

6. La educación de los hijos

Las soluciones jurisprudenciales del *get* y el *mahr* en los países del continente americano demuestran cómo la esfera pública, por una parte, se limita frente a las reglas religiosas y, por otra, cómo intenta conducir las hacia una vía propiamente secular, manteniendo en el fondo cierto grado de ambigüedad que se sitúa entre la neutralidad y la incorporación de reglas *extra ordinem*. Consideraciones similares pueden encontrarse en otro ámbito, que corresponde al derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propios usos, tradiciones y normas religiosas.

Sin lugar a dudas, dicha esfera da lugar a consideraciones profundas, porque en este caso interviene inevitablemente la figura del menor de edad que, no obstante estar sometido a la patria potestad, es una persona con una identidad personal propia que progresivamente ha sido tutelada por el ordenamiento positivo. Entre las *exemptions* más controvertidas podemos destacar las relativas a la educación y al tratamiento sanitario de los menores.

Por cuanto concierne al primer punto, algunas comunidades religiosas, en observancia a su credo fundado en una interpretación literal de la Biblia y en el rechazo al desarrollo tecnológico, consideran que recibir educación obligatoria después de los catorce años de edad puede influir negativamente en la formación de los menores, al favorecer su alejamiento de las comunidades u orientándolos hacia estilos de vida incompatibles con la vida comunitaria. En este sentido se encuentran las leyes de educación de Pensilvania, *Pennsylvania Public School Code*, y de Iowa, *Iowa Code, Compulsory Education*, que contemplan la exención

46 / Eleonora Ceccherini

de la obligación escolar a los mayores de quince años que trabajen en el ámbito doméstico o agrícola.

Sin embargo, es importante recordar que dichos actos legislativos fueron derogados mediante una sentencia muy importante de la Corte Suprema que precisó algunos aspectos relativos a la legitimidad de las *exemptions* en el ámbito de la libertad religiosa. En el *leading case Wisconsin v. Yoder*,⁸⁴ los jueces reconocieron a los *Amish* la posibilidad de eximir a sus hijos de la educación obligatoria a partir del octavo grado (catorce años de edad), aceptando que la presencia de los *Amish* en escuelas que no tienen un carácter religioso podría tener un efecto negativo en su formación. Los padres de los menores sostuvieron que como la educación impartida en las escuelas públicas se basa en: “intellectual and scientific accomplishments, self-distinction, competitiveness, worldly success and social life with other students”, no son coherentes con los valores de su fe.

Además, llevar a término todo el ciclo escolar —a juicio de los recurrentes— alejaba a sus hijos de la comunidad en un momento, la adolescencia, en el que deben aprender las bases del trabajo manual necesario para prepararse para la vida rural de la comunidad. Todo esto puede causar su distanciamiento de su congregación y, por lo tanto, debilitar, en los hechos, su estabilidad y sus presupuestos teológicos, que están basados en costumbres de vida muy peculiares y que sólo pueden ser preservadas al interior de una vida comunitaria. Los jueces del órgano supremo confirmaron, por tanto, la necesidad de legitimar una excepción a la regla general, reconociendo implícitamente que la existencia de la misma secta —y por tanto de la libertad religiosa de sus fieles— podría estar en peligro, por lo que la aplicación de un trato diferenciado constituye una herramienta imprescindible para su propia existencia.⁸⁵

⁸⁴ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

⁸⁵ Piciocchi, C., *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padua, 2006, pp. 42 y ss.; Mc Connel, M. W. et al., *Religion and Constitution*, Nueva York, 2006, p. 133.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 47

El tribunal supremo negó que el Estado tuviera plena competencia para adoptar un sistema normativo de educación obligatoria con la finalidad de preparar “the child for life” y de defenderlos de la ignorancia, pero también precisó que la función del Estado para dictar normas generales en materia de educación no está “totally free from a balancing process when it impinged on fundamental rights and interests, such as those specifically protected by the Free Exercise Clause of the First Amendment” (at. 214).

Por tanto, ha sido aceptado que ante la ausencia de un *compelling interest* del Estado para imponer la educación obligatoria a todos los menores de edad, puesto que la formación suministrada hasta los catorce años de edad es suficiente para evitar un peligro de daño a los menores y, al mismo tiempo, dado que los valores transmitidos por la comunidad *Amish*, a pesar de tener fundamentos distintos a los de las escuelas seculares, no son antitéticos a los aprendidos por sus coetáneos, la formación al interior de ese grupo religioso puede ser compatible con la educación pública.

Desde esta perspectiva, entonces, el *compelling interest* de las instituciones públicas para organizar un ciclo de enseñanza obligatoria ha sido reafirmado, pero conciliándolo con la libertad religiosa reconocida en la Primera Enmienda. También en este caso, como ha sucedido en otros ordenamientos, presenciamos la afirmación de una *reasonable accommodation*, en la cual no se niega la validez de la regla general, pero se invoca una excepción en presencia de casos concretos bien definidos y sobre todo circunscritos. En este pronunciamiento se afrontó la cuestión orientada a determinar si el reconocimiento de tal *exemption* a los *Amish* no contradecía el interés superior del menor, puesto que la elección del tipo de educación de un hijo es una decisión unilateral de los padres.

El tribunal, por votación mayoritaria —diría de manera oportuna—, subrayó que tal decisión no puede ser efectuada de manera subsidiaria por el Estado, ya que, de lo contrario, los poderes

48 / Eleonora Ceccherini

públicos tendrían que verificar si todos los padres han orientado a su prole hacia el tipo de educación de su elección: en caso contrario, se verificaría una discriminación precisamente basada en la religión.

El derecho de los padres fue confirmado posteriormente por la jurisprudencia estadounidense en el caso *City of Boerne Petitioner v. Flores, Archbishop of San Antonio*,⁸⁶ afirmando, en relación con el precedente *Wisconsin v. Yoder*: “That case implicated not only the right to the free exercise of religion but also the right of parents to control their children’s education”.

Además, la argumentación de la Corte para legitimar el retiro de los menores de edad *Amish* se basa en el hecho de que la regla de educación obligatoria —por sí misma neutral— se vuelve coercitiva para aquella minoría particular y tendría consecuencias perniciosas para la comunidad y, sobre todo, influenciaría en la orientación religiosa de esas personas.

Como se observa, nos encontramos entre Scilla y Cariddi porque por una parte se apela al derecho del principio de neutralidad del Estado ante la religión, ya que no sería admisible valorar solamente las decisiones religiosamente orientadas de los padres; pero, por otra, la aplicación imparcial de la regla de la educación obligatoria para todos los menores de edad, prescindiendo de sus orientaciones religiosas, corre el riesgo de ser también discriminatoria porque representa un *adversal impact* mayor para los *Amish*.

El interés superior del menor —a juicio de la Suprema Corte— no se lesiona cuando se permite que no se concluya el ciclo escolar, porque el ordenamiento reconocería una especie de relación funcional entre los valores educativos impartidos en la comunidad y los valores civiles transmitidos en las escuelas públicas, configurando una especie de subsidiariedad entre la esfera secular y la religiosa.

⁸⁶ *City of Boerne Petitioner v. Flores, Archbishop of San Antonio and United States*, 521 U.S. 507 (1997).

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 49

De manera similar, en España, el Tribunal Constitucional⁸⁷ decidió en un *amparo* que no era contrario al artículo 27 de la Constitución, en el que se contempla el derecho de educación de los menores, que la instrucción se impartiera fuera del circuito público reconocido. El caso surgió cuando ante una orden mediante la cual se revocó la patria potestad a unos padres pertenecientes a la secta de los Niños de Dios, porque el ciclo escolar se impartía en la comunidad religiosa para no contaminar a los niños con el ambiente externo.⁸⁸

En ambos casos, las instituciones públicas no argumentaron de manera suficiente la existencia de una lesión a los derechos de los menores, a los cuales se les seguía enseñando un camino de secularización, y sobre todo se reconoce un derecho de los padres para educar a sus propios hijos de acuerdo con su orientación religiosa.

Sin embargo, esta cuestión también puede afrontarse desde otro punto de vista, que coloca el *focus* sólo y exclusivamente sobre el interés del menor, que podría verse lesionado si las decisiones de los padres tienen consecuencias irreversibles en virtud de que la exclusión del circuito formativo podría constituir un obstáculo para su integración plena en la sociedad mayoritaria.

El punto es recogido en la sentencia de la Suprema Corte canadiense: *S. L. v. Commission scolaire des Chênes*,⁸⁹ relativa a los programas educativos de la escuela pública. En 2008, en las escuelas de Quebec se hizo obligatorio un programa, denominado *Ethics and Religious Culture (“ERC”) Program*, que sustituye las enseñanzas de religión, moral católica y protestante.

Los padres de dos alumnos, considerándolo incompatible con sus propias creencias, solicitaron al consejo escolar una exención a la asistencia del curso, recibiendo una negativa como respuesta. El juicio, que llegó hasta la Suprema Corte, no admitió las peticiones de los recurrentes, que se quejaban de una violación a la

⁸⁷ *STC*, 3 de octubre de 1994, n. 260.

⁸⁸ Guazzarotti, A., *op. cit.*, p. 137, en particular la nota 104.

⁸⁹ *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7.

50 / Eleonora Ceccherini

sección 2 de la Carta de los Derechos y Libertades, por considerar que los cursos que tenían como objetivo presentar los fundamentos de las religiones constituían una especie de adoctrinamiento y provocaban un distanciamiento de los menores de edad de la fe cristiana de la familia.

En cambio, los jueces afirmaron que:

Exposing children to a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them does not constitute an indoctrination of students that would infringe the freedom of religion of L and J. Furthermore, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education.

El órgano jurisdiccional precisó que para configurar una lesión a la libertad religiosa de los padres —que no podrían impartir adecuadamente sus propias enseñanzas religiosas a sus hijos— debe haber un nexo causal preciso entre la asistencia a las lecciones y sus programas educativos religiosos. Según se advierte en la sentencia, el curso consta de un programa de enseñanza ética, orientado a representar los desafíos de las sociedades contemporáneas (por ejemplo, la bioética), y uno de carácter religioso, en el que se da cuenta de la relevancia del fenómeno confesional *tout court* en la construcción de los Estados modernos, por lo tanto, no puede considerarse un acto de proselitismo. El temor expresado por los padres era que las lecciones de la escuela pudieran generar cierta desorientación en la fe de sus hijos al constatar la existencia de un pluralismo religioso y de conciencia, lo que no constituía un argumento razonable. Por el contrario, según los jueces:

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 51

The cognitive dissonance that results from such encounters is simply a part of living in a diverse society. It is also a part of growing up. Through such experiences, children come to realize that not all of their values are shared by others. Exposure to some cognitive dissonance is arguably necessary if children are to be taught what tolerance itself involves.[40] Parents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(a) of the Canadian Charter and of s. 3 of the Quebec Charter.

En este párrafo se vislumbra la afirmación plena de la existencia de un valor agregado en una educación neutral, abierta y plural que contribuiría a implementar una sociedad libre y democrática y favorecería la tolerancia. En esta sentencia, el Poder Judicial parece trazar una división entre la dimensión familiar privada —que puede estar religiosamente orientada— y la pública, en la cual debe evitarse cualquier imposición unilateral y que se caracteriza por un deber de promoción de la tolerancia, que no se ve alimentada por la ortodoxia religiosa.

En la sentencia no se menciona de manera explícita pero, en las palabras del redactor, se prefigura un *compelling interest* del Estado (parafraseando las palabras de la Corte Suprema estadounidense) que favorece la penetración del espíritu de tolerancia en las sociedades pluri-religiosas. Tal deber de los poderes públicos parece proyectarse en los contenidos del interés superior del menor, replanteando la cuestión que el magistrado Gimeno Sendra, en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 260 de 1994 (véase *supra*), plantea en su opinión disidente:

52 / Eleonora Ceccherini

...el presente recurso de amparo plantea el novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación... o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización.

El interés del menor emerge de una manera más contundente cuando el valor que se pone en juego es el de la salud. Los adultos, en relación con los tratamientos sanitarios, pueden manifestar su consenso antes de ser sometidos a un tratamiento; de hecho, la legislación italiana —por ejemplo— no solamente exige una aceptación general de las terapias, sino que también demanda que la misma sea el resultado de una decisión consciente, tan es así que se habla de un consenso informado. Ello impone a los servicios de salud la obligación de informar a los pacientes, ya que ellos tienen garantizada la máxima autodeterminación terapéutica.

En el caso de los menores de edad, la cuestión adopta particularidades especiales, ya que es posible que en torno a su persona exista un conflicto, por un lado, entre sus padres, que tienen una determinada visión cultural y religiosa del mundo y que pueden imponerla en virtud del derecho/deber que tienen como educadores de sus hijos y, por el otro, las autoridades públicas, que deben garantizar el interés superior del menor aun en contra de las directrices de su vida familiar. También en este caso la frontera entre la esfera religiosa y el ámbito escolar puede ser fuente de conflictos.

El tema del tratamiento médico a los menores de edad constituye un ámbito muy resbaloso para el que no existe una respuesta legal y jurisprudencial sólida en la mayoría de los ordenamientos. Con la finalidad de identificar algunas coordenadas de referencia resulta útil plantear una dicotomía entre las intervenciones médicas necesarias para salvar la vida y aquellas que son

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 53

propia mente terapéuticas. No creo que esta distinción tenga un sentido especial cuando se analiza el tema de la identidad religiosa, pero en la jurisprudencia comparada se ha consolidado la idea de que la vida de los menores es un bien absoluto que no se encuentra a disposición de la voluntad de sus padres porque éstos no tienen ningún margen de decisión en este ámbito.

En otras palabras, cuando se encuentra en riesgo la vida de los menores se activaría una veta paternalista del Estado que, si bien reconoce la potestad de los progenitores, considera que ésta debe limitarse por razones de interés público. El poder público actuaría, entonces, de manera subsidiaria como *parens patriae*,⁹⁰ como depositario y árbitro del bien común que prevalece sobre la libertad individual y sobre la *privacy* familiar: “The right to practice religion freely does not include liberty to expose the community or child to communicable disease or the latter to ill health or death”.⁹¹

Estas son las palabras de la sentencia *Commonwealth v. Barnhart* de la Corte Suprema de Pensilvania que impone una condena por *involuntary manslaughter* a los padres de un niño enfermo de cáncer al que no se le suministraron medicamentos por razones de índole religiosa.⁹²

Un elemento valorativo para llegar a la definición del caso fue la edad del menor, que tenía solamente 2 años y siete meses, con lo que era evidente su incapacidad para adoptar decisiones de manera autónoma que atañeran a su persona. La edad, entonces,

⁹⁰ Con base en esta doctrina, el Estado actúa como protector de los menores ante los abusos y abandonos. Sobre los fundamentos de esta doctrina: AREEN, J., “Intervention between Parent and Child: A Reappraisal of the State’s Role in Child Neglect and Abuses Cases”, *Georgia Law Journal*, núm. 63, 1975, pp. 887 y ss.

⁹¹ *Commonwealth v. Barnhart* (345 Pa. Super. 10, 497 A. 2d 616 (1985)). En esta sentencia, los padres fueron condenados por *involuntary manslaughter*, ya que habían negado tratamientos médicos para su hijo enfermo de cáncer por razones religiosas.

⁹² Los padres era fieles de la *Faith Tabernacle Church*. Sobre este caso *ex multis*, Kearney, D. J., “Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child’s Death – Involuntary Manslaughter in Pennsylvania”, *Dickinson Law Review*, núm. 90, 1985-1986, pp. 861 y ss.

54 / Eleonora Ceccherini

faculta a los poderes del Estado para establecer la responsabilidad que tienen los padres de acudir a un médico.

Más controvertido es el caso que resolvió la Corte Suprema de Canadá sobre una niña de diez años que había manifestado sus preferencias ante el suministro de medicamentos. Es cierto que, en ese caso, la minoría de edad de la niña orientaba la decisión judicial en una dirección consolidada; sin embargo, el tribunal no evadió la tarea de definir un *test* para decidir el *an* y el *quo-modo* en el que debía escucharse a la menor.

La cuestión —*A. C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*⁹³— se refería a la legitimidad de una disposición legislativa (sección 25(8)) del *Manitoba Child and Family Services Act* que permite a los jueces emitir un decreto para imponer a los menores de dieciséis años un tratamiento médico considerado necesario para el interés superior del menor. Los demandantes reclamaban la inconstitucionalidad del acto normativo por ser violatorio de los derechos contenidos en los numerales 2(a) (libertad religiosa), 7 (libertad individual) y 15(1) (discriminación basada en la edad) de la Carta de los Derechos y Libertades.

Los hechos se originan con la recuperación hospitalaria de una niña Testigo de Jehová de 10 años y 10 meses que, a juicio de los médicos, requería de una transfusión de sangre. La paciente, sin embargo, había firmado una manifestación de voluntad anticipada (*advance medical directive*) en la que había expresado que era su voluntad no someterse a transfusiones de sangre por razones religiosas. En la medida en la que sus condiciones de salud se deterioraban, la institución hospitalaria llevó el caso al director del *Child and Family Services*, quien solicitó una intervención judicial para autorizar a los médicos a realizar la transfusión sanguínea, incluso en contra de la voluntad de la paciente y de sus padres. La decisión favorable de los jueces se basaba en el hecho de que el consenso sobre un tratamiento debe recabarse

⁹³ *A. C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)* [2009] 2 S. C. R. 181. Sobre esta sentencia puede consultarse: Ceccherini, E., "La giurisprudenza della corte suprema del Canada 2008-2009", *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 5, 2010, pp. 4256 y ss.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 55

de los mayores de dieciséis años; mientras que en el caso de los menores no existen límites para la intervención judicial, que debe actuar considerando el interés superior del menor.

Los padres recurrieron la decisión judicial que autorizaba la transfusión sosteniendo que la disposición 28 (2) de la ley consentía la intervención del Poder Judicial sólo en el caso de que el menor no tuviera plena capacidad para decidir; supuesto inexistente en el caso, como lo demostraba un estudio psiquiátrico practicado a la niña.

La Suprema Corte no aceptó la argumentación de las partes recurrentes y en el *incipit* de su análisis delineó las —muy amplias— fuentes de su decisión: la legislación, la *Common Law* relativa a las intervenciones médicas, las fuentes del ordenamiento internacional y la literatura jurídica y científica.

Desde un punto de vista legal, la cuestión gira en torno a la interpretación de la ley que establece que el juez puede autorizar que se practique una intervención médica a un menor, considerando el que considera que es su interés superior. La intervención judicial se admite también en el caso de los menores emancipados si se demuestra que son incapaces de adoptar una decisión o de comprender cuáles son las consecuencias de su rechazo al tratamiento.

Por lo que se refiere a los menores de edad, la Corte constata una mutación en la *Common Law* que ha abandonado la tesis de que todos los menores carecen de capacidades decisionales porque se les reconoce un cierto grado de autodeterminación, definiéndolos como *mature minors*.⁹⁴

Al terminar esta reconstrucción, el núcleo del razonamiento se centra en la definición del “interés superior del menor”, que

⁹⁴ La doctrina del menor emancipado fue definida por primera vez por la *House of Lords*, en la sentencia *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All. E. R. 402, en donde se admite que los menores pueden expresar sus preferencias en materia de tratamientos médicos y farmacológicos. Sobre este *leading case* en el Reino Unido y en los países del *Common Law* véase *ex multis*: Bridgeman, J., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, en particular pp. 100 y ss.

56 / Eleonora Ceccherini

constituye el parámetro para determinar la autorización de la intervención judicial. La *Justice* Abella llegó a la conclusión de que la voluntad del menor debe respetarse, siempre y cuando demuestre su madurez, capacidad para decidir y autonomía de juicio. Sin embargo, la determinación de estas condiciones no puede ser definida *a priori* sino que debe determinarse caso por caso. Con la finalidad de evitar una ampliación de la discrecionalidad judicial se recomienda realizar el escrutinio con el máximo rigor y respeto, proponiendo un *test* específico que consta de los siguientes pasos:

- 1) ¿Cuál es la naturaleza, el objetivo, y la utilidad del tratamiento que se sugiere y cuáles son los riesgos y beneficios?
- 2) ¿El adolescente demuestra capacidad intelectual para comprender las informaciones que se le brindan y puede entender sus posibles consecuencias?
- 3) ¿Los valores y las creencias expresadas por el adolescente pueden considerarse razonablemente sólidas y sinceras?
- 4) ¿Cuál es su impacto potencial sobre la capacidad de juicio del estilo de vida del menor, de las relaciones familiares y del contexto social en el que vive?
- 5) ¿Existen malestares emocionales o psiquiátricos?
- 6) ¿Las condiciones de salud inciden en la capacidad para adoptar decisiones?
- 7) ¿Otras personas, como maestros o médicos, pueden contribuir a delinear la personalidad del adolescente?

Las consecuencias del razonamiento permiten desestimar las objeciones que cuestionan la constitucionalidad de la norma provincial, que no violaría ni la libertad religiosa ni la libertad individual, ni constituiría una discriminación indebida fundada en la edad porque establece el límite de los dieciséis años para delimitar el respeto a la voluntad anticipada. De hecho, el legislador generalmente se orienta hacia el respeto de la voluntad de los menores de dieciséis años, reservando para el juez un margen de apreciación que le permita valorar cuál es el grado de madu-

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 57

rez del adolescente. Si éste no se considera suficiente, el Estado puede actuar para proteger el interés superior del menor.⁹⁵

Los problemas surgen *prima facie* cuando se realiza una lectura de la sentencia de la Suprema Corte canadiense y ello invita a realizar algunas reflexiones.

En primer lugar, tenemos que no se excluye de manera apriorística la voluntad del menor en el ámbito de las decisiones sanitarias que lo involucran. Esto demuestra un cambio radical con relación al pasado, en el que los niños eran considerados objeto de tutela y destinatarios mudos de las curaciones. En este cambio de perspectiva es muy relevante la influencia de las fuentes internacionales que de manera progresiva han otorgado a los menores las características indefectibles de persona.⁹⁶ Por otro

⁹⁵ En una posición opuesta, el juez Binnie sostiene que la definición del menor interés para el menor no es otra cosa que lo que en su mayoría de edad consideraría sabio y correcto. La Carta de los Derechos y Libertades sería el bastión del pensamiento dominante en un momento histórico determinado, pero este argumento traicionaría la *ratio* inspiradora del documento constitucional. Desde esta perspectiva, se afirma que la legislación objeto del recurso tiene como efecto el de violar la libertad religiosa de los particulares y lesionar su esfera de autonomía personal, y estas limitaciones a los derechos no estarían justificadas en una sociedad libre y democrática.

Como en el caso anterior, las motivaciones son muy amplias y articuladas y dan testimonio de la complejidad de los temas que se resuelven mediante una opinión mayoritaria, una concurrente y un voto particular del juez Binnie. Además, la Corte resuelve haciendo una amplia referencia a la jurisprudencia extranjera, a las fuentes del derecho internacional y a la literatura científica.

⁹⁶ Con la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 1989 se activó un proceso gradual de reconocimiento de la voluntad del niño que, aunque no se refiere al ámbito sanitario, ha aportado elementos de reflexión válidos, al contemplar que: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (artículo 12 CDN). En el mismo sentido, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Estrasburgo, 1996, ratificada en Italia en la Ley núm. 77 del 20 de marzo de 2003) establece que el niño, considerado como un sujeto capaz, debe ser escuchado en los juicios en los que esté en juego su propio interés (artículo 3o.). En el ámbito médico se

58 / Eleonora Ceccherini

lado, también en el ordenamiento italiano, después de una lectura de las disposiciones constitucionales, en particular de los artículos 13 y 32 constitucionales, es posible configurar un derecho de los menores a participar en la adopción de las decisiones que tienen relación con su bienestar psicofísico.⁹⁷

cuenta el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Carta de Oviedo, de 1997, ratificada en Italia con la Ley núm. 145 de 2001) —retomada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000— que señala que: "Cuando, en los términos de la ley, un niño no sea capaz de manifestar su consentimiento para una intervención médica, ésta no puede realizarse sin la autorización de su representante, de una autoridad y de una persona o de un órgano establecido por la ley. El punto de vista del menor se toma en consideración como un factor cada vez más determinante, en atención a su edad y a su madurez" (artículo 6o.). También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (conocida como Carta de Niza, 2000), además de establecer a la edad como uno de los criterios por los que se prohíbe la discriminación, contempla que los menores: "...Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez" (artículo 24). Sobre este tema *cfr.* Urso, E., "Infancia, adolescencia y derecho a la salud en el hospital: el papel clave de los derechos fundamentales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14, 2009, pp. 183 y ss.; Vagnoli, E. y Vagnoli, L., "I diritti del bambino in ospedale", en Urso, E. (ed.), *I "minori" e la salute: una nuova visione delle capacità*, Roma, 2013; Giacomelli, L., *Diritto all'ascolto e principi di autodeterminazione del minore nelle scelte essenziali*, *cit.*

⁹⁷ Como es sabido, en Italia no persiste esta diferenciación mediante la cual se establece en el Código Civil (CC) que solamente al cumplirse los dieciocho años se adquiere la capacidad para actuar (artículo 2o. CC): corresponde a los padres (artículo 316 CC), en su calidad de representantes legales del menor —o a uno de ellos en casos específicos (artículos 317 y 317 bis CC), o al tutor en casos de imposibilidad, muerte o comportamientos censurables por parte de los padres (artículo 343 CC)— en el ámbito de la misma obligación de cuidado, adoptar las decisiones relacionadas con la salud de los hijos, aunque deban tener en cuenta "la capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones de los hijos" (artículo 147 CC). Sin embargo, el poder del juez, en casos extremos, puede llegar a limitar, suspender o cancelar la potestad de los padres, en los términos de los artículos 330 y 333 CC, cuando los padres no cumplan con sus deberes de cuidado y sus acciones resulten contrarias a los intereses de los hijos. Más específicamente, en el ordenamiento italiano, el menor de catorce años, considerado incapaz de comprender a plenitud los significados y las problemáticas relacionadas con los tratamientos y cuidados médicos, carece de autorización para expresar su opinión. En la franja de edad comprendida entre los catorce y los dieciséis años, presuponiendo que ha adquirido una autonomía parcial para gestionar sus intereses, se le ha otorgado relevancia a la voluntad expresada por el menor, sobre todo cuando se trata de un rechazo decidido a los tratamientos médicos. Solamente en el caso de los menores que tienen entre dieciséis y dieciocho años, dado el grado de desarrollo físico y mental, se ha considerado su voluntad como un factor relevante.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 59

En segundo lugar resurge, como es tradición, la noción del interés superior del niño como *tertium genus* respecto de la sociedad y de los progenitores; es decir, la contraposición no surge entre lo que el Estado considera como interés de la sociedad y el derecho de los progenitores a educar a sus hijos según sus convicciones; sino que se trata de comprender la noción de interés superior del menor y, sobre todo, cuál es el sujeto competente para adoptar una decisión en atención a la edad del enfermo.⁹⁸

La deferencia hacia el paciente menor de edad se encuentra anclada al *idem sentire* de la sociedad en la que vive y, sin embargo, puede entrar en contradicción con los valores de la comunidad familiar y cultural en la que crece y se desarrolla y, por lo mismo, la ponderación de estos intereses se torna compleja. Las decisiones terapéuticas están determinadas por la cultura, por la religión, por el conjunto de valores a los que un individuo reconoce como propios y que no se definen apriorísticamente con bases científicas⁹⁹, ni pueden ser completamente heterodirigidas por los poderes públicos, que deben detenerse ante la autonomía y dignidad de las personas.

El escenario se complica todavía más si se considera la sanción penal por omisión de cuidados que se justifica sobre el presupuesto de la existencia del dolo; es decir, sobre la consciencia que tienen los progenitores de que el evento dañino o peligroso también es provocado por su acción u omisión. En todos los casos, el objetivo que se persigue es de índole trascendente: salvar el alma de los propios descendientes, por considerar que los tratamientos médicos impiden su redención.

El elemento subjetivo del dolo, por lo tanto, es muy difícil de configurar, ya que los progenitores no quieren provocar intencionalmente un daño al niño sino que piensan que lo pueden salvar

Vagnoli, E. y Vagnoli, L., *op. cit.*; Sileoni, S., "Potestà genitoriale e autodeterminazione dei figli", en Urso, E. (ed.), *I "minori" e le garanzie costituzionali*, Florencia, 2013, pp. 38 y ss.

⁹⁸ Onida, F., *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, Milán, 1970, p. 172.

⁹⁹ Sobre este tema véase Piciocchi, C., *op. cit.*, pp. 204 y ss.

60 / Eleonora Ceccherini

con otras formas de curación, y ello permite entender por qué los jueces norteamericanos se resisten a determinar la responsabilidad de los padres. A esta toma de conciencia debemos agregar el hecho de que tanto los jueces como la doctrina consideran que la sanción penal no tiene un efecto disuasivo significativo, porque el comportamiento omiso por parte de los padres no se detiene ante la eventualidad de perder a su hijo. Además, la sanción no puede evitar la reiteración del delito en virtud de que la consecuencia de la conducta paterna fue la muerte del niño. La sanción penal —una vez que se ha verificado la muerte del menor— tiene, por lo tanto, al castigo como mera finalidad y no sirve para tutelar ningún interés estatal, que persistiría solamente si fuera posible proteger el bien-vida que ya se perdió.¹⁰⁰

En este cuadro, parece que la solución está en manos del legislador que, por ejemplo, en los Estados Unidos, se expresa en los códigos penales estatales para descartar la responsabilidad penal de los padres. En 1974, el Congreso adoptó la *Child Abuse Prevention and Treatment Act* (CAPTA), pero el *Department of Health Education and Welfare*, bajo presión de altos dirigentes de la iglesia de la cienciaología, muy poderosa durante la administración Nixon, condicionó el otorgamiento de financiamiento a que se aprobaran leyes para derogar las penas a los padres que se negaban a someter a sus hijos a tratamientos médicos por motivos religiosos.¹⁰¹ A raíz de esta política, muchos estados americanos han adoptado normas en ese sentido, y aunque tiempo después la cláusula condicionante se suprimió, las asambleas legislativas no han podido abrogar dichas normas.¹⁰²

¹⁰⁰ Sobre el tema de la racionalidad de la norma penal: Kearney, D. J., *op. cit.*, pp. 885 y ss.; Trescher, R. L. y O'Neill, T. N. Jr., "Medical Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, 1960, pp. 203 y ss.

¹⁰¹ "A Parent or guardian legitimately practicing his religious beliefs who thereby does not provide specific medical treatment for a child... for that reason alone shall not be considered... a negligent parent or guardian".

¹⁰² Para una visión panorámica de las reformas al Código Penal puede consultarse Kearney, D. J., *op. cit., passim*.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 61

La autodeterminación terapéutica *religious-oriented* de los padres se expande cuando los tratamientos no tienen como finalidad salvar la vida de los menores, y esto queda claro en el caso *In re Kou Xiong*, que se origina en la situación de un niño *Hmong* de seis años residente en San Francisco, California. El *Fresno County Social Services* había solicitado una intervención quirúrgica para el niño porque padecía una malformación congénita en un pie que si no se curaba habría provocado, según los médicos, su invalidez permanente. Sin embargo, los padres, provenientes de Laos y que habían emigrado a los Estados Unidos, se opusieron porque, según su cultura, no se debía intervenir con el orden natural de los acontecimientos. Ello bajo la convicción de que en caso contrario la desventura caería sobre sus personas y sobre su comunidad. Para sostener esta hipótesis ofrecían como ejemplo el hecho de que la madre, operada en un campo de fugitivos, se había enfermado de gravedad y sus dos hijos habían nacido con una malformación en el paladar; además, pensaban que la incapacidad de Kou se debía a una mala acción realizada por uno de sus antepasados. Después de ser consultado, el propio Consejo *Hmong* testimonió la veracidad de estas creencias recordando que, en el pasado, una intervención quirúrgica realizada en contra de la opinión del chamán había causado la muerte del paciente.

La solicitud de los padres para que no se realizara la intervención quirúrgica fue rechazada en las primeras etapas del juicio, por lo que decidieron huir con su hijo para escapar de la orden judicial.¹⁰³

Sin embargo, el juez de primera instancia reconsideró su decisión después de conocer el resultado de un examen psiquiátrico, que evidenciaba el estado de malestar en el que el niño se encontraba después del litigio judicial, porque había llegado a la conclusión de que la intervención podría provocarle daños a sus familiares y alejarlo de su comunidad.¹⁰⁴

¹⁰³ Además, ningún doctor ha aceptado intervenir sin la autorización de los padres.

¹⁰⁴ Dundes Renteln, A., "Is the Cultural Defense Detrimental Health of Children?", en

62 / Eleonora Ceccherini

En este caso la decisión final consideró el interés superior del niño, y lo desvinculó de la perspectiva unilateral trazada por el sentido común mayoritario, pero encuadrándolo en la óptica cultural-religiosa de la familia a la que el menor pertenecía. La instancia judicial superó el axioma según el cual los sistemas terapéuticos tradicionales son en sí mismos falaces y falibles. En esta solución judicial es claro que la ponderación no se realizó entre el derecho a la vida y el derecho de los padres a educar a su hijo según sus propias creencias; sino entre un supuesto bienestar psíquico-físico determinado *a priori* y el derecho de los padres. Esto fue posible porque la operación quirúrgica no era necesaria para salvar la vida del niño y, además, según los médicos, no garantizaba la curación.

Una *ratio* análoga es la que tienen las leyes de Pensilvania que contemplan excepciones a la obligación de realizar revisiones médicas y odontológicas a los estudiantes, cuyos padres se oponen por motivos religiosos (*Pennsylvania School Health Services Law*, 1985), así como aquellas que permiten que las personas que han contraído una enfermedad contagiosa puedan optar por el aislamiento o la cuarentena en atención a sus convicciones religiosas con la autorización del *Department of Health* (*Pennsylvania Disease Prevention and Control Law*, 1955).

El derecho a educar a los hijos fue considerado por la Corte Suprema, desde 1923, como un derecho fundamental de los padres,¹⁰⁵ por lo que sólo se encuentra limitado por el interés ge-

Kuppe, R. y Potz, Richard (eds.), *Law & Anthropology*, Dordrecht, 1994, pp. 45 y ss.; Ead, *The Cultural Defense*, cit., pp. 62, 203 y ss.

¹⁰⁵ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). El caso se refiere a una ley estatal que prohibía la enseñanza en un idioma distinto al inglés en las escuelas públicas. La jurisprudencia fue posteriormente confirmada en *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925), en donde se declara la ilegitimidad de una ley que no permitía elegir una escuela privada o confesional para la educación de los hijos; hasta llegar a *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), en donde se establece un derecho a la *privacy* en el ámbito familiar, para desembocar en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), en donde los jueces supremos no han declarado la inconstitucionalidad de leyes estatales que imponen la obligación a los padres de brindar información

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 63

neral superior, pero esta lógica no vale para los tratamientos médicos que no son necesarios para salvar la vida de las personas. En estos casos, la acción del Estado deberá someterse a un *strict scrutiny*; es decir, a un proceso de verificación muy estricto y puntual, que deberá mostrar la existencia de un interés por parte del Estado absolutamente relevante y la inexistencia de alternativas posibles.¹⁰⁶

a sus hijas menores de edad que han decidido abortar. Sobre el tema en general véase DiCamillo, L. D., "Caught between the Clauses and the Branches: When Parents Deny their Child Nonemergency Medical Treatment for Religious Reasons", *Journal of Juvenile Law*, vol. 19, 1998, pp. 123 y ss.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 157.