, posteriormente puede dejar de serlo (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 12).

Por ello, el Comité señaló que:

“no solo deben evaluarse las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo de la niña o niño y analizarlas a corto y largo plazo. En ese contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura de la niña o niño” (2013, pág. 10).

En efecto, es de vital importancia que existan mecanismos de evaluación continua de las consecuencias y repercusiones que tengan decisiones judiciales o administrativas en la niña o niño y su posibilidad de ajustarlas de acuerdo con el crecimiento y evolución de la o el menor.

- h) La evaluación del impacto en los derechos de la niñez: es de vital importancia que se evalué continuamente el impacto de las decisiones sobre la o el menor y su entorno de forma individual y también de forma colectiva a fin de que las instituciones correspondientes y las investigaciones académicas estén en

posibilidades de emitir recomendaciones para mejorar o modificar los proyectos de políticas públicas, legislaciones y cuestiones presupuestarias (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pág. 12).

El análisis pormenorizado de la Observación General N. 14 es de vital importancia en el caso en estudio, ya que la evaluación del interés superior de la niñez no debe ser un estudio de mero trámite, ya que es indispensable que se cumplan con todos los requisitos ya señalados: resoluciones fundadas, motivadas y explicadas, análisis exhaustivos de todas las consecuencias positivas y negativas de las posibles decisiones, no sólo las jurídicas, también las psicológicas, educativas, de salud, sociológicas, por ello es menester que la persona que debe tomar la decisión se asesore de un equipo multidisciplinario en la toma de decisiones, se respete el derecho de la niñez a expresar su opinión, cuenten con representación debidamente capacitada y existan los mecanismos para evaluar y revisar las decisiones. Sólo así imperara su bienestar.

2.5.2 Derecho de la niñez al disfrute del más alto nivel de salud.

Todas las personas, niños o adultos, tienen derecho a la salud. Desde su creación, la Organización Mundial de la Salud, destacó que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, y puntualizó que: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.” (Conferencia Sanitaria Internacional, 1946, pág. 7)

Asimismo, estableció que la salud es una responsabilidad de los Estados: “los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.” Interesante que desde sus inicios se adoptó un enfoque holístico atendiendo al ser humano en su integridad, equiparando el termino salud con el de “completo bienestar” (Conferencia Sanitaria Internacional, 1946, pág. 8)

En concordancia con lo anterior, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 23) establece que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”

En dicho instrumento jurídico, se observa el derecho a la salud como parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12.1) ha ido más allá al señalar que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI) prevé el derecho de todas las personas a la preservación de la salud y al bienestar. El derecho a la salud, además de ser un derecho importante por sí mismo, es una garantía fundamental e indispensable para el pleno desarrollo del ser humano y el ejercicio de los restantes derechos fundamentales. En efecto, dada su indivisibilidad e interdependencia no debe limitarse como el derecho a estar sano, ya que de la salud depende la realización de otros derechos.

En el mismo tenor, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador" (Art. 10) prevé que toda persona tiene “derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” e indica que “con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público” y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a) la atención primaria de la salud,
- b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos,
- c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas,
- d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas,
- e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de problemas de salud, y
- f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables .

En esa tesitura, el Consejo de Derechos Económicos, Social y Culturales de las Naciones Unidas, en la Observación General número 14, indicó que los Estados deben velar por que todos los servicios y programas relacionados con la salud cumplan con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad. Asimismo, resaltó la obligación de los Estados de proteger, respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, los políticos y planes detallados para su ejercicio y acceso a la población a los servicios de salud. En efecto, la obligación estatal no se limita a respetar, sino también a proteger, garantizar y hacer cumplir el derecho al disfrute al nivel más alto de salud (2000, págs. 3-4, 9).

El derecho de salud cobra especial relevancia cuando hablamos de las niñas y niños, ya que la salud es indispensable para su supervivencia, crecimiento y sano desarrollo, por ello, la Convención de los Derechos del Niño (Art. 24), dispuso:

“Los Estados reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud interpretó que dicho derecho no sólo abarca la prevención oportuna y apropiada de enfermedades, la promoción de salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también “el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en factores subyacentes que determinan la salud.” De igual forma, indicó la responsabilidad que tienen los estados de asegurar que la salud de la niñez no quede mermada por la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública, posición económica, impedimentos físicos o cualquier otra condición de la niñez o de sus padres (2013, pág. 2). El derecho de la niñez a la salud está conformado de libertades y derechos. Conforme crece y

madura la niña o el niño aumentan sus libertades como el derecho a controlar su propia salud y su cuerpo.

Para el Comité el derecho a la salud está relacionados con el acceso a instalaciones, bienes y servicios que ofrezcan a la niña o el niño igualdad de oportunidades para disfrutar el más alto nivel posible de salud (2013, pág. 4). Asimismo, ha resaltado que la infancia es un periodo de crecimiento constante que va del parto y la lactancia, a la edad preescolar y la adolescencia. Cada fase es importante y tiene sus propias peculiaridades generando diversos cambios en el desarrollo físico, psicológico, emocional y social.

El Comité destacó que las etapas de la niñez son acumulativas: “cada una repercute en las etapas posteriores e influye en la salud, el potencial, los riesgos y las oportunidades del niño” Los problemas de salud de la infancia afectan a la salud pública en general. Los Estados están obligados a eliminar obstáculos al acceso ininterrumpido de la niñez a los servicios sanitarios, incluidos los obstáculos financieros, institucionales y culturales (2013, págs. 4-5).

La madre y el padre, o en su caso quien ejerza la patria potestad, cobran especial relevancia cuando hablamos del derecho a la salud de la niña o el niño, ya que son ellos la fuente más importante de diagnóstico y atención primaria de cualquier padecimiento médico o psicológico. Asimismo, desempeñan una función de vital importancia en la prevención de conductas riesgosas como: lesiones causadas por accidentes, violencia o consumo de sustancias prohibidas.

El Comité señaló que los Estados están obligados a promover el buen ejercicio de la paternidad, como: “educación en técnicas de paternidad, grupos de apoyo y asesoramiento familiar, en particular en el caso de familias cuyos hijos sufren de salud y problemas sociales de otro tipo” (2013, pág. 9). Máxime que es la madre y el padre los responsables de velar por el interés superior de la niñez, cuidarlo y protegerlo para ayudarlo a crecer y desarrollarse de manera saludable. Es interesante mencionar, que el Comité ha solicitado a los Estados que emprendan todas las medidas legislativas, administrativas y educativas para eliminar el castigo corporal o formas crueles o degradantes de castigo en el hogar y en la escuela.

En México, el derecho a la salud se incorporó en el texto constitucional hasta el año de 1983 (Art 4), limitándose a señalar que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

El derecho a la salud en México no debe limitarse a lo señalado en la CPEUM, sino en armonía y complementariedad con lo señalado en los diversos instrumentos internacionales descritos en párrafos que anteceden. La SCJN ha señalado que el derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las primeras, encontramos la libertad de controlar la salud y el cuerpo, con la inclusión de la libertad sexual y genérica y el no padecer injerencias, torturas, tratamientos médicos no consensuales, y entre los derechos: el relativo a un sistema de protección de la salud que permita a las personas alcanzar el más alto nivel posible de salud en igualdad de oportunidad sin discriminación alguna. De igual forma, especificó que la protección de salud incluye:

“las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia” (Primera Sala de la SCJN, 2008).

Asimismo, nuestro Máximo Tribunal indicó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12) en lo referente al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel básico del derecho a la salud y por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga (Segunda Sala del SCJN, 2014).

Capítulo 3. El fallo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En la sentencia, objeto del presente análisis, la Primera Sala de la SCJN⁵ resolvió que el Estado debía ordenar que se realizarán las transfusiones sanguíneas que fueran necesarias a una niña de seis años que sufría de leucemia con el fin de salvar su vida, aun cuando sus padres se oponían a dicho tratamiento debido a sus creencias religiosas (Testigos de Jehová). Para tal efecto, tuvo que ponderar entre el derecho a la vida de una menor de edad y el derecho a la vida privada familiar en su vertiente de libertad religiosa y el derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos. Analizó el principio del interés superior de la niñez como límite a dichos derechos parentales. Previo a analizar los argumentos de fondo, destacaremos los antecedentes del caso de acuerdo con lo plasmado en las sentencias dictadas por el Juez de Distrito y por la Primera Sala de la SCJN.

3.1 Antecedentes del caso.

En el presente trabajo se emplearán los mismos nombres ficticios utilizados por la Primera Sala a fin de proteger la identidad de la menor y su familia. Luisa y Manuel procrearon dos hijas Carmen (2006) y Clara (2011). La familia pertenecía a la etnia rarámuri de Chihuahua y profesaba la religión testigos de Jehová.

En abril de 2017, Luisa llevó a Clara a consulta médica por considerar que probablemente tenía varicela. Después de diversos estudios clínicos, el médico tratante consideró tenía signos de leucemia linfoblástica aguda, y recomendó que la llevarán urgentemente al Hospital Infantil de Especialidades del Estado de Chihuahua. Ese mismo día fue atendida en el área de urgencias del referido nosocomio, donde los médicos explicaron a la madre las implicaciones del probable diagnóstico. Dado lo inestable de su salud, previo a realizar la biopsia para corroborar el diagnóstico de leucemia, la Médico ordenó ingresar a Clara a terapia intermedia, para iniciar el tratamiento con antivirales, antibióticos y hemoderivados, lo que implicaba la realización de transfusiones sanguíneas.

⁵ En lo subsecuente, Primera Sala.

Sin embargo, los padres no autorizaron éstas últimas y solicitaron buscar medidas alternativas ya que profesaban la religión testigos de Jehová, la cual no permite las transfusiones de sangre ni de sus derivados.

Ese mismo día, la trabajadora social del hospital hizo del conocimiento el caso a la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial Morelos en Chihuahua⁶, a fin de que interviniera ante el estado de gravedad en la salud de Clara, y a que de no realizarse las transfusiones sanguíneas se ponía en riesgo su vida.

Personal de la Subprocuraduría se entrevistó de inmediato con los padres de Clara para que autorizaran el tratamiento propuesto, explicándoles las consecuencias y riesgos de no hacerlo. Sin embargo, Luisa y Manuel persistieron en negar el permiso de cualquier tratamiento que incluyera derivados de sangre, solicitando nuevamente se emplearían medidas alternativas. Así las cosas, la referida dependencia inició el procedimiento administrativo de protección de menores con base en tres factores: “(i) el diagnóstico de posible leucemia linfoblástica aguda, (ii) la inmediata necesidad de que [Clara] recibiera transfusiones sanguíneas para salvar su vida a juicio de los especialistas y (iii) la negativa de sus padres a que se realice dicho tratamiento” (2018, pág. 3).

Ante ese panorama, la Subprocuraduría concluyó que la tutela de la menor estaría provisionalmente a su favor, con el único objetivo de autorizar los tratamientos médicos que fueran necesarios para salvar la vida de Clara. Bajo su consentimiento, la menor ingresó al área de terapia intensiva y se inició la aplicación de inmunoglobulina vía intravenosa y transfusión de concentrado eritrocitario y concentrado plaquetario. Dicho tratamiento se continuó hasta el tercer día (21 de abril de 2017) en que la menor se reportó estable, suspendiéndose únicamente la transfusión de concentrado eritrocitario. Fue hasta el cuarto día (22 de abril de 2017), que los médicos determinaron suspender las restantes transfusiones dado que Clara ya estaba en buenas condiciones generales.

El séptimo día (25 de abril de 2017) personal médico intervino quirúrgicamente a la menor para realizarle un aspirado de medula ósea para poder confirmar el diagnóstico inicial. Con autorización de la Subprocuraduría se realizó una nueva transfusión de

⁶ En adelante Subprocuraduría.

concentrado plaquetario. Durante los días octavo, noveno, onceavo y doceavo (26, 27, 29 y 30 de abril de 2017) la menor recibió inmunoglobulina los primeros dos días y transfusión de concentrado plaquetario los restantes.

Fue hasta el décimo quinto día (3 de mayo de 2017) que se confirmó el diagnóstico de leucemia linfoblástica aguda. La hematóloga, la trabajadora social y la Subprocuraduría informaron a los padres de Clara el diagnóstico e indicaron que el tratamiento médico que requería consistía en quimioterapia, el cual implicaba la posibilidad de necesitar más transfusiones sanguíneas. Los padres de Clara solicitaron una segunda opinión acerca del tratamiento idóneo. A lo que la doctora accedió con la condicionante de que fuera de su misma especialidad, haciendo énfasis en lo urgente de iniciar con los ciclos de quimioterapias. No obstante dicha negativa y ante la urgencia del caso, la Subprocuraduría autorizó el inicio de las quimioterapias.

3.2 Juicio de amparo indirecto.

La madre de Clara, por su propio derecho y en representación de su hija, presentó un juicio de amparo indirecto, en el que reclamó:

- a) La determinación de asumir la tutela sobre Clara a fin de autorizar los tratamientos médicos necesarios para recuperar su salud, que incluyeron diversas transfusiones de sangre y sus derivados.

Ello, sin que la autoridad investigará adecuadamente la veracidad de los hechos ya que en ningún momento se acreditó alguna situación de desamparo, descuido o negligencia de los papás que ameritará el retiro de la custodia. Además de que no se investigó adecuadamente la existencia de tratamientos alternativos ni se consultó una segunda opinión médica, vulnerando también sus creencias religiosas.

- b) La violación al derecho fundamental a la igualdad ya que fue discriminada por ser originaria de la etnia rarámuri y por profesar la religión de Testigos de Jehová.
- c) La violación a recibir la información médica adecuada para tomar una decisión informada en relación con el tratamiento médico de Clara.

El Juez Octavo de Distrito en el Estado de Chihuahua⁷, admitió la demanda de amparo⁸. Posteriormente, concedió la suspensión definitiva, para que la Subprocuraduría no tomará alguna decisión relacionada con el tratamiento de la menor y para que las autoridades del Hospital Infantil le brindarán a la madre de forma detallada los beneficios y complicaciones de los tratamientos alternativos.

El 30 de junio del 2017, el Juez de Distrito concedió el amparo a Luisa y a su menor hija, en base a los siguientes argumentos:

- La Subprocuraduría actuó de manera unilateral al tomar decisiones inherentes a la salud de la niña, sin previa investigación real y detallada de los hechos, es decir si se encontraba acreditado de manera fehaciente el desamparo de los padres y que ellos no eran aptos para responsabilizarse de su hija y tomar las decisiones médicas necesarias.
- Previo a tomar decisiones sobre la salud de Clara, la Subprocuraduría debió cerciorarse de que el hospital acreditará la existencia de la negativa expresa de los padres para autorizar las transfusiones sanguíneas, respaldada con una constancia donde se asentará la razón por la cual los padres le daban prioridad a su religión y que estaban debidamente enterados de los beneficios y posibles repercusiones de los tratamientos propuestos por los médicos del hospital, así como de los alternativos.
- Asimismo, en el expediente no se encontró constancia que acreditará que la Subprocuraduría estuvo al pendiente de la evolución médica y/o deterioro de la niña que tenía en resguardo.
- El Juez de Distrito consideró que la Subprocuraduría llevó prácticas discriminatorias hacia la quejosa por sus creencias religiosas al iniciar un procedimiento administrativo de forma unilateral cuando personal del hospital le informó que profesaba la religión de testigos de Jehová.
- Aunado a lo anterior, el juez no encontró constancia que acredite que se hizo del conocimiento de los padres de Clara, beneficios y complicaciones del tratamiento de

⁷ En lo subsecuente, Juez de Distrito.

⁸ La cual se registró bajo el número de expediente 744/2017-V.

forma detallada y precisa. Ni que hayan facilitado una entrevista para una segunda opinión médica que incluso fue solicitada. Por lo que, a su juicio, se violó el derecho de contar con una información detallada del estado de salud de Clara para estar en aptitud de tomar las decisiones necesarias, esto es, un consentimiento informado.

Así las cosas, el Juez de Distrito concedió el amparo y la protección de la Justicia de la Unión para los siguientes efectos:

La Subprocuradora debía:

1. “Seguir absteniéndose de tomar decisiones con respeto a los tratamientos que se le deberán suministrar a la menor ** **, para combatir el padecimiento patológico que padece.
2. Al momento de dictar la resolución definitiva dentro del expediente ****, deberá ordenar el archivo del citado asunto, pues fue la misma autoridad quien en las entrevistas respectivas, determinó que no existen indicadores de los que se desprenda que los padres de la menor ** ** **, no se puedan responsabilizar de ella” (2017, págs. 126-127).

El Director del Hospital Infantil de Especialidades de Chihuahua y la doctora de Clara, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán hacer lo siguiente:

1. Seguir respetando la decisión de la mamá de Clara en relación con el tratamiento médico que se suministre a la menor.
2. Seguir coadyuvando con los especialistas del Centro Estatal de Cancerología de Chihuahua, así como, los médicos de confianza de la quejosa, independientemente de su especialidad, para que se le brinde asesoría detallada de los beneficios o en su caso, complicaciones que pudieran presentarse en cada uno de los métodos médicos o alternos que se llegaren a sugerir.
3. Proporcionar a la quejosa actualizaciones del expediente clínico de su hija.
4. Garantizar en todo momento los medicamentos o insumos necesarios para el suministro del tratamiento médico o alternativo que en su caso se vaya a proporcionar a la menor.

5. Se debe respetar la decisión de la quejosa, si ésta llegara a solicitar algún tratamiento alternativo a las transfusiones de sangre, como puede ser, el uso de factores estimulantes como la eritropoyetina y agentes trombopoyéticos o cualquier otro.
6. “Con la aclaración de que los médicos de la menor, también pueden justificar la negativa de aplicar los tratamientos alternativos que se sugieran, pues si llegaran a determinar con base a sus opiniones científicas que nos son viables o pueden ser perjudiciales a la salud de la niña, o de no obtener los resultados esperados, los médicos de la menor podrán realizar la transfusión sanguínea, siempre que ésta sea necesaria, pero en todos los casos deberán documentar dicha situación.” (2017, pág. 130)

En la parte final de la sentencia, el Juez de Distrito ordenó dar vista a dar vista al Gobernador, al Congreso y al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, todos del Estado de Chihuahua, para que “analicen la posibilidad de adecuar las leyes que consideren necesarias, donde se prevea el hecho de regular los casos de urgencia médica cuando se involucren menores de edad que requieran la autorización de un tratamiento médico, y los padres se nieguen a autorizarlo o éstos se encuentren en conflicto de intereses para emitir la citada autorización” (2017, págs. 121-122), lo que a juicio del Juez Federal debe ser del conocimiento de una autoridad judicial (Juez Civil o Familiar) y no una autoridad administrativa.

Por último, le sugiere al Gobernador que realice “las gestiones necesarias, para la creación de uno o varios protocolos de actuación para los diversos casos que se pudieran llegar a presentar, como podrían ser aquellos que aborden los temas de atención a personas de pueblos originarios, a pacientes con diversidad de creencias religiosas, aquellos donde se prevea el rechazo a las transfusiones sanguíneas o diversos tratamientos médicos, así como la autorización por representación, cuando se presenten casos en que los padres de algún paciente menor de edad, tengan conflictos de intereses y se nieguen a autorizar el suministro de algún tratamiento.” (2017, pág. 125)

3.3 Recursos de revisión.

Inconformes con dicho fallo, la mamá de Clara, la Subprocuraduría, el representante especial de Clara y el Ministerio Público adscrito al Juzgado de Distrito interpusieron diversos recursos de revisión.

Luisa alegó que la determinación de permitir que los médicos, aunque fuera como último recurso, realizaran transfusiones sanguíneas a su hija Clara, violaba su derecho a elegir libremente el tratamiento que a su juicio fuera mejor, limitando su ejercicio de la patria potestad en la toma de decisiones en la salud de su hija. Asimismo, manifestó que “la vida no es el bien supremo y que por encima de ésta se encuentra el derecho a la dignidad, el cual tiene un primer rango en el ejercicio de la libertad religiosa, en su fase interna, por ser una cuestión íntima y personalísima, en la que el Estado no puede intervenir” (2018, pág. 10). De igual forma, al final se impuso la opinión social mayoritaria y de los profesionales de salud frente a una comunidad minoritaria, que no desea morir, pero que tampoco quiere transgredir su pensamiento religioso.

Por su parte, la Subprocuraduría alegó que investigó adecuadamente los hechos y que no actuó de forma unilateral, sino en atención a la solicitud del hospital derivada de la urgente atención médica que Clara requería; situación que imposibilitó en ese momento aplicar tratamientos alternativos. Puntualizó que no existieron prácticas discriminatorias ya que la decisión se tomó en base a las opiniones médicas y la gravedad del caso, y no se basó en la religión que profesaban los padres de la menor.

El representante especial del menor señaló que las hipótesis previstas por el Juez de Distrito fueron imprecisas y no atendieron los derechos a la salud y vida de Clara. No puntualizó los parámetros ni la manera en que debían de actuar los doctores en caso de que necesitará transfusiones sanguíneas ante una emergencia médica. Por lo que, a su juicio, se debía articular un procedimiento ágil para la autorización de dicha medida extrema y que se deslinde de toda responsabilidad al personal médico si, al cumplir con la sentencia de amparo, ocurriera un retraso en la atención médica que ponga en riesgo la vida de Clara.

Los recursos de revisión fueron turnados al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito, el cual determinó que no tenía competencia para

conocer del amparo en revisión que involucraba un problema en torno a la libertad religiosa y el derecho de los padres a tomar decisiones médicas en los casos en que se requieran transfusiones sanguíneas urgentes. Aspectos de los cuales no existía jurisprudencia, actualizándose la competencia originaria de la SCJN.

3.4 Sentencia de la Primera Sala de la SCJN

El quince de agosto de dos mil dieciocho, la Primera Sala resolvió revocar la sentencia emitida por el Juez de Distrito para efecto de negar el amparo solicitado por Luisa. Por consiguiente, precisó que debía subsistir la tutela provisional que asumió la Subprocuraduría, a fin de autorizar los tratamientos médicos que sean necesarios para estabilizar a la menor y estén estrictamente justificados sobre la base de un riesgo para su salud.

La litis de la sentencia se centró en determinar si el Estado podía intervenir en una relación familiar con el fin de que se aplicará a un menor de edad un tratamiento médico que sus padres objetaban por motivos religiosos y pretendían sustituir por un tratamiento alternativo.

En un primer apartado, la Primera Sala destacó que la CPEUM y diversos instrumentos internacionales reconocen la protección a la familia y el respeto a la vida privada y familiar. Lo que implica una protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de la familia. Entre esas facultades se encuentra el derecho de los padres a tomar todas las decisiones sobre sus hijos al considerar que son éstos los que están en la mejor posición de procurar el bienestar de sus hijos. Dentro de esa gama de decisiones destacan el derecho de los padres a formar a sus hijos de acuerdo con sus creencias religiosas y el de tomar decisiones médicas por sus hijos.

En relación con el tema de la educación religiosa, puntualizó que la libertad religiosa protegida por nuestra Carta Magna y diversas convenciones internacionales se expresa también a través de las creencias religiosas que los padres deseen inculcar a sus hijos. Por ende, constituye un derecho de los padres el formar a sus hijos en la religión que sea de su

preferencia y el poder llevarlos a practicar un culto público o a celebrar determinadas festividades.

Resaltó que, de acuerdo con la Declaración Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, siempre deberá educarse al menor en un espíritu de tolerancia, amistad entre los pueblos, comprensión, paz y hermandad universal y la práctica de la religión en que se educa al niño no deberá perjudicar su salud física o mental, ni su desarrollo integral.

Por lo que ve al derecho de tomar decisiones médicas por sus hijos, la Primera Sala precisó que está protegido por la privacidad familiar, lo cual confiere a los padres la responsabilidad de ponderar la eficacia y los riesgos de los tratamientos con la información proporcionada por los médicos y elegir aquello que mejor convenga a los intereses de sus hijos, libre de interferencias arbitrarias, incluso del Estado, en su vida privada. Empero, destacó que ante todo los padres siempre deben proteger de forma prevalente el interés superior de sus hijos en cualquier decisión que tomen. Asimismo, agregó un apartado donde abordó el tema de la autonomía progresiva de los menores de edad, indicando que el derecho de los padres a tomar decisiones por sus hijos se va desvaneciendo mientras avanza en su desarrollo, madurez y autonomía.

En segundo lugar, la Primera Sala incluyó un apartado que denominó “El interés superior del menor como límite a los derechos parentales”, en el cual puntualizó que dicho interés debe prevalecer en cualquier contienda judicial en la cual se vean involucrados los derechos de la niñez debe “ser eje rector de quienes toman las decisiones en nombre de los menores. Así, el ejercicio de la vida privada y familiar debe tener como objetivo el procurar la mayor satisfacción de los derechos de los niños” (2018, pág. 25). En todo momento se debe privilegiar la mayor satisfacción de los derechos de la niñez y no los deseos personales de los padres.

Posteriormente, en el fallo se abordó el derecho a la vida y a la salud de un menor. En relación con el primero se precisó que es “un derecho fundamental implícito en la Constitución, que se deriva de todos los derechos expresamente estipulados que requieren de la vida como condición para su ejercicio” (2018, pág. 26). Además de que la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4.1) y la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Art. 13), establece como derechos la vida, la supervivencia y el desarrollo.

Por lo que ve al derecho a la salud, indicó que éste conlleva el más alto nivel posible de salud física y mental; lo que conlleva al derecho a recibir los tratamientos que mayores probabilidades tengan para recuperar su salud, esto es, el trato médico más efectivo y seguro.

Así las cosas, concluyó que si bien los padres gozan de una autonomía muy amplia para tomar numerosas decisiones por sus hijos (educación religiosa y salud) sin intervenciones externas y que son los más aptos para seleccionar lo más favorable para los menores a su cargo, lo cierto es, que dichas decisiones sin interferencias tienen su límite en la salud y la vida de sus hijos.

La Primera Sala puntualizó que:

“las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos, aunque inicialmente protegidas por un claro campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor (aun cuando esta no sea necesariamente la intención de los padres). En tanto la Constitución obliga al Estado a velar por 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.

[...]

La libertad religiosa y el de derecho a la vida privada familiar no comprenden la imposición de prácticas religiosas que comprometan la salud y vida de los niños. En otras palabras: la libertad religiosa no confiere a los padres la autoridad para decidir sobre la vida o muerte se (sic) sus hijos menores de edad; así, los derechos de los padres encuentran su límite *ahí* donde se pone en riesgo la vida de sus hijos” (2018, págs. 27-28).

En el tercer apartado de la sentencia denominado “La intervención del Estado en la autonomía familiar frente a un riesgo a la vida” precisó que se pone en riesgo la vida de un menor, cuando los padres, priorizan sus creencias religiosas, negándose a seguir el tratamiento médico idóneo para salvar su vida. Asimismo, puntualizó que “el tratamiento médico idóneo para salvar la vida es aquél que ya ha sido acreditado por la comunidad

médica como el procedimiento más efectivo para tratar determinada condición letal” (2018, pág. 28). Por ello, resaltó que la protección del interés superior de la niñez obliga a adoptar el tratamiento médico que cuenta con mayor probabilidad de salvar su vida.

La Primera Sala profundizó que existen casos en que las personas que profesan la religión Testigos de Jehová han explorado procedimientos alternativos al uso de hemoderivados con el fin de recibir tratamientos médicos sin transgredir los principios de su religión, prescindiendo del consumo de componentes sanguíneos. Empero, dicha libertad religiosa no soslaya que a un menor de edad se le impida el acceso al tratamiento médico idóneo para curar un padecimiento que pone en riesgo de vida. Resaltó, que el interés superior del menor “impide que se aplique a un menor un tratamiento que es claramente inferior al tratamiento idóneo, de acuerdo con la *lex artis* médica” (2018, pág. 30).

Asimismo, precisó que “en caso de que la transfusión de hemoderivados sea la única opción científicamente acreditada para resguardar la vida del menor de edad, debe optarse por esta intervención aún en contra de la voluntad de los progenitores, pues como se ha establecido el derecho a la vida de los hijos no es un derecho que se encuentre disponible para los padres” (2018, pág. 31).

Posteriormente, en el cuarto aparato titulado “Desarrollo de la intervención del Estado en la autonomía familiar” expuso que el Estado debe intervenir para proteger a un menor, cuando sus padres, por sus creencias religiosas, se opongan al tratamiento médico idóneo para salvar la vida. Empero, “ello no autoriza al Estado a desplazar por completo los derechos parentales” (2018, pág. 32).

Previo a la intervención estatal, es imprescindible que los padres cuenten con el derecho al consentimiento informado, esto es, que el personal médico informe detalladamente a los padres los tratamientos médicos que considera deberían ser aplicados. Habida cuenta que son ellos quienes tomarán una decisión y otorgarán su consentimiento. De igual forma, los progenitores tienen derecho a conocer las alternativas médicas disponibles para tratar a sus hijos a fin de que cuenten con la información suficiente y completa para ponderar las ventajas e inconvenientes de todos los procedimientos disponibles, a efecto de elegir el que mejor convenga a los intereses del menor.

Sin embargo, si los doctores advierten que los padres pretenden impedir que se aplique a su hija o hijo el tratamiento más apto, poniendo en riesgo su vida tienen la obligación de informárselo a las autoridades de protección de menores a fin de que evalúe la necesidad de intervenir de inmediato a fin de examinar el caso y autorizar el tratamiento.

La Primera Sala observó que no existe un procedimiento específico federal o en las entidades federativas que regule la forma en que deben intervenir las instancias públicas para proteger a un menor en un contexto médico. Únicamente, al momento de dictar el fallo, existía un procedimiento genérico para que las entidades federativas asuman una tutela provisional o transitoria cuando adviertan que alguna situación de riesgo.

Asimismo, indicó que cuando las autoridades de protección a la infancia reciban una denuncia realizada por personal médico, deberán asegurarse de la existencia o no de la vulneración o restricción de los derechos del menor. Deberán indagar de forma inmediata sobre la veracidad de los hechos denunciados y determinar si existen elementos o razones para iniciar un procedimiento administrativo de protección y tomar la representación del menor involucrado a fin de autorizar las medidas necesarias, provisionales e inmediatas protegiendo en todo momento su interés superior. En efecto, deberá tomar la decisión que a su juicio aporte mayores probabilidades de salvarle la vida y librarlo del riesgo en que se encuentra con base a la información médica disponible en el contexto particular.

La tutela que asuma el Estado está limitada a tomar las decisiones médicas hasta que el menor se recupere y por el tiempo que dure el tratamiento, sin que desplace los demás derechos que tienen los padres en el núcleo familiar. La Primera Sala precisó que ante lo complejo del caso, las autoridades deben “procurar la unidad y estabilidad familiar, tratando de incorporar a los padres en las decisiones médicas”. Independientemente, de que el Estado asuma la tutela del menor, los padres tienen el derecho a recibir la información del estado de salud de su hijo y la información de los tratamientos y medicamentos que le sean aplicados. De igual forma, en caso de ser médicamente posible los padres tienen derecho a estar junto a sus hijos y no deben ser separados. Ellos merecen una atención adecuada, informada y libre de discriminación.

La Primera Sala resaltó la importancia de “que las autoridades implicadas reconozcan la situación de vulnerabilidad en la que pueden ubicarse los Testigos de Jehová, tanto por pertenecer a una minoría religiosa, como por profesar una creencia contraria al paradigma médico: las transfusiones sanguíneas” (2018, pág. 37). Por tanto, los padres no deben ser estigmatizados como malos padres o relegados a tomar un papel secundario en la recuperación del menor.

En el quinto apartado la Primera Sala aplicó el estándar constitucional descrito al caso. Para ello, en primer lugar, examinó si fue correcta la intervención de la Subprocuraduría en la autonomía familiar de Clara y las decisiones que se tomarán a partir de ella. En segundo lugar, estudió si es conforme a derecho la determinación de que el tratamiento subsecuente respete la voluntad de los padres y solo en casos urgentes y como último recurso se autorizara las transfusiones sanguíneas.

En el caso en particular, la Primera Sala estimó que contrario a lo señalado por el Juez de Distrito, la actuación de los médicos y del Estado fue oportuna para salvaguardar la integridad de la niña. El personal hospitalario no actuó de manera unilateral ni de una forma discriminatoria, máxime que ante el riesgo de que la niña perdiera la vida, tenían el deber de solicitar la intervención de la Subprocuraduría. Enfatizó que no existe ningún elemento, constancia o prueba que pudiera dar cuenta que la actuación del personal hospitalario hubiese atentado contra la dignidad de la madre de Clara o que provocaran actos discriminatorios por su religión o etnia.

En relación con la información del estado de la salud de la menor que tuvieron los progenitores, la Primera Sala señaló que ésta fue proporcionada, de manera gradual, en la medida que avanzaban los estudios clínicos para confirmar el diagnóstico que presentaba. En efecto, los médicos informaron el probable diagnóstico de leucemia linfoblástica; la gravedad de la enfermedad y la imperiosa necesidad de realizar transfusiones sanguíneas por los alarmantes niveles en sus células sanguíneas, ya que corría el riesgo de no pasar la noche. Una vez que Clara se estabilizó fue posible practicarle la biopsia correspondiente. Con el diagnóstico definitivo, la hematóloga, la trabajadora social del hospital y la Subprocuraduría se reunieron con los padres de Clara para informarles “que el tratamiento

que requería [Clara] era quimioterapia, indicándoles que las consecuencias del tratamiento, entre otras, era la posibilidad de continuar requiriendo transfusiones sanguíneas” (2018, pág. 44). Por ello, se concluyó que los médicos cumplieron con su deber de informar a los padres del estado de salud de su menor hija.

De igual forma, la Sala destacó que los médicos se abstuvieron, durante seis horas, a aplicar las transfusiones sanguíneas, y fue hasta que la autoridad competente resolvió que era idóneo y necesario que tomará las decisiones médicas de la menor en suplencia de los papás de Clara.

Por lo que ve a la segunda opinión médica solicitada por los padres, la Primera Sala señaló que dicha petición se realizó hasta el 3 de mayo de 2017, y no desde el primer día que llegaron al hospital (19 de abril de 2017). La hematóloga accedió a la posibilidad de hablar con otro médico, con la condición de que fuese de su misma especialidad. El día 4 siguiente, a petición de la mamá de Clara, otro doctor con especialidad en hematología realizó una interconsulta y valoración médica de la menor, teniendo acceso a las notas médicas y al expediente clínico de la menor. De lo anterior, a juicio de la Sala se evidenció que en cuanto la quejosa decidió hacer efectivo el derecho a solicitar una segunda opinión, el hospital le brindó las facilidades para que ello se llevara a cabo.

Ahora bien, por lo que ve a la actuación de la Subprocuraduría adujo que siguió adecuadamente los deberes constitucionales y legales (Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Estado de Chihuahua) establecidos para asumir la tutela de un menor. Dicha autoridad no actuó de forma unilateral simplemente por el hecho de que la mamá manifestará profesar la religión Testigo de Jehová, sino a petición del personal médico al presentarse la confrontación entre la opinión médica y la determinación de los padres.

Así las cosas, la Primera Sala concluyó que “la actuación del personal hospitalario y la Subprocuraduría no se basó en prejuicios religiosos o étnicos sino en la necesidad de salvaguardar la vida de [Clara]” (2018, pág. 47). Sin que se advierta del expediente que se realizará un trato diferenciado en contra de los padres de la menor. Puntualizando que para hablar de una situación de discriminación debe acreditarse en primer lugar la existencia de

una distinción. En efecto, el procedimiento de tutela hubiera sido el mismo en caso de que los padres profesaran otra religión o no fueran indígenas.

Posteriormente, la Primera Sala evaluó la alternativa propuesta por el Juez de Distrito de permitir los tratamientos alternativos consistentes en aplicar estimulantes que permitan a la propia menor producir sus propios componentes sanguíneos y sólo en caso de “urgencia”, “necesidad” o como “último recurso” ordenar las transfusiones sanguíneas. Para tal efecto, resaltó que la leucemia “es una patología severa que puede tener repercusiones devastadoras en la salud de la niña. Tanto la leucemia como la quimioterapia pueden destruir las células saludables y asolar su capacidad de regeneración” (2018, pág. 48). Por lo cual, la estrategia terapéutica recomendada científicamente para estos casos incorpora la posibilidad de transfundir sangre cuando el cuerpo lo necesite.

Ante tal debate, la Primera Sala realizó un estudio a fin de analizar si el tratamiento alternativo sugerido por los padres de Clara ofrece la misma posibilidad que las transfusiones sanguíneas para que no se ponga en riesgo la vida de Clara. Concluyó, que la propuesta alternativa no debe resultar inferior (menos segura, confiable o efectiva) que el tratamiento médico propuesto. Por ello, debía corroborarse científicamente la capacidad y la seguridad del tratamiento alternativo.

La Primera Sala tomó en cuenta diversos estudios científicos que concluían que el uso de estimulantes (eritropoyetina) en sustitución de las transfusiones sanguíneas era controversial y variaba significativamente. Destacó que las transfusiones sanguíneas tienen un efecto benéfico inmediato para restablecer los niveles de sangre. Mientras que los estudios relativos a los tratamientos alternativos mencionan que en algunos casos mejora la calidad de vida de los pacientes recibiendo quimioterapias, pero en otros dan cuenta de un escenario preocupante. Otros estudios mostraron un aumento del riesgo de formación de coágulos en la sangre y mortalidad en los pacientes que utilizaron los estimulantes de sangre.

Asimismo, destacó que la Organización Europea para la Investigación y el Tratamiento del Cáncer reportó que la eritropoyetina “está sujeta a numerosos condicionamientos y que son necesarios mayores estudios que investiguen los factores predictivos para su uso [...] no

existe suficiente información para determinar el efecto de supervivencia después del tratamiento de quimioterapia con eritropoyetina” (2018, pág. 50).

Por lo que ve a los tratamientos sin transfusión, los estudios señalan que la eritropoyetina es útil en tanto que reduce en alguna medida las transfusiones, sin que las excluya totalmente.

En virtud de los argumentos detallados, la Primera Sala concluyó que la determinación del Juez de Distrito no protege el interés superior de la niña. Destacando, que esa decisión:

“coloca en riesgo su vida, en la medida que obliga a los médicos a emplear un método inferior al tratamiento idóneo, que condiciona su recuperación a que se someta a una situación crítica, urgente o terminal, en la cual pueda deteriorarse su salud y la última posibilidad sean transfusiones sanguíneas” (2018, pág. 52).

En mérito de lo anterior, concluyó que el tratamiento alternativo no era acorde con el interés superior de la niña, por lo que debía subsistir el procedimiento administrativo y la tutela provisional de la Subprocuraduría tal como lo había asumido “con la finalidad de autorizar los tratamientos médicos que sean necesarios para que cuente con las mejores posibilidades de salvar su vida y recuperar su salud” (2018, pág. 52).

Capítulo 4. Análisis crítico del caso

El caso en estudio muestra, en primer lugar, que México debe ser considerado como un Estado constitucional de derecho, que si bien como se mencionó en el primer capítulo todavía hay áreas de oportunidad que trabajar. Empero, lo cierto es que esta permeado de un constitucionalismo jurídico que se caracteriza por la subordinación de los poderes públicos, los entes privados y todas las personas, a una norma superior, la CPEUM. En ella, se establecen una serie de derechos fundamentales que en realidad, la mayoría, son principios que deben ser optimizados y maximizados en su sistema jurídico.

Algunos de estos principios, son los abordados en la sentencia: interés superior de la niñez, libertad religiosa y el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Tales derechos fundamentales son mandatos de optimización que, a diferencia de las reglas, no prevén las circunstancias o condiciones necesarias para su aplicación. En efecto, no contienen circunstancias de cuando, como, donde y de qué forma deben aplicarse. Ni tampoco, hay una legislación secundaria que lo haga.

Ahora bien, siguiendo la teoría desarrollada por Robert Alexy se evidencia que el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental es un mandato de optimización que se caracteriza porque puede ser cumplido en diferentes grados. Por ello, el Juez de Distrito consideró que protegía la salud de Clara, al autorizar los tratamientos alternativos y sólo en caso de emergencia la aplicación de transfusiones sanguíneas y derivados.

Sin embargo, la Primera Sala de la SCJN estimó que si bien ello pareciera a simple vista que equilibraba los derechos en colisión y sobre todo respetaba su derecho a la vida y a la salud, lo cierto es que no se garantizaba el nivel más alto de salud. Puesto que los tratamientos alternativos carecían de mayores probabilidades de recuperar su salud e incluso, pudieran poner en riesgo la vida de Clara. Por consiguiente, ordenó que su custodia siguiera a cargo de la Subprocuraduría en lo concerniente a su tratamiento médico a fin de que autorizara el tratamiento que implicaba realizar transfusiones sanguíneas.

Por su parte, de acuerdo con la clasificación de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, el derecho al disfrute del más alto nivel de salud se clasificaría como una directriz que se

configura de forma abierta y se aplica siempre que exista la oportunidad de realizar acciones para proteger un principio: el derecho a la salud. En el caso en análisis, para la SCJN quedó justificado el otorgar la custodia de las decisiones médicas de Clara al Estado y sea éste, quien autorice el tratamiento que tiene más probabilidades de garantizarle el acceso al nivel más alto posible de salud física, no obstante que ello, implique realizar múltiples transfusiones sanguíneas. Así las cosas, se advierte que dicho derecho está configurado de forma abierta, sin que existan las condiciones de modo, tiempo y lugar de su aplicación, pero si la obligación de realizar acciones para protegerlo en la mayor medida posible.

Además, el caso en estudio prueba que no todos los litigios o conflictos pueden resolverse mediante la aplicación de reglas. Existen los llamados casos difíciles, que el propio H. L. A. Hart reconocía que existen ausencia de reglas para solucionarlos, y sin que, en el caso, sea posible establecerlas. Para ello, los legisladores tendrían que realizar un catálogo que enumere de acuerdo con su “jerarquía” todos los derechos fundamentales. Y así, cuando exista colisión entre éstos, poder decidir mediante la subsunción que derecho debe prevalecer, lo cual sería imposible dadas las características de indivisibilidad e interdependencia que le revisten a todos los derechos fundamentales. Aunado, a que, en los temas de colisión entre derechos fundamentales, es indispensable analizar las circunstancias particulares de cada caso, para tomar la decisión de cual debe prevalecer.

Por ello, la Primera Sala no estuvo en posibilidades de realizar un simple ejercicio de subsunción y tuvo que ponderar los derechos fundamentales involucrados, siguiendo los lineamientos que ha trazado en su propia jurisprudencia y que fueron descritos en el primer capítulo.

Ahora bien, en relación con lo determinado en la resolución en análisis, es importante puntualizar en primer término que la vida de una niña, niño o adolescente debe protegerse por encima de cualquier otro derecho. En el caso en estudio, no queda duda que se debía privilegiar la vida de Clara y con ello, el acceso al más alto nivel de salud, por encima de las creencias religiosas que profesaban sus padres y el derecho a tomar las decisiones médicas sobre el tratamiento que consideren idóneo para sus hijos y a formarlos de acuerdo con su religión. Empero, durante la presente investigación me surgió la siguiente interrogante

¿Realmente se vulneraría el derecho al más alto nivel de salud autorizando, como lo resolvió el Juez de Distrito, el uso de tratamientos alternativos siempre y cuando su salud este estable y no se ponga en riesgo su vida?

A fin de contestar esta interrogante, se destacaran cuestiones abordadas en la sentencia, unas relacionadas con temas procesales y otras, con la argumentación esgrimida en la sentencia, que bajo mi óptica impidieron se tutelaré de forma integral y completa el interés superior de Clara de acuerdo con los parámetros y obligaciones establecidos en el artículo 1 de la CPEUM y en diversos documentos internacionales suscritos y ratificados por México.

4.1 Temas procesales

4.1.1 Violaciones relacionadas con la materia probatoria.

En este apartado, quisiera enfocarme en dos grandes desaciertos que, a mi juicio incurrió, la Primera Sala relacionados con un tema probatorio. En primer término, se resalta que en los juicios de amparo, incluyendo los recursos que se interpongan en los mismos, la autoridad resolutora tiene no sólo la facultad, sino la obligación, de suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, cuando estén involucrados derechos de los menores, sin importar su naturaleza⁹. Dicha suplencia incluye el recabar oficiosamente las pruebas que considere necesarias (Primera Sala de la SCJN, 2005).

Una de las observaciones contenida en los lineamientos trazados por el Comité de los Derechos del Niño en específico los contenidos en la Observación General N. 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, que mencionamos en el segundo capítulo, destaca la imperiosa necesidad de que los juzgadores se rodeen no sólo de personal cualificado, sino también de un equipo interdisciplinario de profesionales para poder tener una visión no sólo desde el ámbito jurídico, sino en este caso, también del médico.

En la sentencia en análisis se destacaron los resultados de diversos estudios del tratamiento recomendado por los médicos (quimioterapia acompañada de transfusiones sanguíneas) y del propuesto por los padres de Clara (quimioterapias y aplicación de

⁹ Véase los artículos 75, tercer párrafo y 79, fracción II y de la Ley de Amparo.

eritropoyetina que estimula la capacidad de la médula ósea para producir nuevamente células sanguíneas sanas). Para ello, se tomó en cuenta diversa literatura científica y las opiniones de los doctores que trataron a Clara en el Hospital.

Empero, la falta de claridad de cómo se seleccionaron las fuentes consultadas y que en ningún momento se destacó alguna investigación o estudio reciente realizado por especialistas en el tratamiento alternativo propuesto, impidió que tuvieran todos los elementos necesarios para analizar beneficios y riesgos de ambos. A mi juicio, la Primera Sala estaba obligada a recabar de oficio una prueba pericial médica o incluso citar a especialistas médicos en ambos tratamientos, para que fueran ellos los que interpretaran la literatura científica estudiada en el proyecto y además resolvieran las dudas que pudiesen tener los propios Ministros y sólo de esta manera, tendrían todos los elementos necesarios para determinar que garantías de recuperación ofrece cada uno y cual tratamiento es superior.

En similares términos, se manifestaron los ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo en los votos particular y concurrente que respectivamente realizaron. El primero hizo especial énfasis en la falta de transparencia en los criterios utilizados para seleccionar los artículos académicos citados en el proyecto. Aunado, tampoco se evaluaron los métodos utilizados en la bibliografía para llegar a las conclusiones contenidas. Cuestiones que además considera requieren conocimientos científicos especializados ajenos al derecho, por lo que era necesario allegarse de dictámenes periciales y comparecencia de especialistas.

Máxime que la SCJN lo ha realizado en diversos asuntos, por ejemplo, en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, relativa a la despenalización del aborto en el entonces Distrito Federal, ahora Ciudad de México¹⁰. Interesante hubiera sido, que la Primera Sala, además de recabar opiniones médicas hubiere escuchado a las autoridades de la comunidad indígena a la que pertenecía la familia de Clara y a representantes de la religión Testigos de Jehová. En dicho tema, profundizaremos con posterioridad.

Un dato que me pareció sumamente alarmante fue lo destacado por el Ministro Pardo, quien resaltó que las investigaciones sobre el uso de la eritropoyetina utilizadas en el

¹⁰ En la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada se desahogó una prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno y se celebraron seis audiencias en las que se escucharon asociaciones, agrupaciones, y particulares, que desearon exponer sus puntos de vista en relación con dicho tópico.

proyecto no son recientes, la más actual correspondía al año 2012, recordemos que la sentencia en estudio se resolvió el 15 de agosto de 2018. Tal como lo indicó el ministro, en seis años, pueden existir avances científicos en los tratamientos alternativos, que pudieren haber cambiado el sentido del fallo, al menos en la parte de autorizarlos como una primera opción en casos no urgentes en los que no este comprometida la vida de la menor. Simplemente, destaquemos la rapidez con la que se desarrolló la vacuna contra el coronavirus COVID-19 en un año aproximadamente. Por lo que es evidente que se debió recurrir a fuentes recientes actualizadas y que mejor que hacerlo de la mano de especialistas.

Por ello, coincido con la postura de los referidos ministros, y para darle un acceso a la justicia completo e integral a Clara, la Primera Sala debió de recabar de oficio dictámenes o pruebas periciales en medicina y realizar audiencias con especialistas en ambos tratamientos, para poder tener todas las herramientas necesarias para determinar cuál es el tratamiento idóneo que garantizaba un mayor beneficio a Clara en todos los aspectos.

4.1.2 Omisión de recabar la opinión de Clara.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece como uno de los derechos a tutelar el que las niñas, niños y adolescentes sean escuchados en todos los procedimientos judiciales o administrativos que les afecten y que incluso es otra de las garantías procesales que, en la multicitada Observación General No 14, las Naciones Unidas indican debe prestársele atención especial a fin de tutelar el interés superior de la niñez.

Es evidente que al escuchar al menor se debe tener en cuenta su edad y la evolución de sus facultades y que el peso de su opinión será mayor a medida que madura. Incluso la propia observación destaca que los bebés y niños pequeños tienen los mismos derechos que los más grandes, aunque no puedan expresar su opinión, deben escucharse a través de un representante.

De los antecedentes descritos en la sentencia del amparo en revisión, no se advierte que se haya escuchado la opinión de Clara que a sus seis años ya pudiera haber expresado por sí misma. O en su defecto, debió de ser representada por alguien diverso a sus padres, que el propio Ministro Ponente está facultado para designarlo, cuando los intereses de los menores

están en conflicto con los de sus padres, tal como lo señala actualmente el propio Protocolo de la SCJN para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia que se emitió con posterioridad a la sentencia (SCJN, 2021, págs. 113-118).

Posiblemente su estado de salud no le permitiera acudir personalmente al recinto de la SCJN, lo cierto es que se pudo emplear algún exhorto para que otra autoridad en el Estado de Chihuahua recabara su opinión.

Considero de vital importancia que la opinión de Clara debía escucharse en cada juicio y en cada instancia. Ello, posiblemente no hubiera cambiado el sentido del fallo, pero si hubiera podido visualizar las posibles consecuencias que traería la decisión tomada por la SCJN en la vida de Clara y su familia. Sin embargo, el que no se haya escuchado en el recurso de revisión a Clara sin causa justificada violenta uno de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, tal como lo mencionó el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en su voto concurrente:

“la opinión de la niña es importante para tener un diagnóstico sobre lo que considera valioso a pesar de su corta edad. Es decir, en la sentencia se interpreta su interés superior poniendo como valor absoluto el derecho a la salud, admitiéndose con ello que puede restringirse la libertad religiosa y de conciencia de la niña, ya que no se le consulta ni se justifica porque es o no valioso lo que piense sobre sus convicciones religiosas (quizá incipientes) y su derecho a la salud.” (2018, pág. 4 del voto concurrente)

No pasa desapercibido que el Juez de Distrito, a diferencia de la SCJN designó un representante especial para la menor, quien incluso argumentó vía alegatos que la Subprocuraduría si había excedido sus facultades, vulnerando los derechos fundamentales de la quejosa relacionados con su dignidad, cultura y creencia religiosa. De igual forma, indicó que en caso de urgencia médica no es necesaria la sustitución del consentimiento ya que los médicos pueden prescindir de este requisito ante los casos urgentes. Por ello, señaló que al intervenir en la sustitución del consentimiento provocó que los padres se sintieran discriminados por su cultura y religión.

Sin embargo, bajo mi respetiva consideró que la SCJN no analizó a profundidad los alegatos formulados por el representante especial en el juicio de amparo indirecto, ni expresó

argumentos que motivaran y fundaran por qué no se le debía de dar peso a dicha opinión. Mucho menos, a partir de lo manifestado, hizo visibles las posibles consecuencias que pudiera traer el fallo, en la vida de la menor y su familia, no para cambiar su sentido, pero si para brindarle un acceso a la justicia integral y completo. Tema que también profundizaremos más adelante.

Sin duda, el no haber escuchado a Clara en todas las instancias, en específico en el recurso de revisión ante la SCJN, se vulneró la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 12), CPEUM (Art. 4) Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Art 71 y 73), así como la Observación General Número 14 (inciso a de las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño).

4.2 Críticas a la argumentación de la sentencia

Bajo mi óptica, la sentencia en estudio se limitó a resolver el caso concreto sin proporcionar a Clara un acceso a la justicia de forma integral y completa, desatendiendo gran parte de los lineamientos trazados en la multicitada Observación General N. 14, pero, además, fue omisa en juzgar con perspectiva pluricultural.

En concreto, estimó que la SCJN debió:

1. Realizar un análisis con perspectiva intercultural en el que se tomará en consideración que la menor y sus padres pertenecían a una comunidad indígena, en específico, a la etnia rarámuri.
2. Incluir a profesionales cualificados que analicen las posibles soluciones y consecuencias de la decisión jurídica en la vida de la menor desde el ámbito psicológico y sociológico.
3. Incluir mecanismos de evaluación continua de las consecuencias y repercusiones que tengan las decisiones ordenadas en la sentencia, a fin de que sean susceptibles de evaluarse y de ser necesario modificarse, de acuerdo con el crecimiento y la evolución de la menor.
4. Evaluar el impacto de las decisiones tomadas, tanto en su esfera individual como colectiva, a corto, mediano y largo plazo.

5. Dar vistas a las autoridades correspondientes ante ausencias legislativas.
6. Diferenciar entre casos urgentes y no urgentes.
7. Analizar con mayor profundidad la votación disidente.
8. Percatarse de la ausencia del requisito de necesidad en la ponderación.

Por cuestión de metodología y dada su estrecha relación se abordarán de manera conjunta las observaciones 3 y 4, y de forma individual las restantes.

4.2.1 Análisis con perspectiva cultural.

Desde el inicio del procedimiento administrativo y posteriormente en el juicio de amparo, se tenía conocimiento que Clara, sus padres y su hermana pertenecían a una comunidad indígena, en específico a la etnia rarámuri, así fue destacado en los antecedentes de las sentencias emitidas por el Juez de Distrito y la Primera Sala.

Los rarámuris, mayormente conocidos como Tarahumaras, habitan en parte de la Sierra Madre Occidental que atraviesa el estado de Chihuahua y el suroeste de Durango y Sonora. Su religión está presente en las relaciones interpersonales, en la institución política del pueblo, en los valores morales, normas y costumbres que rigen a su sociedad (Insituto Nacional de Pueblos Indígenas, 2017).

De acuerdo con el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas de la SCJN es derecho de los indígenas acceder plenamente a la justicia que imparte el Estado. Derecho que es exigible a todos los juzgadores, magistrados y trabajadores administrativos del Poder Judicial de la Federación. El propio protocolo reconoce que:

“Históricamente las personas y pueblos indígenas han sido víctimas de procesos en los que no se consideran sus lenguas, sus especificidades culturales, ni su frecuente condición de marginación y exclusión social, lo que, en la mayor parte de las ocasiones, ha redundado en condenas injustas o excesivas, así como en el quebranto de las instituciones propias de los pueblos.” (SCJN, 2014, pág. 8).

La decisión tomada por la SCJN, no solo incide en la vida familiar de Clara, podría quebrantar su relación con su propia comunidad y sus propias instituciones dado que como se mencionó en la comunidad Rarámuri la religión es un pilar central que está presente no sólo en sus relaciones interpersonales, sino también en la vida política del pueblo, en sus valores morales, normas y costumbres.

La sentencia en estudio únicamente menciona en uno de los antecedentes que Clara y su familia pertenecían a la etnia Rarámuri. Asimismo, en el estudio de fondo estableció que no existían pruebas que permitieran concluir que la actuación del personal médico y de la Subprocuraduría se basara en prejuicios religiosos o étnicos sino en la necesidad de salvaguardar la vida de Clara. Sin embargo, en ningún momento tomó en cuenta dicha situación o se indicó que se juzgara con perspectiva intercultural, en especificó en las posibles consecuencias que pudiera tener en su vida diaria la aplicación de transfusiones sanguíneas y demás derivados en franca vulneración con la religión que profesa su familia y la comunidad indígena en la que habita.

En efecto, en el trámite del amparo en revisión no hubo un diálogo intercultural entre la SCJN y los padres de Clara, en ningún momento se tomó en cuenta un dictamen cultural o antropológico, que, como lo hemos mencionado, posiblemente no hubiera cambiado el sentido de su resolución, pero si hubiera sido útil para dimensionar las consecuencias de la decisión tomada y el impacto en la vida de Clara, tanto a nivel, personal, como familiar y en su comunidad. De esta manera, la Primera Sala hubiera estado en posibilidades de dimensionar las posibles repercusiones negativas de los efectos del fallo a corto, mediano y largo plazo y su impacto en la esfera individual, pero sobre todo en la colectiva, no sólo de Clara, sino también de su familia, para brindar una justicia integral que les diera la atención psicológica y demás herramientas útiles para afrontar las consecuencias y posibles rechazos tanto de sí misma, su familia o su propia comunidad.

La Primera Sala no analizó si el recibir y seguir recibiendo transfusiones sanguíneas pudiese generar un rechazo de la comunidad hacía Clara y su familia, dado lo importante que es para las comunidades indígenas la religión. Insisto no con la finalidad de cambiar el sentido del fallo, pero si para visualizar las posibles consecuencias y no dejar desprotegida a Clara y

su familia y poderles brindar las herramientas necesarias para sobrellevar su situación. ¿Cuáles pudieran ser estas medidas? La primera que pienso es apoyo psicológico, pero evidentemente esa idea parte de la visión que yo tengo de la vida. Sin embargo, tampoco sabemos si concuerda con las costumbres indígenas de la familia de Clara y si realmente le hubiese sido útil.

Lo que es evidente es que la Primera Sala no juzgó con perspectiva intercultural en contravención no sólo de su propio protocolo, sino de la CPEUM (Art. 2, inciso A, fracción VIII), de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Art. 40) y del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Art. 8.1).

4.2.2 Inclusión de equipo multidisciplinario y evaluación de consecuencias, repercusiones e impacto del fallo en la vida de Clara

La Observación General 14 de las Naciones Unidas señala que “los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente.” (observación pag. 20)

La Primera Sala fue omisa en tomar en cuenta la visión de un equipo interdisciplinario e intercultural de profesionales, no sólo en el tema médico como se destacó en el punto 4.1 de este capítulo o en el ámbito jurídico, si no desde el psicológico, sociológico, educativo, de trabajo social, que le permitieran analizar las posibles soluciones, incluyendo la tomada, y sus consecuencias en todos los ámbitos referidos.

Ello, con el primordial objetivo de poder prever posibles escenarios a los que se enfrentaría Clara y su familia, a raíz de la autorización del tratamiento médico que incluía transfusiones sanguíneas. Por ejemplo, ¿qué pasaría si la propia Clara se siente mal consigo mismo por haber recibido sangre, si siente que le falló a su Dios, o si esto lo siente su familia, sus amigos o su propia comunidad? ¿Existe la posibilidad de que la familia de Clara fuese rechazada o incluso hasta expulsada de su comunidad?

Se que a lo mejor muchas de las posibles consecuencias no se podrían evitar, pero si se pudo proporcionar herramientas psicológicas, una mayor protección o asesoría, de acuerdo

con sus costumbres indígenas, que le permitan a ella y a su familia, procesar y enfrentar todo lo que vivieron, no sólo la parte de padecer cáncer, también de fallar a su religión. Independientemente de que fueron obligados por una autoridad, es posible que los padres de Clara e incluso ella conforme vaya creciendo, crean que decepcionaron al Dios en el que creen y se sientan mal consigo mismos.

En esa tesitura, como lo mencionamos anteriormente, el representante especial de Clara designado por el Juez de Distrito señaló que la Subprocuraduría se había excedido en retirarle la custodia de las decisiones médicas, vulnerando con ello los derechos fundamentales de Clara y su familia relacionado son su dignidad, cultura y creencia religiosa. Dicha manifestación genera un fuerte indicio del impacto que pudiera ocasionar la autorización de más transfusiones sanguíneas en la vida de Clara y su familia, en específico, en su dignidad. Sin embargo, la Primera Sala fue omisa en implementar mecanismos, procedimientos o medidas alternas para acompañar y dar apoyo a la familia de Clara en ese proceso. Incluso, prever la posibilidad de si son rechazados o expulsados de su comunidad, puedan tener acompañamiento del Estado para reubicarse en una diversa donde puedan continuar con su vida sin ser estigmatizados o señalados por haber permitido, aunque fue contra su voluntad, las transfusiones sanguíneas a Clara y que peor aún para ellos, éstas se seguirían practicando durante la mayor parte del tratamiento.

4.2.3 Mecanismos para revisar la decisión tomada en el fallo.

El Comité de los Derechos del Niño ha sido enfático en señalar la importancia de establecer en las propias sentencias mecanismos para examinar la decisión tomada, ya que las decisiones definitivas e irreversibles, si bien en un inicio pueden ser idóneas, posteriormente conforme evolucionan las capacidades y madurez de la niñez y adolescencia pueden ya no serlo. La Primera Sala debió obligar a la Subprocuraduría para que estableciera mecanismos que permitieran evaluar, con cierta periodicidad, si persiste la idoneidad de que el Estado conserve la custodia en relación con el tratamiento médico de acuerdo con nuevas circunstancias que se susciten, así como, la edad, madurez y capacidades de Clara.

Los tratamientos médicos contra el cáncer en ocasiones duran varios años, incluso con posterioridad a su recuperación, en algunas ocasiones hay recaídas. Por otra parte, el transcurso del tiempo puede traer mayores avances científicos que permitieran garantizar a Clara un nuevo tratamiento sin necesidad de transfusiones sanguíneas, o incluso, estudios de tratamientos alternativos que acrediten su plena eficacia. ¿Por qué no darle esa oportunidad siempre y cuando no se ponga en riesgo su vida, ni su derecho al acceso al nivel más alto de salud posible?

Incluso, como lo destacó el ministro José Ramón Cossío Díaz, en su voto particular, uno de los derechos de Clara, es que se respete su autonomía progresiva y para ello, es importante existan mecanismo que evalúen la idoneidad de la decisión tomada conforme al crecimiento y desarrollo de la menor, evolución de su enfermedad y avances científicos de los tratamientos alternativos.

Una decisión tomada cuando Clara tenía seis años posiblemente no sea la mejor para cuando ella tenga doce o diecisiete años, por ello, es importante que existe una revisión periódica de la idoneidad de las medidas tomadas conforme progresa la autonomía de la menor.

4.2.4 Omisión de dar vista ante ausencias legislativas, reglamentarias y de protocolos.

En la sentencia emitida por el Juez de Distrito que concedió el amparo, entre otras cosas, se pronunció sobre la necesidad de dar vista a diversas autoridades al advertir posibles violaciones a derechos humanos ajenas a la controversia esencial materia del juicio de amparo presentado por la mamá de Clara.

En primer término, dio vista al Gobernador, Congreso y Presidente del Tribunal Superior de Justicia, todos del Estado de Chihuahua, de la siguiente manera:

“Para que en el ámbito de sus respectivas competencias, sometan a su consideración la posibilidad de que se regule de manera expresa (en las leyes que sean necesarias) el hecho de que cuando se presenten casos de urgencias médicas donde se vean involucrados derechos de menores de edad, sin representantes o que éstos se encuentren en conflicto

de intereses por la negativa de autorizar el suministro de algún tratamiento médico a favor del menor, se ponga en la recepción de asuntos urgentes (Juez Familiar o Civil), para que previas diligencias que se ordenen, se adopte la decisión correspondiente.” (2017, pág. 108)

Ello, al considerar que la vía idónea para resolver controversias en casos especiales, como lo es alguna urgencia médica y más si está involucrado un menor de edad, debería ser resuelto desde el ámbito jurisdiccional y no el administrativo. Esto es ante un Juez Familiar o Civil, y no por la Procuraduría y/o Subprocuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

De igual forma, dio vista al Gobernador del Estado de Chihuahua a fin de sugerirle la creación de uno o varios protocolos de actuación que aborden temas relacionados con la atención médica a personas de pueblos originarios, a pacientes con diversidad de creencias religiosas o aquellos donde se prevea el rechazo a las transfusiones sanguíneas, entre otros.

Sin embargo, la SCJN fue omisa en pronunciarse en relación con dicho tópico. Desaprovechando este emblemático caso, para impulsar a las autoridades e instancias competentes para legislar, reglamentar o emitir los protocolos correspondientes que prevean estas situaciones y establezcan parámetros o lineamientos que orienten el actuar de los doctores y de las instancias involucradas.

Asimismo, se establezcan procedimientos sumarios ante autoridades jurisdiccionales que respeten las formalidades esenciales y garantías del debido proceso, así como, la tutela del interés superior de la niñez, en los casos en que estén involucrados.

No pasa desapercibido que, en el caso en estudio, la Primera únicamente está facultada para dar vistas y no ordenar subsanar tales omisiones, por no ser éste al acto impugnado en el juicio de amparo. Lo cierto es, que el simple hecho de persistir con las vistas ordenadas por el Juez de Distrito, pondría en discusión pública e impulsaría la necesidad de implementar leyes, reglamentos y/o protocolos que prevean tales situaciones y busquen salvaguardar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de las partes involucradas.

4.2.5 Diferencia entre el carácter de no urgencia y urgencia.

El Juez de Distrito había concedido el amparo a la mamá de Clara para que, entre otras cosas, se respetará la voluntad de los padres de Clara de implementar tratamientos alternativos y únicamente en caso de ser “urgente o necesario” esto es, si los tratamientos alternativos fallaran y como último recurso, podrían implementarse transfusiones sanguíneas.

El Juez de Distrito hizo una diferencia, entre los casos de no urgencia y los de urgencia, y le brindaba una oportunidad a los tratamientos alternativos. Bajo mi óptica, era una decisión acertada que buscaba armonizar los derechos en colisión sin ocasionar tantas secuelas e impactos en la vida de Clara y su familia. Empero, en la decisión final de la Primera Sala se prescindió de esa diferencia y se optó por que se administraran a Clara las quimioterapias, con sus respectivas dosis de transfusiones sanguíneas, por considerar que era el tratamiento que le garantizaba con un mayor porcentaje su recuperación.

Sin embargo, como se destacó anteriormente, dicha determinación se realizó sin escuchar de peritos especialistas en medicina, en específico en quimioterapias y en el tratamiento alternativo propuesto. Esto es, sin tener a su alcance toda la información necesaria, actualizada y específica. En mi opinión, ese dictamen o el escuchar especialistas hubiera permitido analizar la viabilidad y factibilidad de la medida ordenada por el Juez Distrito.

Es de destacarse, que como lo mencionan los ministros José Ramón Cossío Díaz y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en sus respectivos votos, que en el primer proyecto de sentencia que se circuló para su discusión preveía diferencias supuestos de urgencia y de no urgencia en un intento de armonizar los derechos en pugna. Situación con la que la suscrita coincide, y que el dar oportunidad en casos no urgentes de intentar el tratamiento alternativo permitiría armonizar con las convicciones religiosas de la familia de Clara sin poner en riesgo su derecho a la salud. Creo que a partir de un enfoque integral y holístico se estaría dando prioridad también a su salud emocional y psicológica, no solo de Clara sino de toda su familia.

Los padres de Clara ya tuvieron que lidiar con las transfusiones sanguíneas que le practicaron a Clara cuando ingresó en un estado crítico al hospital y que, en ese momento, los médicos y la Subprocuraduría consideraron necesarias para poder estabilizarla. A pesar

de ello, la Primera Sala decidió someter a los Padres de Clara y a la propia menor, de nueva cuenta a ese proceso, ese momento de choque con sus convicciones religiosas, pero ahora incluso en casos no urgentes y sin darle una oportunidad a los tratamientos alternativos que proponen.

Para los Padres de Clara y ella debió ser complejo procesar la negativa a intentar esos tratamientos alternativos sin poner en riesgo su vida y más cuando pertenecen a una comunidad indígena, como que se mencionó, la religión es un pilar que está presente en sus relaciones interpersonales y en la vida política de su comunidad, en sus valores morales, normas y costumbres. Máxime que la propia madre, en sus agravios, señaló que desde su visión la vida no es un bien supremo y por encima de ésta se encuentra el derecho a la dignidad, el cual tiene un primer rango en el ejercicio de la libertad religiosa (2018, pág. 10). Es decir, para Luisa fallar a su religión atenta contra su propia dignidad.

Y pudiera parecer repetitivo, pero aunado a ello, hay que considerar que se debió juzgar con una perspectiva pluricultural, para entender lo grave que es para una persona indígena defraudar a su comunidad, instituciones y religión. Ello con el fin de sensibilizar y se tomara cuenta que el bienestar integral de la menor, no sólo se trata de salud física, sino también la emocional y psicológica. El autorizar tratamientos alternativos que permitan el cuerpo de Clara regenerar sus propias plaquetas sin necesidad de transfusiones sanguíneas cuando no exista riesgo le pudiera dar una mayor estabilidad física, emocional y psicológica a Clara y su familia. Al menos, sentirían que le están dando oportunidad de tratar el padecimiento de su hija sin vulnerar nuevamente sus creencias religiosas. Y que si las llegan a quebrantar es porque no tuvieron otras opciones, pero al menos sabrían que hicieron todo a su alcance para tratar de evitarlo.

4.2.6 Los votos disidentes

Cuando inicié el presente trabajo no leí los votos, particular y concurrentes emitidos, puesto que quería formarme mi propio criterio sin que éstos influyeran. Una vez que concluí el presente capítulo, los leí y agregué algunas consideraciones para robustecer mis

conclusiones. Algunos de los motivos de disenso que en su momento manifestaron los ministros coinciden con las conclusiones de esta investigación.

Sin embargo, al analizar los votos me percate que hubo tres ministros que no estuvieron de acuerdo con la no distinción entre los casos urgentes y los no urgentes. Si bien dos de ellos, lo señalaron en un voto que denominaron concurrente, y el tercero como voto particular, lo cierto es que, bajo mi perspectiva, hubo una mayoría de tres ministros que no estuvieron de acuerdo con la autorización de transfusiones sanguíneas en casos no urgentes. Por lo que, debió de existir un engrose en el que se hiciera una diferencia entre las medidas que se debían adoptarse en casos no urgentes y en los urgentes. Situación de suma gravedad y que no debería acontecer en nuestro máximo órgano jurisdiccional.

Previo a abordar lo manifestado en cada uno de los votos, es importante precisar que de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Amparo, las resoluciones de las Salas de la SCJN pueden aprobarse de dos formas: por unanimidad cuando todos las ministras o ministros presentes estén de acuerdo con el proyecto presentado, o por mayoría de votos, cuando uno o más de las ministras y ministros no lo apoyen. Empero, aunque no exista unanimidad, es indispensable que este aprobada por la mayoría de los ministros presentes en la sesión.

Incluso, el referido numeral señala que en los casos en que no haya mayoría de votos deberá turnarse el asunto a otra Ministra o Ministro, quien debe de tomar los argumentos vertidos en la discusión del proyecto. En caso de que persista el disenso con el nuevo proyecto, y no se logre una mayoría de los presentes, el Presidente de la SCJN, nombrará a una ministra o ministro de la otra Sala para que asista a la sesión y vote. Por último, cuando a pesar de la intervención de otro Ministro o Ministra tampoco hubiere mayoría, el presidente o presidenta de la Sala tendrá voto de calidad.

De igual forma es importante puntualizar que cuando un juzgador no está de acuerdo con las consideraciones o el sentido del proyecto, pueden emitir diferentes votos haciendo patente las razones de su disenso, mismos que se agregan al final de la sentencia, y se pueden clasificar de la siguiente forma:

- Voto particular: se realiza cuando se difiere del sentido de la decisión aprobada.

- Voto concurrente: se formula en aquellos casos en que se vota a favor del sentido de la sentencia, pero se difiere de la argumentación que sustentó la decisión.
- Voto aclaratorio o razonado: se utiliza cuando se coincide con el sentido y los argumentos de la sentencia, pero se pretende precisar cuestiones adicionales o agregar mayores argumentos.

Ahora bien, en el presente asunto, cuando se presentó el proyecto para su discusión estuvieron presentes los cinco ministros que integran la primera Sala, por lo que el mismo tendría que ser aprobado por el voto de tres. Al final del proyecto, se especificó que el mismo fue aprobado:

“por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó el derecho de formular voto concurrente, y Presidenta Norma Lucía Piña Hernández, quien se reservó el derecho de formular voto concurrente. Contra el emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz quien se reservó el derecho de formular voto particular.” (2018, pág. 74)

A simple vista, podríamos señalar que efectivamente fue aprobado por mayoría de cuatro votos, ya que tanto el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, se reservaron el derecho de formular votos concurrentes. Esto es, que estaban de acuerdo con el sentido del proyecto, pero consideraciones diversas.

Empero, al leer detenidamente los tres votos formulados, me percate que ninguno de los tres Ministros estuvo de acuerdo con que no se hiciera la distinción entre casos urgentes y casos no urgentes y se tomarán medidas diferentes para cada uno de ellos. Por ello, al menos en lo relativo a los casos no urgentes, no existió una mayoría de votos, por lo que a mi juicio, debió turnarse el asunto a uno de estos tres ministros, para que realizara un nuevo proyecto.

En el voto particular del Ministro José Ramón Cossío Díaz se advierte que no estuvo de acuerdo con todo el proyecto, por eso formuló su voto particular. En el mismo, expreso cinco motivos de disenso. En el primero de ellos y el que interesa en este apartado, indicó que no coincidía con la omisión de no distinguir entre los casos urgentes y no urgentes, ya que, bajo su consideración, en los casos no urgentes se debía seguir un trámite ante una instancia

jurisdiccional, y no la administrativa. En específico, consideró que debía ser procedimiento judicial sumario en el que rija el principio de contradicción y las formalidades esenciales del procedimiento.

Por su parte, el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena formuló un voto concurrente, por coincidir con el sentido del fallo, pero no estar de acuerdo con que la sentencia elimine los supuestos de urgencia y de no urgencia. Al eliminar dicha distinción, no se resuelve el tema de si una vez que la niña goce de una salud estable y sólo esté en proceso de recuperación sea posible optar por el tratamiento alternativo propuesto por los padres. Bajo su óptica, la sentencia debió prever dicho supuesto una vez que se supere la urgencia médica.

Por último, el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo precisó que en la sentencia se pueden distinguir implícitamente dos momentos, el primer relativo a cuando la menor se encuentre en un estado crítico y en riesgo de perder la vida. Mientras que el segundo, se refiere al tratamiento posterior que se debe seguir. El ministro considera que en este segundo momento, una vez superada la urgencia se debería dar la posibilidad de intentar el tratamiento alternativo, ya que con independencia de que ello es acorde a la libertad religiosa, estima que tampoco es algo que atente contra la salud de la menor. Habida cuenta que el tratamiento alternativo también se basa en estudios avalados por cierta parte de la comunidad médico-científica, que ha considerado que el uso de la eritropoyetina puede ser adecuado para combatir la enfermedad que padece Clara.

De lo anterior, es dable concluir que la decisión de no distinguir entre casos urgentes y no urgentes no fue compartida por la mayoría de los ministros, ya que sólo fue secundada por la ministra Norma Lucía Piña Hernández y el ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

No pasa desapercibido que el proyecto no aborda de forma separada el tratamiento a seguir en casos no urgentes, lo cierto es que engloba ambos supuestos, únicamente refiriéndose a tratamientos subsecuentes. Sin embargo, dicho criterio en realidad no fue compartido por la mayoría de los ministros, tal como quedó detallado en líneas que anteceden, ya que al menos tres de los cinco presentes optaban por realizar dicha diferencia.

Por ello, se evidencia que en ese tema en particular (tratamiento a seguir en casos no urgentes) no hubo consenso para sostener el criterio y la conclusión estampado en la

resolución. Y si bien, dos de los ministros formularon un voto que denominaron concurrente porque estaban de acuerdo con los resolutivos de la sentencia, lo cierto es que no estuvieron de acuerdo con la no distinción entre casos urgentes y no urgentes y como se debía proceder en éstos últimos.

En efecto, la decisión de que la Subprocuraduría continuará con la custodia médica de Clara para autorizar las transfusiones sanguíneas en cualquier momento de su tratamiento contra la leucemia fue cuestionada únicamente en el proceder en casos no urgentes, por los ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Por lo que es evidente, que en ese tópico no existió un consenso. La ministra Piña y el ministro Zaldívar compartieron dicho proceder. Por su parte, el ministro Cossío consideró que en casos no urgentes debían resolverse en un procedimiento judicial sumario que se rija por el principio de contradicción y las formalidades esenciales del procedimiento. Por su parte, los restantes ministros consideraron que se debía dar una oportunidad al tratamiento alternativo propuesto por los padres de Clara.

De lo anterior, se observa que los tres ministros, a pesar de la denominación de su voto, no comparten el proceder en casos no urgentes, sin embargo, ello erróneamente no fue plasmado en la resolución final. Situación, que a mi parecer, vulnera el principio de seguridad jurídica porque la votación en ese tópico específico incurre en una contradicción de técnica procesal en cuanto a la determinación de la votación.

La sentencia de la Primera Sala dice que “fue aprobada por mayoría de cuatro votos” pero al existir dos votos concurrentes y un voto particular que expresan un sentido diferente en la forma de proceder en casos no urgentes, se evidencia que en ese tópico no existió la mayoría de votos exigida por la Ley de Amparo. Un error lamentable que no debería de existir en nuestro máximo tribunal y que de haberse corregido, hubiere generado un cambio trascendental en la vida de Clara y su familia.

Capítulo 5. Conclusiones

La colisión de derechos es un tema sumamente complicado para los juzgadores- El tener que decidir qué derecho fundamental debe prevalecer sobre otro, restringiendo en cierta medida este último, no es un tema fácil de resolver. A mi juicio, por las razones ya detalladas, el ejercicio de ponderación realizado por la Primera Sala SCJN careció de los directrices marcadas por Robert Alexy y adoptadas en su propia jurisprudencia, ya que la medida adoptada para los casos no urgentes no reunió el requisito de necesidad ya que existía otro medio menos limitativo y que sacrifica en menor medida uno de los principios constitucionales en juego.

En efecto, la autorización del tratamiento alternativo cuando la salud de Clara estuviera estable y sin poner en riesgo su salud era una medida que, bajo mi óptica, permitía un equilibrio entre los derechos fundamentales en colisión, limitando en menor medida la libertad religiosa de la familia de Clara, pero cuidando su salud.

Concuerdo con la decisión tomada por el Juez de Distrito que diferenció los tratamientos a seguir en casos urgentes y no urgentes, sin embargo, estimo que la sentencia debió profundizar en la forma y procedimiento que determinaría cuando se estaría en un caso urgente y a partir de qué momento, se puede considerar que se pone en riesgo la vida de Clara. La sentencia es omisa en indicar quien sería la autoridad competente o grupo de médicos que determinaría en qué casos no está en riesgo la vida de Clara y por ello, podría utilizarse el tratamiento alternativo.

Esta sentencia deja un invaluable aprendizaje. Considero importante que, además de las jurisprudencias emitidas por la SCJN en materia de ponderación, debería emitirse algún protocolo que profundice más en el tema, para dar mayores herramientas a los impartidores de justicia cuando tienen que resolver algún caso de los denominados “difíciles” en los que colisionan uno o más derechos fundamentales y que no es tarea sencilla, elegir cuál debe limitarse.

De igual manera es importante que en todos los casos en que exista colisión de derechos fundamentales, se ejerza un control de convencionalidad de forma completa, en la que se tomen en cuenta no solo los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, si no

también las observaciones generales y recomendaciones emitidas por los órganos de las Naciones Unidas. En el caso, la Primera Sala fue omisa en tomar en cuenta algunas de las garantías procesales que el Comité de los Derechos del Niño considera necesarias para que realmente prevalezca el interés superior de la niñez en la Observación General 14.

En efecto, las observaciones generales forman parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, y si bien no son obligatorias, éstas fijan el alcance y contenido de las obligaciones adquiridas por los Estados en los tratados internacionales que si son vinculantes.

Es importante, que cuando los órganos jurisdiccionales ponderen entre dos o más derechos fundamentales, además de atender las circunstancias particulares de cada caso, tomen en cuenta todo el contexto que rodea a los infantes involucrados, sobre todo cuando pertenecen a una comunidad indígena. Debería ser indispensable analizar y dimensionar las posibles implicaciones y consecuencias de los fallos en la vida de los menores y su familia, para implementar los mecanismos necesarios, para que, dentro de su cosmovisión, su dignidad no se vea afectada y en caso de que esto no sea posible, se proporcionen herramientas para apoyarlos a transitar en momentos difíciles, por ejemplo, el riesgo inminente al ser expulsados de su propia comunidad.

De igual forma, es necesario que los órganos jurisdiccionales cuenten con equipos multidisciplinarios e interculturales en diversas ramas, como psicólogos, sociólogos, educadores y trabajadores sociales, que le proporcionen al juzgador las herramientas necesarias para poder tener una visión completa del contexto en el caso a juzgar. En específico, cuando se trata de temas en los que estén involucrados derechos de personas indígenas debe de recabarse testimonios o pruebas periciales que permitan comprender la cosmovisión de cada comunidad. Continúan jueces con una perspectiva “occidental” juzgando conflictos de comunidades indígenas sin contar con las herramientas que les permitan comprender la vida de acuerdo a sus usos y costumbres.

Sin lugar a duda, la SCJN ha realizado grandes avances por la protección de los derechos fundamentales de las personas, sin embargo, es importante que continúen las capacitaciones para la aplicación de los propios protocolos que ha emitido y para que el control de

convencionalidad cada vez sea más completo, en el que se tomen en cuenta, además de los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, las recomendaciones y observaciones generales emitidas por los órganos de las Naciones Unidas.

Asimismo, las universidades deben incluir más asignaturas de preparación a los futuros litigantes o juzgadores a dominar el Derecho internacional de los derechos humanos y técnicas que les enseñen los métodos de ponderación, como el test de proporcionalidad, la interpretación conforme y el escrutinio judicial.

Referencias

- Amparo Indirecto 744/2017-V (Juez Octavo de Distrito en el Estado de Chihuahua 12 de julio de 2017).
- Amparo en revisión 1049/2017 (Primera Sala de la SCJN 15 de agosto de 2018). Obtenido de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=224201>
- Aguilar Camín, H. (2017). El Espíritu de las Leyes Mexicanas. *Nexos*, 27-30.
- Alexy, R. (2003). Sobre la estructura de los principios jurídicos. En R. Alexy, *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de www.amazon.mx
- Alexy, R. (2011). Teoría de Argumentación y Resolución de Conflictos entre Derechos Fundamentales. Conferencia en el VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá, Colombia. Recuperado el 26 de mayo de 2019, de https://www.youtube.com/watch?v=t_pd0FvF6vM&t=930s
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *La Declaración de los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28281.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1981, 25 de noviembre). *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989, 20 de noviembre). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Obtenido de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (1789, 26 de agosto). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Obtenido de <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948>.
- Atienza, M., & García Amado, J. A. (2017). Ponencia-contra-Ponencia "Principios y ponderación" en la IV Edición Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución. (U. d. Mancha., Ed.) La Mancha, España. Recuperado el 21 de mayo de 2019, de <https://www.youtube.com/watch?v=JoJTqjaOk5Q&t=3539s>
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2016). *Las Piezas del Derecho*. Ciudad de México: Planeta.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la Ponderación. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 26, 225-238. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Comité de los Derechos del Niño. (2003). *Observación General No. 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11
- Comité de los Derechos del Niño. (2005). *Observación General No. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible*. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11
- Conferencia Sanitaria Internacional. (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Nueva York. Obtenido de <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf>
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2000). *Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Dworkin, R. (2014). ¿Es el Derecho un Sistema de Normas? En R. Dworkin, *La Filosofía del Derecho* (págs. 107-159). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Enciclopedia del Holocausto*. (02 de Febrero de 2022). Obtenido de Introducción al Holocausto : <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/introduction-to-the-holocaust>
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Roma: Editorial Trotta .
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 17, 31-46. Recuperado el 25 de Abril de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=173408>
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 15-53. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Flores Manzano, N. D. (febrero de 2019). La Calidad de los Vínculos Familiares y su Relación con Problemas de Escolarización en Niños de Educación Básica. ¿Problemas de Límites, en la Legalidad, o de Pensamiento? En *El Papel de la Psicología en la Impartición de la Justicia* (Vol. Serie 29 Justicia y Derecho). Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.
- Guastini, R. (2003). La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 49-73). Madrid, España: Trotta.
- Gustavikno, E. P. (1987). *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia*. (2da. ed.). Argentina: Bibliográfica Omeba.
- H. Congreso de la Unión. (1917, 5 de febrero). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

- H. Congreso de la Unión. (1995, 11 de mayo). *Ley Reglamentaria de las fracciones I Y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_Reglamentaria_de_las_fracciones_I_y_II_del_Articulo_105.pdf
- H. Congreso de la Unión. (2008, 30 de mayo). *Ley General para el Control del Tabaco*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCT.pdf>
- H. Congreso de la Unión. (2013, 2 de abril). *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>
- Instituto Nacional de Pueblos Indígenas. (2017). *Etnografía del Pueblo Tarahumara (Rarámuri)*. Recuperado el 4 de junio de 2022, de <https://www.gob.mx/inpi/articulos/etnografia-del-pueblo-tarahumara-raramuri>
- IX Conferencia Internacional Americana. (1948, 2 de mayo). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Lopera Mesa, G. P. (2004). Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimización. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 27. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.08>
- Olica Gómez, E., & Villa Guardiola, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, No. 10(1), 11-20.
- Olmedo Bustos y Otros vs. Chile, Serie C No. 73 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de Febrero de 2001). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Ortega García, R. (2013). La Constitucionalización del Derecho en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 137, 601-646. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2013.137>
- Peces-Barba, G. (2002). *Textos básicos sobre Derechos Humanos*. España: Universidad Complutense de Madrid .
- Peces-Barba, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. España: Dykson.

- Pleno de la SCJN. (2014). Tesis P. I/2014. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, página 273. Registro digital 2005521.
- Poder Ejecutivo del Estado de Michoacán. (2002, 31 de diciembre). *Reglamento de la Ley de Tránsito y Vialidad del Estado de Michoacán*. Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo. Obtenido de <http://congresomich.gob.mx/file/Reglamento-de-la-Ley-de-Tr%C3%A1nsito-y-Vialidad-del-Estado-de-Michoac%C3%A1n.pdf>
- Primera Sala de la SCJN. (2005). Jurisprudencia 1a/J. 191/2005. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, Mayo de 2006, página 167. Registro Digital 175053.
- Primera Sala de la SCJN. (2008). Tesis: 1a. LXV/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVIII, Julio de 2008, página 457. Registro digital: 169316.
- Primera Sala de la Scjn. (2016). Tesis 1a. CCLXIII/2016. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 915. Registro digital 2013156.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23a ed.). Obtenido de <https://dle.rae.es/ponderar>
- Ródenas, A. (2015). Normas Regulativas: Principios y reglas. En D. González Lagier, *Conceptos Básicos del Derecho*. (págs. 15-25). Madrid, España: Marcial Pons.
- Rousseau, J.-J. (2008). *El Contrato Social*. España: Maxtor Libreri.
- Salazar Ugarte, P. (2012). Camino a la democracia constitucional en México. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, No. 36, 189-205. Recuperado el 28 de abril de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7136055>
- Sánchez Cano, J. (1998). Respuestas sobre los derechos humanos cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. *Servicio de Documentación y Difusión de la Asociación para las Naciones Unidas en España*.
- SCJN. (2014). Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas. México: SCJN. Recuperado el 15 de marzo de 2022, de https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_indigenas.pdf
- SCJN. (2015). Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. 2da. Ed. SCJN. Recuperado el 25 de Agosto de 2019, de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero>

- SCJN. (2018). *Comunicado de Prensa 015/2018*. Ciudad de México. Recuperado el 24 de abril de 2019, de <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=4658>
- SCJN. (2021). *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia*. Ciudad de México: SCJN. Obtenido de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-02/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20Infancia%20y%20Adolescencia.pdf>
- Segunda Sala de la SCJN. (2019). Jurisprudencia 2a./J. 10/2019. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 838. Registro digital 2019276.
- Segunda Sala del SCJN. (2014). Tesis: 2a. CVIII/2014. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, página 1192. Registro digital: 2007938.
- Silva Meza, J. N. (2012). El Impacto de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos en la Labor Jurisdiccional en México. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 151-172). Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. Recuperado el 15 de noviembre de 2019, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3982/3498>
- Sociedad de Naciones. (1924). *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28281.pdf>
- Soto Morales, C. A. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, a la luz de la teoría de Riccardo Guastini. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial*, No. 15, 193-209. Recuperado el 28 de Abril de 2019 , de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/32055/29048>