

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

TEMA: LIMITACIONES A LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE LA
LIBERTAD RELIGIOSA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

AUTORA: JOSELYN DENISSE MONTERO CHIPANTASHI

ASESORA: DRA. BELKIS ALIDA GARCÍA

QUITO, 2020

“La Constitución no es un instrumento para que el gobierno controle al pueblo, es un instrumento para que el pueblo controle al gobierno - para que no venga a dominar nuestras vidas e intereses.”

Patrick Henry

“La amistad es un contrato por el cual nos obligamos hacer pequeños favores a los demás para que los demás no los hagan grandes.”

Montesquieu

CERTIFICACIÓN DE LA ASESORA

Luego de haber revisado el trabajo de investigación, yo Dra. Belkis Alida García, en calidad de Asesor de Trabajo de Titulación por la Dirección de la Escuela de Derecho, doy fe que el trabajo de investigación con tema: **“LIMITACIONES A LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”** cumple con todos los requisitos mínimos investigativos y metodológicos para ser presentado en opción al título de Abogada que aspira la estudiante **JOSELYN DENISSE MONTERO CHIPANTASHI**, certifico la calidad de la misma.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,



DRA BELKIS ALIDA GARCIA

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Joselyn Denisse Montero Chipantashi, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador "UMET", Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: "**LIMITACIONES A LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**" y las expresiones vertidas en la misma, son autoría la compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

Joselyn Denisse Montero Chipantashi

C.I. 172262832-6

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Joselyn Denisse Montero Chipantashi , en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, "**LIMITACIONES A LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**", modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Joselyn Denisse Montero Chipantashi

CI: 172262832-6

DEDICATORIA

A mis padres Fernando y Rosario por haber sido el pilar fundamental para llegar a ser la mujer y profesional que soy ahora y por apoyarme en las metas que me he trazado.

A mis hermanos Erika y Gabriel que siempre han estado a mi lado brindándome su apoyo incondicional

A mi cuñado Oswaldo por ser quien me ayudó a que se cumpliera este sueño

A mi hija Amy, mi motor quien llena mi vida de amor, mi compañera de viaje desde el primer día en esta gran aventura

Al hombre de mi vida Miguel, mi amor, gracias por la ayuda brindada has sido sumamente importante en estos años que hemos estado juntos. Te amo mucho.

AGRADECIMIENTO

Agradecer es un verbo que significa corresponder a una atención recibida. Pero más allá de eso, significa valorar a quienes de manera desinteresada pero con un gran afecto, entrega parte de su tiempo y su dedicación a llenar el vacío que en algún área tiene el beneficiario del favor que recibe. Agradecer es un don que Dios le ha otorgado a las personas para que sean más humanos. Por eso en esta hora que estoy cumpliendo un sueño anhelado en mi vida, no puedo olvidarme de quienes de una manera u otra me dieron su aporte para hacer realidad ese sueño, ellos son:

-Dios, creador del Universo y de mí, el mismo que me dio la vida, el que me ha protegido y el que me ha dado oportunidades como la de ser profesional del Derecho.

- Mi tutora, Dra. Belkis Alida García, quien ha sido mi guía y acompañante en todo aquello que me faltaba aprender. No sólo me enseñó como hacer una tesis, sino como ser persona.

- A mis profesores que durante toda mi vida universitaria aportaron con su conocimiento a mi formación profesional y personal.

-A la Universidad Metropolitana de Ecuador, por abrir las puertas y convertirse en mi alma mater.

- A mis compañeros y compañeras de estudio, pero sobre todo mis amigos y amigas Josselyn Suarez, Jhoaroly León ,Dessiree Aguirre, Ismael López, Pablo Salazar que hicieron esta etapa universitaria llena de locuras y aventuras en clases, con quienes compartí risas y tristezas, esa fue una hermosa época de mi vida junto a ellos.

- A mi mejor amigo Carlos Paladines, gracias por siempre estar apoyándome así sea a la distancia por llenar mi vida de locuras y de demostrarme que nuestra amistad.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DE LA ASESORA.....	III
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN	IV
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	V
DEDICATORIA	VI
AGRADECIMIENTO	VII
RESUMEN	XII
ABSTRACT	XIII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	6
DESARROLLO TEÓRICO EN TORNO A LA PATRIA POTESTAD.....	6
1.1. Antecedentes de la investigación.....	6
1.1.1. Nacionales	6
1.1.2 Internacionales.....	9
1.2. Bases Teóricas	14
1.2.1. Los derechos humanos.....	14
1.2.2. El derecho a la vida.....	19
1.2.3. El Derecho a la salud	26
1.2.4. El derecho de libertad	36
1.2.5. El derecho de libertad religiosa, de culto y de objeción de conciencia	38
1.2.6. El niño y el adolescente	46
1.2.7. La Filiación y la Patria Potestad.....	51
CAPÍTULO II.....	55
MARCO METODOLÓGICO.....	55
2.1. Tipo de Investigación.....	55
2.2. Población y muestra	55

2.3. Técnicas e instrumentos de investigación	56
2.4. Métodos	56
2.4.1. Método descriptivo:	56
2.4.2. Método analítico:.....	57
2.4.3. Método de síntesis	57
2.4.4. Método interpretativo	57
2.4.5. Método crítico	58
2.5. Resultados	59
CAPÍTULO III.....	73
ANÁLISIS DE RESULTADOS	73
CONCLUSIONES	76
RECOMENDACIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	80

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Determinantes de la salud y sus premisas fundamentales	28
Tabla 2 Discriminación religiosa en Ecuador	59
Tabla 3 Existencia de límites en la libertad religiosa	60
Tabla 4 : Conocimiento sobre casos de choque entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos en Ecuador.	61
Tabla 5: Opinión de la muestra sobre el rechazo a la transfusión sanguínea	62
Tabla 6: En el choque entre el derecho a la salud y la religión debe privar:	63
Tabla 7: En el choque entre el derecho a la vida y la religión debe privar	64
Tabla 8: Limitaciones a la Patria Potestad	65
Tabla 9: Facultad de los padres en ejercicio de la Patria Potestad para.....	66
Tabla 10: Opinión de la muestra sobre la posibilidad de seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.	67
Tabla 11: Fundamentos que se tomarían en cuenta para seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.	68
Tabla 12: Opinión de la muestra en torno al juicio penal a los padres por rechazar la transfusión sanguínea a sus hijos y el ataque a la libertad de religión y de culto. ...	69
Tabla 13: Derecho de los niños y adolescentes a rechazar la transfusión.....	70

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRAFICO 1: Campo de la salud.	27
GRAFICO 2 Discriminación religiosa en Ecuador	59
GRAFICO 3:Existencia de límites en la libertad religiosa.....	60
GRAFICO 4: Conocimiento sobre casos de choque entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos en Ecuador.	61
GRÀFICO 5: Opinión de la muestra sobre el rechazo a la transfusión sanguínea...	62
GRÀFICO 6: En el choque entre el derecho a la salud y la religión debe privar:	63
GRAFICO 7: En el choque entre el derecho a la vida y la religión debe privar.	64
GRAFICO 8: Limitaciones a la Patria Potestad.....	65
GRAFICO 9 :Facultad de los padres en ejercicio de la Patria Potestad para	66
GRAFICO 10: Opinión de la muestra sobre la posibilidad de seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.	67
GRAFICO 11: Fundamentos que se tomarían en cuenta para seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.	68
GRAFICO 12: Opinión de la muestra en torno al juicio penal a los padres por rechazar la transfusión sanguínea a sus hijos y el ataque a la libertad de religión y de culto.....	69
GRÀFICO 13: Derecho de los niños y adolescentes a rechazar la transfusión	70

RESUMEN

La investigación que se presenta en este informe está relacionada con las limitaciones a la patria potestad en el caso de la libertad religiosa en la legislación ecuatoriana. La revisión bibliográfica y de las fuentes del derecho, doctrina, ley y jurisprudencia indicaron que el derecho a la libertad religiosa en algunas oportunidades choca con otros derechos superiores como la vida y la salud. Este choque de derechos fundamentales ha generado un gran debate sobre cuál de los derechos debe ser el que se imponga en estos casos, surgiendo en este debate el principio de ponderación. Esta es precisamente la situación que se plantea en la investigación debido a que existe la libertad religiosa y de culto como un derecho fundamental, pero el problema se presenta cuando una religión como la de los testigos de Jehová, rechazan las transfusiones sanguíneas por razones de convicción religiosa y a veces, incluso, ejerciendo la patria potestad niegan su autorización para que se le apliquen estas transfusiones a sus hijos menores aún en peligro de muerte. De aquí que la investigación parte de la siguiente formulación ¿Pueden los padres en ejercicio de la patria potestad ejercer su derecho a la libertad religiosa negando las transfusiones sanguíneas a los hijos menores en peligro de muerte?. Metodológicamente, es una investigación de tipo mixta donde se combinan tanto la investigación documental como la de campo. La investigación concluye que frente al choque entre los derechos de libertad religiosa y los de salud y derecho a la vida, se prefiere preservar estos últimos, especialmente a nivel judicial. Pero se ha recomendado que para que no exista una vulneración de la libertad religiosa, los jueces deben exigir un informe médico pormenorizado donde se indique que se utilizaron otros medios alternativos a las transfusiones y no dieron resultado o la justificación necesaria para hacer esta transfusión. pero además se concluyó, que la patria potestad tiene limitaciones frente a la defensa del derecho a la vida y a la salud.

Palabras claves: libertad religiosa, derecho a la vida, derecho a la salud, patria potestad, discriminación religiosa, transfusión sanguínea, testigos de Jehová.

ABSTRACT

The research presented in this report is related to the limitations to parental authority in the case of religious freedom in Ecuadorian law. The bibliographic review and the sources of law, doctrine, law and jurisprudence indicated that the right to religious freedom sometimes clashes with other superior rights such as life and health. This clash of fundamental rights has generated a great debate about which of the rights should be the one that is imposed in these cases, emerging in this debate the principle of weighting. This is precisely the situation that arises in the research because there is freedom of religion and worship as a fundamental right, but the problem arises when a religion such as that of Jehovah's Witnesses rejects blood transfusions for reasons of conviction religious and sometimes, even exercising parental authority, they deny their authorization for these transfusions to be applied to their minor children still in danger of death. Hence, the investigation starts from the following formulation: Can parents in exercise of parental authority exercise their right to religious freedom by denying blood transfusions to minor children in danger of death? Methodologically, it is a mixed type research where both documentary and field research are combined. The investigation concludes that in the face of the clash between the rights of religious freedom and those of health and the right to life, it is preferred to preserve the latter, especially at the judicial level. But it has been recommended that so that there is no violation of religious freedom, the judges must require a detailed medical report indicating that other alternative means to transfusions were used and did not give the result or the necessary justification to make this transfusion. but it was also concluded that parental authority has limitations in the defense of the right to life and health.

Keywords: religious freedom, right to life, right to health, parental authority, religious discrimination, blood transfusion, Jehovah's Witnesses.

INTRODUCCIÓN

Es innegable que los derechos humanos representan una conquista histórica de la humanidad (Ugarte Boluarte, 2015), ya que fueron el resultado socio-histórico de la toma de consciencia sobre los valores sociales fundamentales y las distintas luchas emprendidas en la búsqueda de condiciones de vida más dignas (Fundación Juan Vives Suriá, 2010)

Pero el aporte más grande de los derechos humanos tiene que ver con el derecho a la vida, en este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 estipula en su artículo 3 que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Organización de Naciones Unidas, 1948). Obsérvese, que el derecho a la vida aparece junto con otros dos derechos fundamentales: el de la libertad y el de la seguridad de su persona, lo que significa, que el derecho a la vida es absolutamente personal, así mismo, la seguridad de su persona, con lo que se blindó el derecho a la vida con efecto erga omnes, es decir, que estos derechos valen frente a todos.

Siguiendo este postulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Constitución de Ecuador dispone en su artículo 66 sobre este mismo tema “ se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida...” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). Este derecho garantizado por la Constitución ha dado lugar a que Grisel Galiano Maritán exprese:

Dentro de la amplia gama de derechos fundamentales existentes, se considera el derecho a la vida como el más trascendental, pues mediante éste se podrán disfrutar plena y jurídicamente los demás. Por ello, este derecho constituye para los ciudadanos una garantía donde el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y protección de la persona humana (*Galiano Maritan, 2016*).

De esta manera, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como la cita de Galiano son contundentes en cuanto a la trascendencia del derecho a la vida, y es que en definitiva sin el respeto a este derecho, todos los demás se anulan.

La afirmación hecha anteriormente es muy importante a la hora de analizar otros derechos como es el caso de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El derecho de religión está dentro del derecho a la libertad e incluye la libertad de manifestar sus creencias religiosas de manera individual o colectivamente, ya sea en público o en privado, pero lógicamente no a imponerlas a nadie y mucho menos a los hijos y familiares, pues cada uno tiene sus derechos por separado.

Por cierto, que los niños y adolescentes según el artículo 20 del Código de la niñez y adolescencia tienen el Derecho a la vida desde su concepción, y se le atribuye al Estado, la sociedad y la familia la obligación de asegurarles por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo., lo que es concordante con la Constitución del Ecuador que estipula en su artículo 45 “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). A estas normas se agrega el contenido del artículo 44 también de la Constitución que expresa:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Finalmente, la Convención de los Derechos de los Niños, reconoce que ellos (entre los que cuentan los adolescentes) son personas con el derecho pleno a desarrollarse física, mental y socialmente, y además, con derecho a expresar con libertad sus opiniones. Esta Convención es un modelo para La protección de la salud, la supervivencia y el progreso de todos los seres humanos en los que se incluye a los niños (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

Pero no todo es tan fácil cuando se trata de aspectos jurídicos, uno de esos escollos surge con la figura de la Patria Potestad, la cual es definida en el artículo 283 del Código Civil ecuatoriano como “...el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados...”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005). Aquí comienza el problema, porque los padres pretenden tener unos derechos absolutos

sobre los hijos en todas las esferas, cuestión que no es nueva, sino heredada de la familia romana antigua, donde la familia estaba basada en la subordinación al Pater Familias. Pero en la actualidad por efecto del respeto a los derechos humanos, cada persona tiene sus derechos humanos de manera individual e incluso, cada derecho tiene sus límites.

Sobre esta temática se desarrolló esta investigación que tuvo como propósito analizar hasta qué punto, la patria potestad da derecho a que los padres impongan sus creencias religiosas en desmedro de la salud de sus hijos menores de edad, pues el ejemplo claro se presenta con los testigos de Jehová, quienes dentro de sus creencias está la de no aceptar las transfusiones sanguíneas porque según ellos eso ofende a Jehová.

Al tratarse de los padres, no hay problema porque ellos tienen el derecho a ejercer libremente su creencia y sin embargo, aun tratándose de ellos mismos, negarse a hacerse la transfusión colide con el derecho a la salud y a la vida, mucho más si se trata de sus menores hijos, quienes individualmente tienen sus derechos y al imponerles la negativa a hacerles transfusiones sanguíneas cuando su vida está en peligro, representa un grave problema jurídico y científico que necesita ser investigado a profundidad para ver hasta donde los padres pueden imponer estas creencias en los hijos que están bajo su patria potestad. En este sentido se plantea la siguiente formulación del problema:

¿Pueden los padres en ejercicio de la patria potestad ejercer su derecho a la libertad religiosa negando las transfusiones sanguíneas a los hijos menores en peligro de muerte?

Tomando en consideración el problema de investigación planteado, se proponen los siguientes objetivos:

Objetivo General

Determinar si pueden los padres en ejercicio de la patria potestad ejercer su derecho a la libertad religiosa negando las transfusiones sanguíneas a los hijos menores en peligro de muerte

Objetivos específicos

1. Analizar la patria potestad en su más amplia acepción, destacando sus límites.
2. Determinar los alcances de la libertad religiosa en la legislación ecuatoriana
3. Precisar los derechos a la salud y a la vida de los niños, niñas y adolescentes.

La investigación propuesta se justifica plenamente debido a los innumerables casos que se dan de colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la salud y a la vida, especialmente, con la postura religiosa de los Testigos de Jehová, quiénes rechazan las transfusiones sanguíneas, en todos los casos, incluso, cuando existe el peligro real de muerte, lo que hace pensar que deben buscarse los límites entre un derecho y otro en el entendido, que ambos son derechos humanos protegidos por la Constitución ecuatoriana. Mucho más debe clarificarse esta temática cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, quienes están sujetos a las decisiones de sus padres o de quienes ejercen su patria potestad.

Metodológicamente, ésta es una investigación mixta, donde se utiliza tanto el trabajo documental como el de campo. En el primer caso se utilizaron como documentos primariamente las fuentes del derecho: ley, jurisprudencia y doctrina. También se utilizaron libros especializados y artículos científicos y algunas páginas web con información seria sobre el tema. Las técnicas empleadas fueron la revisión y selección del material importante para el desarrollo de las temáticas, subrayado de los aspectos más importantes y la elaboración de resúmenes, cuadros sinópticos, entre otros. Los métodos empleados fueron el descriptivo, el analítico, el de síntesis, interpretativo y crítico

En cuanto al trabajo de campo, el mismo fue de tipo cuantitativo, en este sentido, se utilizó como muestra a seis (6) abogados especialistas en materia de familia y materia civil y dos jueces de familia. El instrumento utilizado para los abogados fue el cuestionario tipo encuesta con doce preguntas y para los jueces se aplicó la técnica de la entrevista con seis preguntas estructuradas. Los métodos empleados fueron: el descriptivo, el de análisis, síntesis y crítico.

Estructuralmente, este informe de investigación consta de tres capítulos: en el primero, se desarrolla todo el contexto teórico que fundamenta la investigación, el cual incluye tanto los antecedentes de la investigación como las bases teóricas. El segundo capítulo se dedica a la descripción del marco metodológico, donde se incluye: tipo de investigación, sujetos clave, técnica empleada y método que sustenta los hallazgos.

El Capítulo tercero se relaciona con el análisis de los resultados, los hallazgos y las recomendaciones.

CAPÍTULO I

DESARROLLO TEÓRICO EN TORNO A LA PATRIA POTESTAD

1.1. Antecedentes de la investigación

1.1.1. Nacionales

Los antecedentes de la investigación están referidos a las investigaciones previas que se han realizado en el campo específico que se investiga en la actualidad, aquí se van a encontrar dos tipos de antecedentes, los que se relacionan directamente con el tema y los que son conexos al mismo. En ambos casos hay que revisarlos con detenimiento, pues son ellos los que dan lugar al alcance y objetivos de la investigación actual, así como aporta luces significativas para la selección de la metodología a emplear. En este sentido, a continuación, se exponen investigaciones previas del nivel internacional y nacional.

María José Proaño Brito en el año 2014 realizó una investigación para la Universidad de Cuenca que tituló “Vulneración de los derechos de libertad religiosa y el debido proceso en el Ecuador”. La metodología de la investigación es fundamentalmente documental, aunque existe una batería de preguntas que se les hizo a abogados y funcionarios (Proaño Brito, 2014).

Llegando a la conclusión que en Ecuador si existe desconocimiento del derecho de libertad religiosa y de cultos, y por eso, mucha gente vive soportando discriminación, violencia, injusticia por ello. Pero también concluye que existe la acción de protección como mecanismo jurídico para solventar la situación, lo que pasa es que la gente no acciona por desconocer la existencia de este mecanismo, y que la libertad religiosa y de culto es un derecho humano fundamental protegido directamente por la Constitución vigente.

Esta investigación es conexa a la que se está realizando y es útil en cuanto pone en conocimiento de la investigadora la existencia de discriminación religiosa en Ecuador, lo que debe tenerse en cuenta en la práctica para tener el debido cuidado cuando se presenten problemas de colisión entre este derecho y el de la salud y la

vida, de esta manera, podría discernirse si en un caso práctico lo que hay es discriminación o colisión de dos derechos constitucionales protegidos.

Ana Lucia Paredes Caisa en el año 2017, realizó en la Universidad Central de Ecuador una investigación que tituló “El Ejercicio del Derecho a la Libertad de Religión y su Incidencia Socio-Jurídica, en el Ecuador, año 2016”. Esta investigación metodológicamente fue de campo, con un sólido respaldo documental. La investigadora sostiene que en Ecuador existen cuerpos normativos obsoletos para el ejercicio del derecho a la Libertad de Religión, lo que incide en las prácticas de discriminación y segregación religiosa; y afecta el derecho de libertad (Paredes Caisa, 2017).

En esta investigación la autora de la misma concluyó que el principio de laicidad establecido en el Art. 1 de la Constitución de la República permite que se garantice y respete el derecho a la libertad de religión. Sin embargo en la práctica se observa que los principios pautados en el artículo 11 del texto constitucional se ven vulnerados por la intolerancia religiosa a las diferentes organizaciones existentes en el país.

Una vez más, los investigadores consiguen que en Ecuador si existe discriminación religiosa, violándose de esta manera derechos fundamentales enunciados en la Constitución. Además en forma interesante indica, que el derecho a la libertad de culto:

No funciona de forma aislada con otros derechos de libertad, como el de conciencia, pensamiento y expresión; sino que más bien necesita de los mismos para poder ejercerse adecuadamente y en la actualidad no existe una Ley que regule adecuadamente la práctica y ejercicio del derecho a la libertad de religión, ya que la Ley de Cultos que se mantiene es un cuerpo legal sin movimiento y obsoleto. Por eso recomienda que el Estado ecuatoriano actúe mediante medidas de acción afirmativa en la garantía del derecho a la libertad de religión (Paredes Caisa, 2017).

Esta investigación igual que la anterior ratifican la existencia de discriminación religiosa en Ecuador a pesar de que existe en la Constitución como derecho humano la libertad de culto. Estas afirmaciones ayudan a comprender la situación del citado derecho en Ecuador, para estar pendiente a la hora de su práctica.

Vanessa del Carmen Morejón Quiñonez en el año 2018 hizo en la Universidad de Ibarra un “Análisis sobre los derechos a la libertad religiosa y objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. La investigación fue de campo, de tipo descriptiva, y en ella se precisa que:

El criterio médico respecto a la libertad religiosa y la objeción de conciencia es muy relevante puesto que se vincula necesariamente con la relación médico paciente, porque en ella se confronta a dos conciencias frente a un bien que trasciende a ambos, como son la vida y sus valores (Morejón Quiñonez, 2018).

Sin embargo precisa, que la objeción de conciencia proviene con mayor frecuencia del paciente para por ejemplo, objetar ser sometido a un procedimiento bien sea médico o quirúrgico por razones morales, religiosas o simplemente personales. En todo caso la objeción de conciencia es una manifestación concreta, tanto de la autonomía de la voluntad del médico con su libertad prescriptiva, como la del paciente en cuanto a su libertad terapéutica.

Recuerda la investigadora, que la libertad religiosa y la objeción de conciencia son derechos fundamentales, altamente importantes para el ser humano y en este sentido, cita a Alain Garay quien manifiesta que:

El derecho fundamental a la libertad de conciencia constitucionalmente garantizado ampara la negativa por razones morales a recibir un determinado tratamiento médico. Ante todo, debe señalarse que la voluntad expresamente manifestada de negarse a recibir un determinado tratamiento médico, por razones morales fundadas en un determinado credo religioso, debe ser siempre respetada, el médico no puede suministrar el tratamiento en cuestión, si lo hace, estará atentando contra la libertad religiosa del paciente con las eventuales responsabilidades que en su caso pudieran derivarse de esa conducta (Garay, 2013).

Concluye la investigación indicando que desde el punto de vista legal, tanto el derecho a la libertad religiosa como la objeción de conciencia son derechos trascendentales y de beneficio para todos, sin embargo, deben existir límites en la legislación para estos derechos, pues si no es así, no se puede saber hasta dónde se puede llegar con ellos

Este reporte de investigación toca el aspecto central de este estudio y es de los muy escasos que aluden directamente al tema, por lo que sus aportes son altamente significativos para el mismo.

1.1.2 Internacionales

Amalia Patricia Cobos Campos en lo concerniente al estudio de la colisión entre los derechos fundamentales, en el año 2015 realizó una investigación titulada “La colisión de la libertad religiosa con otros derechos fundamentales. Estudio de casos judiciales en México y España”, produce un texto de análisis crítico respecto a una revisión documental de una serie de casos emblemáticos, tanto en España como en México, donde “el derecho a la libertad religiosa se ha enfrentado a otros derechos fundamentales” (Cobos Campos, 2015)

La autora de esta investigación de corte documental, expone que la colisión entre el derecho a la salud y a la vida con el derecho a la libertad religiosa, es una de las situaciones más difíciles de confrontar y resolver cuando “algunos credos inciden en materia de salud entre sus fieles, a grado tal que les impiden recibir tratamientos médicos, o que por otras razones se niegan, haciendo uso de su libertad ideológica a recibir tratamiento médico” (Cobos Campos, 2015)

La investigación concluye que no es una tarea sencilla para los operadores constitucionales judiciales, dilucidar la resolución de un conflicto que involucra cuestiones espirituales y procesos internos de los individuos, reflejados en su libertad religiosa, con la protección de otro derecho fundamental, como lo es el derecho a la vida. A juicio de Cobos:

El factor clave indudablemente lo es la ponderación, [...] que alude a varios sub-principios esenciales como son la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que permiten ante el enfrentamiento de derechos del mismo rango, determinar cual deberá privilegiarse en el caso concreto (Cobos Campos, 2015).

Esta investigación está íntimamente relacionada con la presente, pues trata el tema que precisamente se dilucida en este trabajo, aportándole información clave sobre la colisión de derechos constitucionales, por ejemplo, el derecho de culto religioso y derecho al ejercicio de la patria potestad.

Otra investigación sobre la colisión de derechos fundamentales fue desarrollada por Laura Nahabetián Brunet, que a modo general aborda el tema de la complementariedad o colisión de los derechos humanos, a través de una revisión teórica y análisis documental. La investigadora refiere el problema de la colisión entre normas jurídicas, bajo la denominación de antinomia normativa, que se verifica “cuando en un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas” (Nahabetián Brunet, 2016)

Además, la investigadora argumenta que para el análisis de las antinomias normativas deben considerarse “la estructura de las normas continentales de derechos humanos, el significado de su limitación y su contenido esencial” (Nahabetián Brunet, 2016), y por ende desarrolla todo un referente teórico relativo a los principios que deben regir las decisiones en materia de colisión.

Deivys Javier Pabón Medina en el año 2016 realizó una investigación en la Universidad de Valencia, España, que tituló “Libertad religiosa y paz en el contexto actual de los derechos humanos”. Esta densa investigación de tipo documental, dio aportes valiosos al presente trabajo en el ámbito doctrinal sobre la libertad y la libertad religiosa. La investigación concluye que existe la tendencia clara en el mundo a la discriminación y persecución religiosa, lo que se revierte únicamente con el accionar de las propias comunidades religiosas y también en las políticas desarrolladas por los actores políticos y la sociedad civil, quienes tienen un papel preponderante en la formación en derechos humanos y libertad religiosa (Pabon Medina, 2016).

También en el año 2016, Carlota Sales Solé, en la Universidad de Lleida, España, hizo un trabajo de grado titulado “Objeción de conciencia a tratamientos médicos”, en el que señala que:

Los menores de edad son titulares de determinados derechos y libertades constitucionales (derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, educación...), pero también tienen limitaciones en algunos ejercicios por razón de su minoría de edad. Respecto las libertades (previstas) en la Constitución, se le reconoce el derecho al menor, aunque en los términos compatibles con su condición de menor. Eso quiere decir que, determinados derechos requieren de manera expresa la mayoría de edad y el ejercicio personal, en cambio otros, quizá no requieran mayoría de edad pero si una capacidad natural...que sería la condición para la adquisición de la capacidad de obrar.

En referencia a los aspectos civiles, es decir, la imposición de un tratamiento médico a un menor de edad contra la voluntad de los padres o tutores, a los cuales se les retira, de forma temporal, la custodia o se priva de la patria potestad se debe distinguir entre dos supuestos: Tratamientos salvíficos y no salvíficos. (Sales Solé, 2016).

Sobre el particular, Remedios Sánchez Ferriz, sostiene que en los tratamientos que conllevan salvar al paciente de la muerte, llamados salvíficos, los tribunales, tal como lo señala la reiterada jurisprudencia española, privan de la patria potestad o la custodia de forma temporal o provisional a quien la tenga sobre el menor. Pero en los tratamientos que no conllevan la misma situación de salvar la vida, aun no existe un criterio uniforme de los doctrinarios. En este contexto, hay que tomar en cuenta diversos indicadores tales como la necesidad del tratamiento, las características del mismo, el desarrollo del menor, entre otros y lógicamente, si el niño, la niña o el adolescente están en condiciones físicas y mentales de hacerlo, se consulta su opinión, es decir, que la decisión puede estar en sus manos y no en la de sus padres (Sánchez Ferriz, 1992).

Según la autora de la investigación, no puede en este análisis dejar de mencionarse, la responsabilidad penal de los padres cuando se niegan a permitir que sus hijos reciban un tratamiento por razones de conciencia y debido a ello se produzca la muerte del hijo. En este caso, la jurisprudencia italiana es tajante en la consideración de esta responsabilidad penal de los padres, mientras que la jurisprudencia norteamericana es más cauta en este sentido adoptando una posición ambigua, señalando que las creencias religiosas no generan causas de exculpación criminal para estos casos, aunque en la práctica, los jueces se resisten a condenar a los padres objetores de conciencia, intentando con otros medios a los objetados la curación del menor.

En el caso del derecho español, existe la obligación de informar al paciente sobre las opciones clínicas disponibles y él, decide voluntariamente sobre el particular. Pero además, los pacientes tienen el derecho a negarse al tratamiento, con las limitaciones de ley. Por supuesto, su negativa a recibir el tratamiento también debe constar por escrito. Pero drásticamente, la jurisprudencia española autoriza al juez a realizar el tratamiento hemotransfusional del menor en peligro de muerte y además, existe una sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio,

que condena a los padres por homicidio si el menor a su cargo fallece por su negativa a autorizar la transfusión.

Pero incluso, dice la investigadora, que:

Respecto la objeción de conciencia por parte del menor, y en referencia con la Constitución, puede modularse el ejercicio de este derecho según la edad, así pues, “solo quien tiene conciencia puede objetar”, lo cual no soluciona el problema sino que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información haya valorado las opciones propias del caso (Sales Solé, 2016).

En cuanto al menor, la investigadora indica que deben cumplirse con él los mismos parámetros del consentimiento informado, y en cada caso debe regularse y estimarse de forma diferente al adulto según las circunstancias y la conciencia del menor. En el caso en que sean los padres los que se opongan a que su hijo reciba determinados tratamientos médicos por motivos ideológicos y religiosos es diferente. La Constitución española en el artículo 27.3 reconoce el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que sea acorde con las convicciones de aquéllos, pero necesario es indicar, que los hijos no tienen la obligación a seguir una conducta acorde con las enseñanzas de los padres.

Además, la Constitución establece la obligación de los padres a darle asistencia a sus hijos, lo que implica un deber que es desarrollado por la legislación penal, el cual tipifica como delito, el abandono de menores. En supuestos de objeción de conciencia del menor, los padres son los encargados de proteger sus derechos, derivado esto de las obligaciones que impone la patria potestad, pero en el caso de fallar éstos, es el Estado el que los tutela sus derechos, pero antes, a través de las obligaciones de la patria potestad, son los padres los encargados de los derechos.

Esta investigación le da invalorable aportes teóricos a este estudio, pues trata con especificidad del tema del mismo, y sirve para enfocar el objeto e interpretar los artículos tanto de la Constitución ecuatoriana como del Código Civil y del Código de la niñez y adolescencia.

Otra investigación sobre el derecho a la libertad religiosa, fue desarrollada en el año 2017 en Colombia por Ricardo Azael Escobar Delgado, titulada “El derecho a la libertad religiosa y de cultos en Colombia: Evolución en la Jurisprudencia Constitucional 1991-2015” , en la que se ofrece un análisis histórico, constitucional y legal de la evolución del derecho a la libertad religiosa y de cultos en Colombia; para el periodo 1991 y 2015, a través del método histórico, crítico y deductivo, que le permitió el desarrollo de una revisión y análisis documental de la documentación legal a nivel internacional y nacional, particularmente la Constitución Colombiana y las sentencias de la Corte Constitucional.

La conclusión más significativa de la investigación, apunta al reconocimiento de que en Colombia, el derecho a la libertad de religión, establecido en el artículo 19 de su Constitución, ha originado “una diversidad de expresiones religiosas y culturales, estructuradas a través de conglomerados, iglesias y confesiones religiosas, en un el sujetas” (Escobar Delgado, 2017). No obstante, el investigador refiere que todavía existen algunos aspectos de la legislación colombiana que deben ser objeto de “una reglamentación más clara y precisa, para evitar interpretaciones abiertas, permisivas o acomodadas” (Escobar Delgado, 2017)

Esta investigación contribuyó al reforzamiento del marco teórico del presente estudio.

Por último, se reseña una investigación reciente y perteneciente al contexto geográfico regional, publicada por Julio Cabrera Dircio y Omar Huertas Díaz en el año 2018, en México, realizó una investigación que tituló “La colisión de los derechos humanos en el sistema Mexicano”, en la que abordó el marco teórico y situacional de los derechos humanos en México y las situaciones problemáticas de colisión de derechos humanos en su aplicación y también su uso abusivo, en un momento crucial para México, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos y de manera directa con la aplicación del principio prohomine (Cabrero Dircio & Huertas Díaz, 2018).

1.2. Bases Teóricas

1.2.1. Los derechos humanos

Los derechos humanos son potestades, facultades subjetivas, con las que nacen los individuos o los que adquieren a través de su vida, y que son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, origen étnico, raza, sexo, lengua, religión o condición. Entre esas facultades específicas están el derecho a la vida, a la libertad; a no ser esclavizado, ni torturado, derecho a la libertad de opinión y de expresión; libertad de religión y de culto, derecho a la objeción de conciencia a la educación, al trabajo, entre otros. Estos derechos son constitucionalmente protegidos por los distintos Estados del mundo, estableciéndose la obligación de los Gobiernos a formular políticas y planes para promoverlos y protegerlos, garantizando las libertades fundamentales tanto de los individuos como de los grupos humanos.

Algunos autores representativos de la literatura académica sobre este tema, como Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza, investigadores de la Universidad de Deusto, han aseverado que la trayectoria de la búsqueda del ser humano por el reconocimiento de sus derechos no data del siglo XX, sino de épocas anteriores, como por ejemplo, cuando en la América colonial se reconocieron algunos derechos para los indígenas; o los derechos del hombre y del ciudadano establecidos durante la Revolución Francesa. (Gómez Isa & Pureza, 2004), Pero si la intención fuera ahondar más, a través de un examen exhaustivo de las concepciones iniciales sobre los derechos humanos, se pudiera hacer referencia entonces a periodos y eventos más antiguos de la evolución humana, que muestran indefectiblemente, la inquietud constante del ser humano por proteger su dignidad y sus derechos, a lo largo de su devenir histórico como sociedad.

A pesar de esta reflexión inicial, existe un convenio social tácito en reconocer que la fecha de internacionalización de los derechos humanos fue en el año 1945, con la Declaración Universal de Derechos Humanos que se suscitó luego de la ocurrencia de dos guerras mundiales y la respectiva fundación de las Organizaciones de las Naciones Unidas.

Sobre este particular, Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald opinan que fue en ese momento cuando surgieron dos sistemas de protección internacional

de los derechos humanos: el primero, encaminado hacia la responsabilidad del Estado, que ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos o Carta Internacional de los derechos humanos, conformada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo. El segundo, orientado hacia la responsabilidad individual, el cual ha generado el derecho penal internacional (Nash Rojas & Núñez Donald, 2018)

De estos, el derecho internacional de los derechos humanos reviste especial interés para la presente investigación, ya que su principal objetivo es dar cumplimiento y efectividad a la protección de derechos como el de la vida y el de la libertad religiosa, que se constituyen en temas centrales de este estudio.

Siendo indispensable acotar que este sistema internacional de protección a los derechos humanos actúa bajo una lógica preventiva, pues es evidente sus limitaciones en cuanto a su capacidad operativa para abarcar todos los casos de las jurisdicciones nacionales, y mucho menos resolver todos los casos de violaciones de los derechos humanos a nivel global.

Precisamente por esta razón se apoya en organizaciones nacionales, que actúan como observatorios del cumplimiento de los derechos humanos, y por supuesto, en instancias reguladoras internacionales, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que junto a sus órganos vitales: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se constituyen en la piedra angular de la protección de los derechos en las Américas (Mejía Cáez, 2017).

Igualmente, se compone de dos instrumentos de carácter jurídico que vinculan a los Estados a la regulación y control de los derechos humanos, estos son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los cuales fueron aprobados el 16 de Diciembre de 1966 en Asamblea General de las Naciones Unidas (Gómez Isa & Pureza, 2004)

Estos documentos han regido en el escenario global desde la década de los setenta hasta los actuales momentos, y han sido nutridos con la inclusión de nuevos derechos como: el derecho al desarrollo; el derecho a la paz; el derecho al medio ambiente; el derecho a la asistencia humanitaria, entre otros (Iza y Pureza, 2004), como producto de la “interdependencia y globalización presentes en la sociedad internacional a partir de los años setenta” (Gómez Isa & Pureza, 2004) .

De esta manera, la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al tratar el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, expresa:

Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, de respetar, y proteger los derechos humanos. La obligación de los Estados de respetar los derechos humanos significa que deben abstenerse de interferir en su disfrute, de limitarlos o realizarlos. La protección exige que los Estados impidan los abusos de los derechos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, s.f.)

El Derecho Internacional de los Derechos humanos goza de unos principios generales que son según Gómez y Mejías antes citados.

- El principio de dignidad: es el principio máximo del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), “con un valor inherente intrínseco al ser humano y arraigado en su esfera personal y condición de ser” , según sostiene Gialdino citado por Mejías (Mejía Cáez, 2017).

- La dignidad humana “es una condición con la cual los seres humanos nacen, un patrimonio innato de todos aquellos, de manera que donde exista vida humana, habrá dignidad humana” (Mejía Cáez, 2017).

En este punto se considera relevante incorporar textualmente, la noción moderna del constructo de dignidad, que justamente se precisa en el marco de la fundamentación de los derechos humanos:

Como puede verse, desde este enfoque todo ser humano, por el hecho de serlo, por el hecho de ser racional y libre y por tanto capaz de moralidad, es sujeto de dignidad, valor absoluto y no relativo, fin en sí y no medio. Y precisamente porque tiene esa dignidad, ni deben tratarle los demás hombres como puro medio (la dignidad es fuente de sus poderes-derechos, que obligan al respeto a los otros) ni debe tratarse a sí mismo en condición de tal (no debe alienar su libertad) (Gómez Isa & Pureza, 2004).

Este constructo de dignidad aparece en la mayoría de los preámbulos de los instrumentos fundamentales y positivos del DIDH (Mejía Cáez, 2017), es así que se puede leer en las primeras líneas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 1948), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), de la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (1987), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994).

• **El principio de la libertad – autonomía:** la libertad es definida por Gómez y Pureza, como “la capacidad de elegir sin coacción y realizar entre varias posibilidades la que se prefiere” (p. 74), es decir, el DIDH reconoce al ser humano como un ser libre y por ende, autónomo, capaz de determinar sus propias leyes y diseñar su propia realización. (Gómez Isa & Pureza, 2004)

En el marco del DIDH se delinea el alcance de la libertad, en dos dimensiones, una privada, que busca “garantizar que el individuo tenga la máxima libertad para perseguir sus fines personales” (Gómez Isa & Pureza, 2004), y otra pública, cuando se trata del “derecho a participar en la vida política de la sociedad a fin de regular

entre todos la convivencia y el diseño y logro de objetivos comunes” (Gómez Isa & Pureza, 2004).

Esta libertad y autonomía como principios del DIDH se concreta pragmáticamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tales como: libertad de asociación, de expresión, de religión, entre otros.

• **El principio de la igualdad / no discriminación:** establece que “todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios” (Mejía Cáez, 2017). Este mismo autor Mejías, insiste en que estos dos constructos, igualdad y no discriminación, están estrechamente vinculados, siendo complementarios bajo la premisa de que las personas libres por naturaleza, deben ser iguales ante la ley y en este mismo sentido, la ONU indica que “...porque la ley, no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas, y esta no debe permitir discriminación alguna, porque la ley prohíbe toda discriminación y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier violación de este mandato (Organización de las Naciones Unidas, 1979)

Ahora bien, en el documento titulado “Derecho Humano. Manual para Parlamentarios número 26 de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Unión Interparlamentaria, 2016) se expresan una serie de principios adicionales que garantizan el cumplimiento de los derechos humanos y que se exponen a continuación:

. Los derechos humanos son inalienables: es decir, que “ninguna persona puede ser despojada de sus derechos humanos, salvo en circunstancias legales claramente definidas” (Unión Interparlamentaria, 2016)

• **Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes:** tomando como consigna que:

Cada derecho humano trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, así que la violación de un derecho afecta al ejercicio de otros [...]. En consecuencia, los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales son complementarios e igualmente indispensables para la dignidad e integridad de toda persona. Además, el respeto de todos los derechos es un requisito fundamental para la paz y el desarrollo sostenibles. (Unión Interparlamentaria, 2016)

Estas características son complementadas por Carpizo (2011), indicando que los derechos humanos gozan de:

- **Universalidad:** porque constituyen un asunto de la comunidad internacional.
- **Historicidad: se fundamentan en tres aspectos esenciales:** (i) La historia evolutiva de la humanidad; (ii) el contexto situacional de cada país; y (iii) los problemas y necesidades actuales, y los retos a enfrentar.
- **Progresividad:** implica una ampliación progresiva en cuanto al número y contenido de los derechos humanos como a su eficacia y control.
- **Aspecto protector:** los derechos humanos amparan y protegen a todo ser humano, sin importar quien fuere.
- **Indivisibilidad:** fomenta la visión de que todos los derechos, bien sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o de solidaridad conforman una unidad.
- **Eficacia directa:** se refiere a la vinculación directa de las autoridades, grupos, personas, poderes públicos nacionales y organizaciones internacionales.

Además, de estas características esenciales, reconocidas ampliamente en la literatura académica, también se cuenta con una extensa lista de los derechos humanos, entre los cuales se manifiestan el *derecho a la vida* y el *derecho a la libertad religiosa*, que representan los temas de principal interés para el desarrollo de la presente investigación, orientada al análisis de la problemática actual del ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto al ejercicio y titularidad del derecho a la libertad religiosa y su necesaria conciliación con el derecho a la vida, constituido como un derecho fundamental de relevancia constitucional, especialmente, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes para los cuales existe una protección especial a través de su interés superior.

1.2.2. El derecho a la vida

Lógicamente, antes de examinar el derecho a la vida, es necesario adoptar una definición de lo que es la vida. Si revisamos la bibliografía más connotada sobre este

término, de inmediato se notará lo difícil que es conceptualizarla y por supuesto, definirla. Por lo pronto, existe una de definición de vida desde el punto de vista biológico, filosófico y, desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, vale la pena tomar en cuenta lo que sostienen Héctor Mendoza Cárdenas y Sonia López García, quienes aseguran que:

Desde una óptica posmoderna y científica, no existe formalmente una definición de lo que debemos entender por vida y en consecuencia, tampoco existe un consenso científico acerca de lo que debe entenderse como "el inicio de una vida propiamente humana". Creemos que la vida, particularmente en su dimensión biológica no inicia, la vida se presenta como un continuo que fluye y se manifiesta de diversas y variadas formas (Mendoza Cárdenas & López García, 2011).

En efecto, para la biología, la vida es solo un intercambio de materia y energía, lo que permite la capacidad de nacer, desarrollarse, procrear, evolucionar y morir.

Para filósofos como Engels, según el Diccionario soviético de Filosofía, "Vida es la modalidad de existencia de los cuerpos albuminoides, modalidad que consiste, sustancialmente, en el proceso de autorrenovación constante de los elementos químicos integrantes de esos cuerpos" (Engels, 2014). Es decir, que para este autor, vida significa existencia física, sencillamente, elementos químicos en movimiento, que permiten la autorrenovación constante. Según esta definición totalmente materialista, no coexiste con el cuerpo una vida psíquica, ni espiritual.

Para Aristóteles en cambio, la vida, es una actividad, y para Santo Tomás de Aquino, la vida es movimiento: "Son vivientes aquellos seres que se mueven a sí mismos". Para Ortega y Gasset, la vida es un proyecto, un acontecimiento. En este sentido indica "El hombre no es cosa ninguna, sino un drama -señala su vida, un puro y universal acontecimiento que acontece a cada cual y en que cada cual no es, a su vez, sino acontecimiento" (Ortega y Gasset, 2015).

La vida humana es *quehacer*, mejor dicho, una dificultad de ser, un modo difícil de ser, en fin, una problemática tarea de ser: "el hombre no sólo tiene que hacerse a sí mismo, sino que lo más grave que tiene que hacer es determinar lo que va a ser (Ortega y Gasset, 2015).

Para algunas religiones como el budismo, la vida es simplemente diferentes estados de reencarnación.

Finalmente, para José Rubén Sanabria, "Filosóficamente la vida es auto trascendencia, que es precisamente su modo propio de realización. Y como hay tres modos de auto trascendencia, hay tres grados de vida: vida vegetal, animal y humana" (Sanabria, 1987). De manera interesante, este autor plantea, que la vida es auto posesión.

Para el derecho, la vida es un bien fundamental jurídicamente protegido, inalienable. En este sentido, según José Hurtado Pozo, "Los bienes jurídicos son tales no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común" (Hurtado Pozo, 1987). Esta definición debe ser complementada con "la propia relación de disponibilidad que, respecto de ciertos objetos, reconoce y garantiza el orden normativo" según expresa (Niño, 1994).

Para la autora de esta investigación la vida es el hecho natural fundamental, que no sólo tiene que ver con el corpus físico, sino también con el psíquico y espiritual, convertida ésta en un derecho protegido por el derecho tanto internacional como por las Constituciones de los Estados.

Ahora bien, a lo largo de la historia, a la vida se le ha apreciado como un derecho, que tiene un gran peso, en las sociedades que son civilizadas, o que con el pasar del tiempo se han ido civilizando. Según la historia, en el inicio de la sociedad humana, la vida de sus hijos era un bien, del cual sus progenitores podían disponer como ellos quisieran, o según su criterio, era lo adecuado. Se puede decir que las personas no tenían poder de decisión sobre sus vidas, incluso, llegó a ser una mercancía a la cual podían acceder los más poderosos ya sea por compra, (esclavitud), como pago por una deuda, o simplemente, como botín de guerra en las grandes gestas de conquista de territorios.

La mayor crueldad se presentaba cuando por desgracia, dentro del seno de una familia emergía una persona cualquiera fuera su género, que tenía deficiencias físicas o mentales, éste era entregado al jefe de la familia, para que el decidiera si podía

seguir viviendo, o se terminaba con su vida, ya que en estas condiciones, esta persona no tenía la posibilidad de llegar a la producción de dinero, por lo que constituía una carga para la familia y la sociedad.

Al transcurrir el tiempo, el significado de la vida cobró la connotación de un valor inapreciable. Es aquí cuando nace el derecho a la vida, el cual se trata a continuación.

El “derecho a la vida es el derecho humano supremamente fundamental y no puede ser derogado ni siquiera en tiempos de guerra o en estados de emergencia” (Unión Interparlamentaria, 2016).

Martínez (2015), ya había esbozado esta posición de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos al expresar que:

La vida es [...] el primero de todos los derechos si consideramos al titular de éste como generador de cualquier otro derecho posible. En este sentido, es inviolable y no admite excepción alguna, es decir, se tutela tanto en el ámbito privado como en el público a fin de cubrir la dimensión personal. (Martínez Martínez, 2015)

Otra autora María Luisa Piqué, refiere que el derecho a la vida es considerado en la mayoría de los instrumentos jurídicos como un derecho fundamental para todo ser humano, y a juicio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representa un requisito previo para el disfrute del resto de los derechos humanos, pues de no ser respetada la vida humana, todos los demás derechos carecen de sentido (Piqué, 2013). La misma autora aclara que:

El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna (Piqué, 2013)

Pero hay que tomar en cuenta aquí, que no existe una concepción única sobre el derecho a la vida, sino que hay varias, entre ellas están: 1. Derecho a permanecer vivo; 2. Derecho a vivir con dignidad; 3. Derecho a recibir todo lo necesario para no morir de manera inmediata; 4. Derecho a que no maten a la persona, 5. Derecho a

que no maten a la persona arbitrariamente. En el primer caso, o sea, el derecho a permanecer con vida, es sostenida por autores como Enrique Evans, quien indica:

Todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida... (...) La vida, por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal... (Evans, 2004)

En el mismo orden, José Cea afirma que:

Hemos ya advertido que este es el derecho más importante, porque es el supuesto, la base y la finalidad de todos los demás derechos, sin excepción. Perder la vida es quedar privado de todos los derechos que sólo tenerla hace posible disfrutar (Cea Egaña, 2004).

Por eso mismo, Cea sostiene que "El derecho a la vida y a la integridad física de la persona son los derechos fundamentales por excelencia..." (Cea Egaña, 2004).

Esta postura de los autores conlleva a afirmar, que el derecho a la vida es el derecho primario, el de mayor sustantividad, el esencial, que sin él los demás derechos no tienen razón de ser, al extremo que Ángela Vivanco indique que:

No se trata de unos más de los tantos derechos que encontramos en diversas declaraciones, cartas y listados, sino que constituyen una suerte de derecho germen inicio de todos los demás y, por ello, especialmente relevante y esencial. En efecto, la vida tiene la particularidad de ser no sólo un atributo del ser humano sino de confundirse con él mismo (Vivanco Martínez, 2006, págs. 242-243).

Finalmente, Mario Verdugo y otros infieren que:

El reconocimiento al derecho a la vida aparece referido preferentemente al soporte biológico y psíquico del hombre. Es así como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona fue aprobado por vía consecencial. Si una persona es mutilada o torturada, ya sea física o psicológicamente, se está atentando en contra de su vida (Verdugo Marinkovic, Pfeffer Urquiaga, & Nogueira Alcalá, 1994).

Pero esta postura del derecho a permanecer vivo, es objeto de acervas críticas pues la vida es limitada y ningún ordenamiento jurídico podría asegurar la vida permanente a nadie, en este sentido, este derecho no sería asegurado por el Estado

La segunda postura en torno al derecho a la vida es la de que es un derecho a vivir con dignidad. Es decir, que el mismo supone no sólo el derecho a vivir, sino además, a vivir bien, vivir dignamente. Sobre este particular se pronuncia José Cea, quien indica que "...el derecho a la vida abarca los progresos de las ciencias biológicas y la técnica médica para salvar la existencia de quien padece enfermedades que la ponen en peligro, o de proporcionarle una extensión de su vivencia con dignidad.. ." (Cea Egaña, 2004), refiriéndose en este caso el autor a que el derecho a la vida supone gozar de condiciones ambientales, materiales y espirituales que lo hagan sentir como persona digna, que en la práctica significa poder estudiar, trabajar, vestirse, comer, vivir en una casa cómoda, divertirse sanamente, entre otros.

En esta misma postura se ubica Enrique Evans y otros, quienes afirman que:

El derecho a la vida comprende el derecho a la integridad, a la salud, a la (legítima) defensa. No basta vivir, es necesario vivir con la plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos de que estamos provistos por naturaleza y vivir bien para conseguir los fines humanos, rechazando aun con la fuerza la agresión injusta (Evans, 2004).

Esta posición por supuesto, rechaza la vida en pobreza, con carencias de todo tipo, que hace ver al ser humano como personas en condiciones de vulnerabilidad, y en efecto así es, pues les faltan los medios para acceder a la justicia, sufren todo tipo de discriminación y maltrato.

Los que critican esta posición indican que el término vivir bien es impreciso, pues cada quien tiene una consideración propia de lo que es vivir bien, de esta manera, esto tiene diversos significados por ejemplo, para una monja, un joven liberal, un utilitarista, además, podría entenderse que es vivir con ciertas comodidades de tipo material, aunque la manera de adquirir esas condiciones no puedan ser las más legales.

Así mismo indican, que la vida digna nada tiene que ver con el Estado ni con terceros, sino muchas veces, por la conducta propia del individuo. En consecuencia, dice Rodolfo Figueroa García-Huidobro "no tendría sentido en tal hipótesis decir que al titular se le ha vulnerado su derecho a la vida" (Figueroa García Huidrobo, 2008).

La tercera concepción sobre el derecho a la vida es la mencionada por Thomson, según la cual el derecho a la vida es tener derecho mínimamente a lo que se necesita para la continuación de la vida. En este caso, se da el ejemplo de la persona que está muerta de hambre, por lo que necesita ingerir alimentos, su derecho a la vida es entonces, recibir alimentos.

A esta postura se le critica, que la persona que necesita lo mínimo necesario para seguir viviendo, no tiene derecho a exigirlo, además, esta postura se basa en la causalidad, lo que disuelve la idea de responsabilidad jurídica. Finalmente, a esta postura se le critica que equipara derecho a la vida con la salud, un ejemplo de ello se encuentra en los casos del Sida del año 1999, cuando se presentó a la corte un argumento que interpretaba el derecho a la salud como aquel que comprende el derecho a recibir lo necesario para no morir. En general, según esta postura, sobre el derecho a la vida, “todas las personas que podrían salvar a otros serían jurídicamente responsables de la muerte de los enfermos” (Figueroa García Huidrobo, 2008).

Una cuarta concepción sobre el derecho a la vida sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a no ser asesinado. Esta postura ha sido sostenida por los enemigos del aborto, por considerar que el nasciturus es una persona que tiene derecho a vivir, tal es el caso de Ecuador donde la Constitución prohíbe el aborto.

A esta concepción se le critica que entonces según ella el derecho a la vida siempre prohíbe matar a otro lo que hace que se transforme en un derecho absoluto, pues en ningún caso se podría matar a una persona, pero entendido así, no se podría matar ni siquiera en legítima defensa.

Para la autora de esta investigación, el derecho a la vida es la síntesis de las cinco posturas anunciadas anteriormente, por lo que definiría este derecho como un derecho relativo, que incluye el derecho a permanecer vivo incluso desde la concepción, a menos que la persona se enfrente en legítima defensa, que la vida que tenga sea digna y plena y que pueda tener lo mínimo necesario para la continuación de la vida bajo la responsabilidad del Estado.

Pues bien, a partir del documento titulado “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, se pueden citar los diferentes artículos relacionados con el derecho

a la vida en el marco normativo básico:

- Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Organización de Naciones Unidas, 1948).

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) Artículo 6.1. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (Organización de Naciones Unidas, 1966)

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Artículo I. “Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. (Organización de Estados Americanos, 1948)

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana): Artículo 4. Derecho a la vida 1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (Organización de Estados Americanos, 1969).

1.2.3. El Derecho a la salud

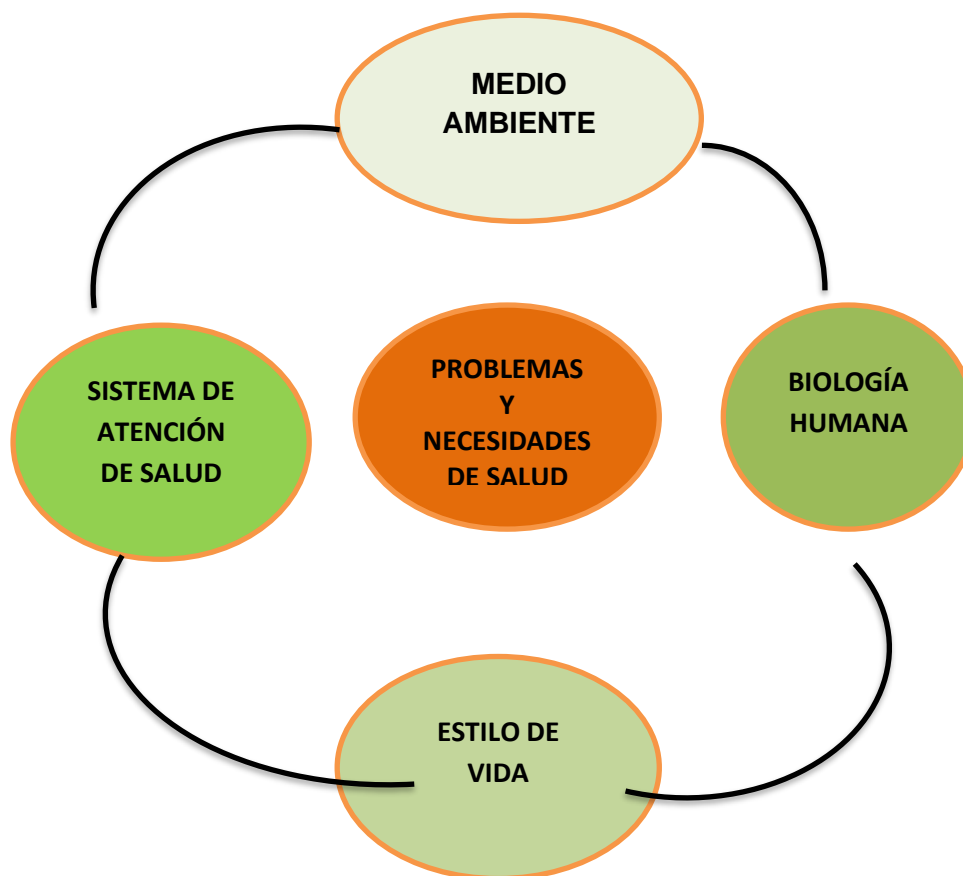
Hablar de salud es tratar un tema de muy vieja data, pues siempre el ser humano ha presentado situaciones que lo alejan de la salud, por eso no es extraño que este tema sea considerado en todas partes como un bien cuya conservación y recuperación se constituye en una importante necesidad, tanto para las individualidades como para la sociedad. A pesar de ello, no existe una visión única sobre la salud y cada quién parece entenderla a su modo, debido a que en este tema están presentes creencias, valores, normas, conocimientos y tradiciones. Por eso se toma la decisión de tomar como definición la que da la Organización Mundial de la Salud (OMS), que indica que ella es “un estado de completo bienestar físico, mental y social” (Organización Mundial de la Salud, 1946).

Siguiendo el mismo patrón definitorio de la OMS, la Ley Orgánica de Salud de Ecuador en su artículo 3 define la salud como “El completo estado de bienestar

físico, mental y social y no solamente, la ausencia de afecciones o enfermedades” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006). Es decir, que la salud en Ecuador es entendida en sentido amplio, y no de manera restringida como ausencia de enfermedad.

Sobre los problemas y necesidades del campo de la salud, Carol Buck presenta el siguiente gráfico:

GRAFICO 1: Campo de la salud.



Fuente: (Buck, 1986)

Richard Wilkinson y Michael Marmot señalan como determinantes de la salud, los siguientes: ingreso y posición social, redes de apoyo social, educación, empleo y condiciones de trabajo, entornos físicos seguros y limpios, características biológicas y constitución genética, desarrollo del niño y servicios de salud (Wilkinson & Marmot, 2003). Como se observa, los autores hacen alusión prevalente a condiciones físicas

que contribuyen a una mayor o menos salud de la ciudadanía. De ello se desprende, que la población que más estaría predispuesta a tener buena salud es la clase con mayores recursos económicos, mientras que los pobres económicamente, tienen mayores posibilidades de sufrir problemas relacionados con la salud. A continuación se muestra una tabla representativa de estos determinantes y sus premisas fundamentales:

Tabla 1: Determinantes de la salud y sus premisas fundamentales

DETERMINANTES	PREMISAS FUNDAMENTALES
Ingresos y nivel social	La situación de salud mejora a medida que los ingresos y la jerarquía social son más altos. Los ingresos altos determinan mejores condiciones de vida. Las poblaciones más sanas se encuentran en las sociedades que son prósperas y con distribución equitativa de la riqueza.
Redes de apoyo social Educación	El apoyo de las familias, los amigos y las comunidades se asocia con una mejor salud. Las respuestas efectivas al stress y el apoyo de la familia y los amigos constituyen una relación favorable y de apoyo que parece actuar como un amortiguador en contra de los problemas de salud. La situación de salud mejora con el nivel de educación, la cual aumenta las oportunidades de ingreso y seguridad en el trabajo y proporciona a las personas un sentido de control con respecto a las circunstancias de la vida, factores clave que influyen en la salud.
Empleo/condiciones de trabajo	El desempleo, el subempleo y el trabajo estresante se asocian con un estado de salud deficiente. Las personas que tienen más control de sus circunstancias laborales y menos exigencias relacionadas con el estrés del trabajo, son más sanas.
Entornos sociales	El conjunto de valores y normas de una sociedad influye de diferentes maneras en la salud y el bienestar de los individuos y las poblaciones. Además, la

	estabilidad social, el reconocimiento de la diversidad hace aportes a la salud.
Entornos físicos	Los factores físicos en el entorno natural por ejemplo, calidad del aire y del agua son influencias claves en la salud. La acción transformadora del individuo en cuanto a seguridad, apertura de vías etc. también aportan influencias importantes.
Prácticas de salud personales y aptitudes de adaptación.	Los entornos sociales que permiten y respaldan elecciones y estilos de vida saludables, así como el conocimiento, las intenciones, los comportamientos y los estilos de vida de las personas y las aptitudes de adaptación para enfrentar la vida de manera saludable, son influencias claves en la salud.
Desarrollo sano del niño	El efecto de experiencias prenatales de la infancia temprana en la salud, el bienestar, las habilidades de adaptación y la competencia son muy importantes. Los niños nacidos en familias de altos ingresos tienen mayores posibilidades que aquellos nacidos en familias de bajos ingresos de tener bajo peso al nacer, comer alimentos menos nutritivos y tener más dificultades en la escuela.
Características biológicas y genéticas	La biología básica y la constitución orgánica del cuerpo humano, son factores determinantes de la salud. La dotación genética proporciona una predisposición hereditaria a un amplio rango de respuestas individuales que afectan la situación de salud.
Servicios de salud	Los servicios de salud en particular aquellos diseñados para mantener y promover la salud, prevenir enfermedades y restituir la salud y el funcionamiento contribuyen a la salud de la población.
Género	El género se refiere al conjunto de funciones determinadas por la sociedad, rasgos de personalidad, actitudes, comportamientos, valores, poder e influencia relativos que la sociedad atribuye a los dos sexos sobre una base diferencial.

Cultura	Algunas personas o grupos pueden enfrentarse a riesgos adicionales para la salud debido a un entorno socioeconómico el cual está determinado en gran parte, por valores culturales dominantes que contribuyen a la perpetuación de condiciones como la marginación.
----------------	---

Fuente: (Wilkinson & Marmot, 2003)

Ya habiendo planteado, tanto la definición de salud como sus determinantes, ahora se analizará el derecho a la salud, ya sabiendo con exactitud a que se refiere este derecho humano.

En cuanto al derecho a la salud, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), indica que el goce de la salud en un alto nivel, es un derecho humano fundamental de los individuos, el cual incluye la accesibilidad a una buena y oportuna atención sanitaria. En este caso es enfática la Constitución de la OMS al indicar que “El derecho a la salud significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano” (Organización Mundial de la Salud, 1946)

En este mismo sentido, la OMS establece que:

El derecho a la salud abarca libertades y derechos. Entre las libertades se incluye el derecho de las personas de controlar su salud y su cuerpo (por ejemplo, derechos sexuales y reproductivos) sin injerencias (por ejemplo, torturas y tratamientos y experimentos médicos no consensuados). Los derechos incluyen el derecho de acceso a un sistema de protección de la salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar del grado máximo de salud que se pueda alcanzar. Las políticas y programas de salud pueden promover o violar los derechos humanos, en particular el derecho a la salud, en función de la manera en que se formulen y se apliquen. La adopción de medidas orientadas a respetar y proteger los derechos humanos afianza la responsabilidad del sector sanitario respecto de la salud de cada persona (Organización Mundial de la Salud, 2017).

Como se observa en el texto de la cita, las personas en general tienen derecho a controlar su salud y su cuerpo según la OMS, pero no a disponer del cuerpo o la salud de los demás, en lo que se incluye a los hijos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en torno a la salud en su artículo 25 lo siguiente:

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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (Organización de Naciones Unidas, 1948).

De esta cita se desprende que sin un nivel de vida adecuado no es posible lograr la salud del individuo, y además, que los Estados tienen la obligación de proveer la seguridad social para quien se enferme. Pero si alguna situación es importante en este artículo es la mención a la infancia a los cuales se les otorga el derecho a cuidados y asistencia especiales. Por supuesto, el artículo debe interpretarse a la luz del interés superior del niño.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24 establece el derecho de los niños sin discriminación alguna a la protección que requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (Organización de Naciones Unidas, 1966).

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define el derecho a la salud como el "derecho al más elevado estándar de salud posible" (Organización de Naciones Unidas, 1966)

Este Pacto establece en el artículo 12:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad

de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (Organización de Naciones Unidas, 1966).

En este artículo se destacan aspectos de suma importancia tales como: 1. los Estados parte reconocen el derecho a la salud física y mental de todos los ciudadanos, incluso en el nivel más alto y para eso debe tomar medidas o sea, generar políticas públicas para reducir la mortalidad infantil, el desarrollo sano de los niños, la higiene del trabajo y del medio ambiente, la prevención y el tratamiento de las epidemias y endemias de todo tipo y especialmente profesionales y el aseguramiento de la asistencia médica y servicios médicos para los enfermos. Es decir, tomar medidas tanto preventivas como curativas.

En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en el año 1948, establece en la primera parte de su artículo XI que todas las personas tienen el derecho a la preservación de su salud por medidas sanitarias y sociales.

También la Convención Americana de Derechos Humanos, efectuada en San José, Costa Rica entre el 7 al 22 de noviembre de 1969, trata el tema del derecho de la salud en su artículo 19 cuando establece que todos los niños tienen el derecho subjetivo a las medidas de protección de la familia, la sociedad y el Estado que les corresponde por ser niños. Esta defensa del niño se sostiene en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. En esta Convención se prevé en su artículo 24 el reconocimiento de los Estados sobre el derecho que tienen los niños:

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 (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

Como puede verse, prácticamente todos los pactos, Declaraciones y Convenciones sobre derechos humanos le proveen a los niños y adolescentes de normas protectoras a su vida, libertad y salud. Pero además, si ya el niño o adolescente ha adquirido la madurez suficiente, el debe ser consultado sobre todas aquellas cuestiones que tengan que ver con sus derechos.

Ahora bien, en Ecuador el derecho a la salud es un derecho protegido por la Constitución. En este sentido, la Carta magna establece en su artículo 32:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Así que según la Constitución ecuatoriana la salud es un derecho que es garantizado por el Estado, pero que no es independiente de otros derechos sin los cuales no es posible la salud como el derecho al agua, los alimentos, educación, cultura física, trabajo y ambiente sano. Al hablar de ambiente sano, evidentemente no se refiere solamente al ambiente físico, sino al que acaricia el alma y la psiquis.

En cuanto a la Ley Orgánica de Salud, se define en su artículo 3 el derecho a la salud como:

Un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

En este caso es necesario preguntarse ¿Tiene el niño, niña y el adolescente derecho humano a la salud de manera individual, por encima de las decisiones de sus padres?. Si alguna duda hubiera sobre la respuesta a esta interrogante, a continuación se expone el contenido del artículo 44 de la Constitución ecuatoriana que establece:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Y como si fuera poco, la Constitución ratifica en su artículo 45:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica;... a la salud integral...al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten... (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Queda claro entonces, que los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a la Constitución de Ecuador siguiendo las directrices de los pactos, Convenciones y Declaraciones internacionales, tienen sus propios derechos como el de la salud, que es un derecho inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, por lo que no pueden los padres sin violentar el texto constitucional, prohibir o limitar el derecho de la salud a sus hijos, por lo que cuando los padres prohíben la transfusión de sangre a sus hijos necesítandolo, están transgrediendo su derecho a la salud y a la vida.

Por su alta importancia en esta investigación, a continuación se exponen algunos artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia, en este sentido el artículo 9 de este instrumento legal expresa que la responsabilidad compartida función básica del padre y la madre es el respeto, protección y cuidado de los hijos, además de la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Es decir, que los padres no tienen la responsabilidad de obligar a que sus creencias o ideologías se le impongan a sus hijos, sino más bien, proteger sus derechos, que no son otros que la vida, la salud, entre otros y en el artículo 10 se le

da la responsabilidad al Estado de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a los padres a cumplir con estas responsabilidades. Altamente interesante resulta el artículo 11 del citado Código, el cual hace referencia al interés superior del niño, al que define como un principio de interpretación del Código:

Que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento... Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla **(Ecuador, Congreso Nacional, 2003)**.

De la cita se desprenden tres conclusiones altamente importantes: 1. Que el interés superior del niño es un principio de interpretación para el Código que impone a todos de manera ipso jure el deber de cumplirlo y 3. Que la opinión del niño hay que escucharla si está en capacidad de darla.

No hay duda entonces, que los padres no pueden imponer su opinión sino que están sujetos a normas expresas, lo que se complementa con el texto del artículo 13 del citado Código que indica con claridad y precisión que “Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este código” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003), refiriéndose lógicamente, a los derechos y garantías pautadas para niños y adolescentes y se complementa con el in fine del artículo 12 del Código que hace alusión a que: “en caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003).

De lo que se desprende, que los padres deben ser respetados en sus creencias religiosas, pero ello no puede prevalecer sobre los derechos y garantías de los niños como el derecho a la salud y a la vida digna, como lo estipulan los artículos 20, 26 y 27 del citado Código.

Para culminar con este importante aspecto del derecho a la salud, se hace mención a la sentencia 0012-09-SIS-CC, de la Corte Constitucional de transición

publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del viernes 30 de octubre de 2009, en la que se manifiesta que:

El derecho a la salud es de carácter justiciable, a raíz del incumplimiento de la resolución No. 0244-2008-RA del 14 de julio de 2008, dictada por la Tercera Sala del ex Tribunal Constitucional y en dicho fallo se determina que ...más aún reconoce a la salud como un derecho constitucional y se percata de la necesidad de determinar con claridad el titular de dicho derecho, el deudor de las obligaciones, en estos casos positivos y negativos, además el alcance de sus obligaciones, restricciones y limitaciones (Ecuador, Corte Constitucional de transición, 2009)

1.2.4. El derecho de libertad

No es fácil definir la libertad, porque aún no se consigue unos términos unívocos que expresen una aproximación a lo que esto significa. Por eso, se explicarán aquí por lo menos tres maneras de encarar esta definición: como una descripción, como esfera de acción valiosa y como libertad positiva o negativa, tal como lo hacen Ramón Soriano, Carlos Alarcón y Juan Mora Molina, en su obra Diccionario Crítico de los Derechos Humanos (Soriano Díaz, Alarcón Cabrera, & Mora Molina, 2000).

El Derecho de libertad desde el punto de vista descriptivo, pareciera indicar que el derecho de libertad sin mucha reflexión podría significar "Hacer lo que uno quiere", con lo que se indica la inexistencia de límites. De esta manera, la idea de libertad está referida únicamente a las acciones humanas, como lo entendieron Hobbes o Bentham, sin limitaciones de ningún tipo, criticándole a esta postura, que la acción de los seres humanos sin limitaciones puede ocasionar daños a los demás. Así, cualquiera tiene libertad para matar a otro u otros, sin castigo lógicamente, porque sencillamente está haciendo uso de su libertad ilimitada.

En la segunda postura, o sea, el derecho de libertad con uso valorativo o normativo, se encuentra Emmanuel Kant citado por Manuel Fraijó, el cual entiende la libertad como una esfera jurídicamente protegible en la que las personas pueden actuar libremente, pero respetando la correlativa libertad de los demás. Es decir, que la libertad llega hasta donde empieza la de los demás (Fraijó, 1994)

En el mismo sentido se pronuncia Stuart Mill, para quien la libertad es una acción valiosa, pero en el entendido que es como un círculo impenetrable a la interferencia ajena, es decir, tiene sus límites en la ley, pues no le es dable a nadie cometer delitos en nombre de la libertad (Mill, 2014). Así pues, aunque este uso valorativo de la idea de libertad es el que más se acepta, hay muchos de pensamiento iusnaturalista que aún hacen uso del derecho de libertad en sentido descriptivo.

Otra postura teórica en torno al derecho de libertad es el de Isaiah Berlín quien sostiene que hay dos conceptos de libertad, la negativa y la positiva, ello no significa que la positiva sea la buena y la negativa la mala, pues tanto una como la otra son tipos de libertad valiosos. Sin embargo, para este autor, la libertad positiva es la que considera más riesgosa. En todo caso, la diferencia entre estos dos tipos de libertad es que la negativa denota la ausencia de impedimentos u obstáculos a una acción emprendida o por emprender y la positiva como expresión autonomía o independencia para hacer o no hacer algo (Berlin, 1969).

Frente a estas concepciones sobre la libertad, bien vale la pena preguntarse ¿Tienen los seres humanos un derecho general a la libertad?. Para ello hay tres posibles respuestas: en el primer caso, el debate se asienta sobre si en la escala de valores va primero la libertad sobre por ejemplo, la igualdad o la seguridad. En un segundo plano está la concepción de doctrinarios como Friedrich Hayek, quienes han sostenido que la prioridad del derecho es la libertad negativa o sea carente de impedimentos para actuar, pudiendo ella solo limitarse en beneficio de la propia libertad (Hayek, 2019). Otra tendencia liberal pero atemperada es la sostenida por Jhon Rawls, quien sostiene que lo defendible es “un conjunto de libertades básicas, que salvaguarden la autonomía personal y política de todos los individuos” (Rawls, 1997).

Ronald Dworkin, también fija posición en el tema cuando indica que no se puede defender el derecho general a la libertad, sino que al contrario, lo realmente prioritario es la igualdad y el respeto, porque ello incluye las libertades fundamentales (Dworkin, 2019). Sin embargo, a esta postura se le critica que cuando se exige igualdad y respeto sin más consideraciones, lo que realmente se está exigiendo es libertad como autonomía y no mera igualdad.

Como se ve, no hay una postura única en torno a la libertad, sino diferentes maneras de concebirla, por eso, la autora se queda con la definición dada por Ramón Soriano y otros, en la que indican que:

La libertad debe configurarse como un derecho público subjetivo en la medida en que pertenece a la persona por razón del «status jurídico» que esta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico-pública cuyo sujeto activo y pasivo son el sujeto individual y el Estado, titular de derecho y obligaciones respecto a los individuos (Soriano Díaz, Alarcón Cabrera, & Mora Molina, 2000)

Para finalizar este aspecto es necesario señalar, que la Constitución de Ecuador no aporta una definición específica de libertad, ni de derecho de libertad, sin embargo, estos derechos que en las anteriores constituciones fueron conocidos como derechos civiles, ahora son los derechos de libertad, entre los que se cuentan: la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, el derecho a una vida digna, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, la objeción de conciencia, la igualdad formal y material, derecho a la no discriminación, la reserva sobre sus convicciones, el derecho a tomar decisiones libres sobre sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por todo el territorio nacional, así como a escoger su residencia y domicilio, la libertad económica y de trabajo, a la propiedad en todas sus formas con sus respectivas limitaciones, a disponer de bienes y servicios de calidad, a vivir en un ambiente sano entre otros.

1.2.5. El derecho de libertad religiosa, de culto y de objeción de conciencia

Para el desarrollo de esta temática se toma en cuenta inicialmente, dilucidar los aspectos relacionados con la religión, la cual ha sido definida por diversos autores. En el caso de la sociología, la religión tiene un amplio historial de investigación. Roberto Cipriani afirma que es posible clasificar estas definiciones en dos categorías: las de carácter sustantivo y las de carácter funcional (Cipriani, 2004). Entre los sociólogos que han tenido posturas frente al tema están Durkheim, a quien se le ubica

en una definición sustantiva de religión, en este sentido, Durkheim la define como “un sistema solidario de creencias y prácticas relativas a las entidades sacras, es decir, separadas, prohibidas; creencias y prácticas que unen en una misma comunidad moral, llamada iglesia, a todos los que se adhieren a ella” (Durkheim, 1993).

Max Weber también se ubica en las definiciones sustantivas de la religión al definirla como “un sistema de reglamentación de la vida, que ha sabido reunir a su alrededor a grandes cantidades de fieles” (Weber, 1998). Otro sociólogo enmarcado en esta misma concepción sustantiva es el norteamericano Gerhard Emmanuel Lenski, para quien la religión es un sistema compartido de creencias asociadas a prácticas, todo en un conjunto articulado en torno a fuerzas superiores que influyen en el destino de los seres humanos (Lenski, 1961).

Estas definiciones sustantivas abordan directamente el objeto de estudio de manera categórica. Es decir, expone un enfoque estructural, a nivel de macrosociología, mientras que otra forma la presenta el enfoque funcional de la religión. Sobre este último expresa Esteban Maioli “ Las definiciones funcionales de la religión se caracterizan por centrar su atención en la función que ejerce la religión en el conjunto del tejido social” (Maioli, 2011).

Dentro de las definiciones funcionales está la de Niklas Luhmann para quien la religión tiene como función precisa, la reducción de las complejidades de las sociedades altamente complejas (Luhmann, 2009). Es decir, la religión trata de representar lo que no es representable; captando de esta manera al mundo en su totalidad. El ejemplo es claro: dios es universal, es para todos: ricos y pobres, negros, amarillos, mestizos, indios y blancos, para los que están en Australia y los que están en América latina, para los niños y también para los adultos mayores. La idea es de totalidad.

Los antropólogos como Clifford Geertz, también definen la religión como:

Un sistema de símbolos que obra para establecer vigorosos, penetrantes y duraderos estados anímicos y motivaciones en los hombres, formulando concepciones de un orden general de existencia y revistiendo estas concepciones con una aureola de efectividad tal que los estados anímicos y motivaciones parezcan de un realismo único (Geertz, 2003).

En todo caso, la religión como sistema de creencias entra en la esfera privada del ser humano, lo que la convierte en un derecho humano subjetivo, y es que cada quien está en el derecho de aspirar a tener una elevada conexión con un ente superior, omnipotente e imparcial que ayuda al ser humano frente a todas las adversidades de la vida. Por supuesto, la pertenencia a una religión supone asistir a ceremonias, rituales, cultos y hacer oración, además de las exigencias normativas que hace cada una de esas religiones.

Dentro de las muchas religiones existentes en el mundo está la de los testigos de Jehová cuyo origen data de finales del siglo XIX cuando su fundador el economista Charles Taze Russell, surgido del protestantismo norteamericano, empezó a estudiar la biblia y a exponer sus enseñanzas, el cual influenciado por el pensamiento del pastor adventista Nelson Barbour creyeron en principio, que el mundo se iba a acabar en ese siglo y que el redentor Jesucristo se presentaría de manera presencial, pero después como esto no ocurría, empezaron a predicar, que Cristo vendría pero en espíritu, de allí su slogan "Cristo viene" (Calzato, 2006)

La religión de los testigos de Jehová es totalmente monoteísta, no creen en la inmortalidad del alma, por lo tanto no creen en la vida en el más allá, porque para esta religión el alma según la Biblia el alma es una entidad viviente que puede estar dotada de cuerpo. Por eso, creen en la resurrección de los cuerpos posteriormente al Armagedón que es el fin del mundo. Los testigos de Jehová no creen en la trinidad o sea, padre, hijo y espíritu santo, sino que Dios es el padre y Jesucristo es el hijo, el cual nació físicamente de María, y que además, tuvo otros hermanos, por lo tanto no aceptan la virginidad de ésta, ni su adoración, no aceptan las manifestaciones es populares religiosas porque según ellos son paganas. No aceptan ni las relaciones prematrimoniales ni el adulterio. El tema sexual lo relacionan con la conducta.

Esta religión tiene su sede principal en Estados Unidos donde está el denominado cuerpo gobernante y se agrupan en congregaciones estando ellas por un grupo de ancianos que es quien las supervisa. La religión se financia a través de donaciones voluntarias y esas donaciones se hacen normalmente mediante la adquisición de libros y revistas como la Atalaya y Despertad. Profesan unas creencias que los unifica y que les sirve para predicar el amor y la paz, tratando de tener siempre una conducta que agrade a Jehová lo que incluye la negación a comer sangre de

animales y a recibir transfusión de sangre, porque asocian las transfusiones con la alimentación, pero esta negativa ha traído demasiados problemas en el orden medicinal.

La negativa a las transfusiones lo justifican en base a los textos del Antiguo y Nuevo testamento. La misma fue impuesta por el líder de la religión, Natan Homer Knorr, quien inició su magisterio en 1942, fundando esta creencia en los versículos 15:28 y 29 del libro de Hechos y Gálatas 5:19-21. Ellos manifiestan respetar las leyes de los Estados, pero siempre que no vayan en contra de la palabra de Dios. Su presidente actual es Milton G. Henschel que se inició en 1992.

Dentro de este contexto explicativo debe indicarse que Ecuador al ser un país pluricultural ha aceptado sin dificultad, como parte de la diversidad, todas las creencias religiosas, por eso, en el censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos del Ecuador (INEC), en el año 2010, se hizo un estudio estadístico oficial de la filiación religiosa en el país. El estudio fue hecho a personas mayores de 16 años, en varias ciudades de Ecuador como Quito, Guayaquil Cuenca, Machala, lo que dio como resultado, que el 80,44% de la población es católica, el 11,30% Evangélica y el 1,29% son Testigos de Jehová (Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2012).

Presentadas estas estadísticas es necesario entonces preguntarse ¿Hay discriminación religiosa en Ecuador?. De acuerdo con las investigaciones realizadas por diferentes personas sobre libertad religiosa en Ecuador, en Ecuador si existe aún la discriminación religiosa a pesar de las disposiciones constitucionales, a este respecto, Paredes (2017), expresa que:

La lucha contra la discriminación religiosa es uno de los problemas actuales que se visualizan en el Ecuador, todo ello pese a que el Art. 11, núm. 2 de la Norma Suprema lo prohíbe, situación que se presenta tanto en el orden público como privado toda vez que no se ha entendido que la religión puede ser un valor espiritual con una conexión colectiva de mucha importancia que permite mantener la identidad de determinada organización religiosa, que se ve interrumpida mediante la discriminación a todo tipo de actuaciones, incluyendo a las de profesar y de conseguir fieles o creyentes en sus prácticas religiosas... Mientras que el segundo punto de vista responde a las personas

que sufren de discriminación religiosa, que pueden conllevar a problemas más graves, como ser víctimas de delitos de odio, conforme se tipifica en el Código Orgánico Integral penal; toda vez que la discriminación no solo se presenta de forma verbal que sería una afectación psicológica; sino también mediante agresiones físicas que pueden atentar contra el derecho a la vida o la salud de la persona. (Paredes Caisa, 2017)

De acuerdo con la cita anterior, la discriminación religiosa si existe en Ecuador a pesar que existe una prohibición expresa en el texto constitucional y que las personas discriminadas pueden ser objeto de la violación de otros derechos expuestos en la Constitución.

María José Proaño Brito en el año 2014 también como investigadora de la libertad religiosa y de cultos afirma que:

Varios ecuatorianos han tenido que soportar que sus derechos sean violados ya sea en mayor o menor magnitud, desde el derecho de los padres para escoger educación religiosa o laica para sus hijos, hasta el derecho de individuos de poner prácticas religiosas por encima de su salud. (Proaño Brito, 2014)

Con las afirmaciones de estas dos investigadoras queda claro, que en Ecuador se produce la discriminación religiosa, cuestión que choca con las disposiciones constitucionales que prevén el derecho humano a la libertad religiosa y de cultos, quizás, el problema está en el desconocimiento de la población sobre el alcance de este derecho o simplemente, por cuestiones de cultura, no se reconoce la diversidad de religiones y el derecho de cada persona a profesar la religión que desee.

Ya analizados los aspectos de la religión y visto el resultado de investigaciones previas que confirman que en Ecuador hay discriminación religiosa, se pasa ahora en concreto a analizar el derecho a la libertad religiosa, de cultos y de objeción de conciencia.

Amalia Patricia Cobos sostiene que la libertad religiosa puede ser entendida como “un cúmulo de ideas que llevan al individuo o a una colectividad a fijar sus creencias religiosas - espirituales, a establecer relaciones y participar en los ritos inherentes de un determinado credo” (Cobos Campos, 2015)

La libertad religiosa supone que el individuo se sienta con el derecho subjetivo de elegir voluntariamente la religión o creencia de su agrado, lo que puede entrañar “la sustitución de una religión o creencia anterior por otra, o abrazar convicciones ateístas, o conservar la propia religión o creencia”. (Organización de las Naciones Unidas.. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2016). Una definición más completa sobre el derecho a la libertad religiosa la aporta (Roa Roa, 2015), quien afirma que este derecho del ser humano no es más que:

El derecho de los individuos y las comunidades a tener un conjunto de ideas sobre la existencia de un ser superior o divinidad, unas normas éticas de conducta individual y colectiva, unos ritos para agradecer o celebrar a su deidad, una forma de relacionarse con el ser superior y la posibilidad –no obligación- de manifestar o exteriorizar este conjunto de ideas de manera individual y colectiva, siempre dentro de una concepción relativa de los derechos fundamentales que se adhiera a los límites del orden público y respete los derechos de terceros (Roa Roa, 2015).

En este contexto, también Rafael Calonge opina que:

La libertad religiosa es un derecho inalienable del individuo. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión como derecho envuelve la libertad de poseer o de adoptar una religión o convicción según la elección de su conciencia individual, así como el de manifestar esa convicción en público o en privado, mediante el culto, el cumplimiento de ceremonias religiosas y determinadas prácticas, así como el respeto a las creencias de los otros. (Moreno, 2017)

Desde una mirada más integradora María Patricia Cobos expone que el derecho a la libertad religiosa se puede disgregar en tres derechos distintos, estos son:

El derecho a la libertad religiosa, que está relacionado con la potestad del individuo para establecer sus propias creencias religiosas y expresarlas en forma individual o colectiva. 2.El derecho a la libertad ideológica, cuyo principal componente lo son los juicios axiológicos que el propio sujeto titular del derecho realiza ante las decisiones que implican cuestiones éticas. 3. El derecho a la libertad de culto, que se refiere fundamentalmente a la libre posibilidad de practicar rituales, individuales o colectivos, pertinentes a una determinada corriente religiosa. (Cobos Campos, 2015)

Necesario es señalar, que la libertad religiosa es un derecho humano consagrado en los instrumentos internacionales, de esta manera, la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa en su artículo 18:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (Organización de Naciones Unidas, 1948).

Según la cita, dentro de lo que se define como libertad se ubica la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad de religión, o sea, que la libertad se debe interpretar de la manera más amplia. Es decir, que el derecho a la libertad religiosa se basa en el fuero interno que significa el derecho subjetivo de todas las personas a conformar sus pensamientos, opiniones, convicciones y creencias propias

Por otra parte, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siguiendo el patrón orientador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección (Organización de Naciones Unidas, 1966)

Pero, esta libertad religiosa al igual que otros derechos humanos, no es absoluta o sin condiciones, sino relativa, pues tiene sus límites impuestos en las Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales, con adaptación en las Constituciones y leyes de los Estados.

Sobre esta temática Daniela Aceituno Silva expresa que:

La libertad religiosa está limitada por el reconocimiento y ejercicio de los derechos o libertades de los/as demás, quedando prohibidas las injerencias arbitrarias o ilegales, los ataques a la honra y reputación, el odio, la discriminación y la hostilidad. Desde esta perspectiva, las personas, colectivos e instituciones tienen la obligación de respetar los derechos para todas las personas sin discriminación. Una cultura de derechos humanos se construye en la medida que somos capaces de desnaturalizar malas prácticas que se juegan en nuestra convivencia humana. Si bien es cierto, el problema no se resuelve exclusivamente con claridades legales, normativas e institucionales, necesitamos un Estado robusto, capaz de hacerse cargo de sus obligaciones de respeto, garantía y promoción de los derechos humanos (Aceituno Silva, 2016).

En efecto, la libertad religiosa no es libertinaje religioso en el sentido de que los fieles de cualquiera de las religiones por más influencia estadística que tenga, haga lo que mejor le parezca, pues el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dispone una libertad limitada por el derecho y libertades de los demás, por lo que no está permitida la injerencia arbitraria que perjudique los derechos y libertades de otros individuos. Esta afirmación es fundamental en este estudio, donde se trata de dilucidar, si el derecho de los padres sobre los hijos le permiten negar tratamientos médicos a sus hijos, que les devuelva la salud y que incluso no pierdan la vida.

En el ámbito internacional se puede reseñar el caso español, donde los límites del derecho a la libertad religiosa se circunscriben en diferentes artículos de la Constitución (CE) y de la Ley Orgánica para la Libertad Religiosa (LOLR), quedando dispuestas las siguientes limitaciones:

El orden público, establecido en el artículo 16.1 C.E como límite específico de la libertad religiosa, cuyos elementos constitutivos en el ámbito de una sociedad democrática se concretan en el artículo 3.1 de la LOLR en las cláusulas seguridad pública, salud y moral pública...El ejercicio de los derechos de los demás, recogido en el artículo 10.1 CE como límite general al ejercicio de todos los derechos, que se establece como límite particular de la libertad religiosa en el artículo 3 de la LOLR (García Acosta, 2008).

España, siendo una de las naciones más católicas, prevé constitucionalmente la libertad religiosa pero limitada por el orden público, seguridad pública, salud y moral pública.

Abraham Barrero Ortega al hablar de la libertad religiosa en España señala que:

Aun compartiendo sustancialmente el razonamiento de la mayoría del Constitucional, no hay que perder de vista que, a partir de la consideración de la libertad religiosa no ya como derecho subjetivo sino como principio, el Estado está obligado a promover las condiciones necesarias para su plena eficacia sin que, en algunos casos, baste la mera abstención. La propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para el disfrute real y efectivo de las facultades que integran el contenido esencial de tal derecho, con expresa referencia a los establecimientos hospitalarios. En base a estas consideraciones, y como pone de manifiesto el voto particular del magistrado J. D. González Campos, no se puede descartar que, siempre a partir de una cuidadosa ponderación de los bienes y recursos en juego, quepa exigir a la Sanidad pública que ofrezca terapias alternativas (Barrero Ortega , 2005)

En esta cita de Barrero se destacan dos aspectos fundamentales para el análisis que se está realizando, en primer lugar, que no basta con que el Estado prevea la libertad religiosa en su texto constitucional y en la leyes, sino que tiene que generar políticas públicas que garanticen la libertad religiosa como principio y no como mero derecho subjetivo y segundo, que frente a las situaciones que se presentan en el ámbito médico que chocan con las creencias religiosas, deben buscarse terapias alternativas que sustituyan a las que por razones de conciencia se rechacen.

1.2.6. El niño y el adolescente

En el artículo 4 del Código de la Niñez y la adolescencia se define al niño o niña como: “la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003). O sea, que según el artículo 4 del Código antes citado, las edades del niño y del adolescente están muy bien delimitadas, por lo que no queda sino caracterizar desde el punto de vista físico y psicológico a estas personas.

El niño, o sea, la persona con edad de tres a seis años, va perdiendo la grasa que tiene cuando es un bebé, va creciendo su tejido muscular, sus brazos y piernas se vuelven más delgadas y así mismo, la parte superior de su cuerpo, por eso se ven delgados y frágiles, luego van tomando más peso, lo que los hace ver más fuertes. Su cráneo también aumenta de tamaño pero la mandíbula inferior se vuelve más pronunciada y el rostro se ve que va madurando. En el ámbito psicológico, el niño apenas va conociendo las cosas, pero requiere tiempo para hacer representaciones, siempre mencionará lo que conoce como sus juguetes, su perrito, sus padres, hermanos y otros familiares cercanos, o su nana, pero no puede explicar nada con precisión. Por lo tanto, los niños hasta los seis años, dependen totalmente de los adultos que los rodean.

Entre los 6 y los 12 años de edad, los niños crecen aproximadamente entre 5 y 8 centímetros y aumentan de peso casi el doble, por supuesto, dependiendo de la genética. El crecimiento es lento pero constante “hasta que se produce el estirón a partir de los 9 años en las niñas y de los 11 en los niños” (Martínez García, 2019).

En cuanto a su desarrollo psicológico, la manera de pensar del niño va creciendo y haciéndose más flexible siendo capaz de relacionar nuevas ideas y conceptos. Entra en esta etapa el profesor como adulto significativo. En esta etapa el niño necesita del juego con sus amigos y deseo de libertad que lo expresa corriendo, gritando, subiéndose en todas partes, por eso en esta edad, los niños no deben tratarse como adultos, sobrecargándolo de exigencias. Ellos sienten empatía con otros y cambian su perspectiva con el objeto de ponerse en el lugar de otro.

En esta etapa el niño está aprendiendo, pero no tiene la madurez suficiente para empoderarse de las ideas y creencias de otros, ni siquiera de sus padres, ya que sus intereses son otros y apenas si se dan cuenta del significado de ritos, y creencias. Es decir no están en capacidad de decidir nada, porque no han alcanzado la madurez necesaria para ello. En esta edad ellos sólo hacen o dicen lo que sus padres le inculcan o lo que ven en los demás, pero sin elaboración propia, por eso más bien son fantasiosos y son tímidos en la mayoría de los casos frente a los demás. Por cierto, aquí termina la niñez y comienza la adolescencia. Sin embargo, ahora el niño se ve en la disyuntiva de enfrentarse ya con la realidad externa y adaptar su comportamiento a ese mundo real que lo circunda.

El adolescente de 12 a 16 años, está en pleno proceso de crecimiento, las niñas empiezan a menstruar y eso les va dando la configuración de su cuerpo, crecen, le emergen las mamas y las redondeces del cuerpo, la cintura se marca.

En esta etapa aun demuestran una gran inmadurez, empiezan a coquetear con los varones, se vuelven cada vez más independientes, son rebeldes y tratan de poner a prueba sus capacidades y el forjamiento de una personalidad autónoma. En esta edad, normalmente, si no tienen una orientación constante y profunda por parte de los padres, hermanos mayores y otros familiares, así como de los docentes, empiezan sus relaciones de pareja, lo que tiene para ellos una gran trascendencia, ayudándolos a madurar en su propia identidad. Ya en esta edad desarrollan la lógica deductiva y se formulan supuestos, que tratan de probar en la realidad, lo que hacen por la curiosidad normal del ser humano.

Pero esta etapa de la adolescencia también es de una gran rebeldía, todo lo cuestionan, pero son a su vez idealistas, viven un mundo de ensueño. Por eso necesitan traspasar esta edad y acercarse a la adultez para obtener una posición definida y estable en relación con sus ideas. En esta última etapa de la adolescencia, buscan su propio sendero y ensayan ciertas vías alternativas a las asumidas anteriormente como correctas. Ya en la adolescencia, a pesar de su madurez inacabada ya toman sus propias decisiones y saben con más o menos lo que están haciendo.

Esta inmadurez y vulnerabilidad del niño y del adolescente, es lo que se ha tomado en cuenta para su protección constitucional y legal, en este sentido, la Constitución del Ecuador vigente, expresa en sus artículos 44 y 45 la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y el aseguramiento del ejercicio pleno de sus derechos atendiendo al principio de su interés superior, en el entendido, que sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas. Altamente interesante este postulado constitucional, porque se interpreta en esta investigación, que habiendo intereses que colidan, prevalecen los derechos del niño y el adolescente sobre los demás.

Ahora bien, el derecho a la libertad religiosa es una facultad integral de cada ser humano, por lo cual un menor de edad es titular de derechos fundamentales, esta libertad habilita al menor a decidir qué ideología religiosa el desea profesar, aunque

siendo titular de derechos casi nunca pueden ejercerlos personalmente ya sea por su inmadurez tanto física , mental como psicológica es por eso que muchas de las veces quien asigna una ideología religiosa al menor es quien ejerce su patria potestad o su tutor.

Es importante mencionar que el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 alude a la obligación de los Estados de respetar la libertad de religión del menor, así como: “los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (Organización de las Naciones Unidas, 1989) ,este fue el primer instrumento jurídico con representación internacional con el cual se reconoció la libertad religiosa del menor ,así los derechos fundamentales de todos los menores a ejercer su libertad y a su desarrollo integral se dan a respetar con la ayuda de cada uno de los tutores legales pero como anteriormente se mencionó en esto no tiende a cumplirse.

O que como es común pueda haber problemas dentro del núcleo familiar por el hecho que el padre no está de acuerdo con la religión que quiere profesar su hijo y el cual termina planteando un problema del ejercicio de los derechos fundamentales del menor, muchas veces los tutores legales o quien ejerce su patria potestad ,pueden asimilarse como jueces ya que quieren imponer la ideología religiosa en la que fueron criados, pero la patria potestad es una acción que deben ejercer a favor de su hijo menor.

Es por eso que en materia religiosa al menor no se le puede considerar como una persona incapaz ya que en el ordenamiento jurídico le otorga capacidad para practicar determinados actos con la presencia de su tutor legal.En definitiva, estamos en el inicio de un proceso de reconocimiento de los menores como sujetos de derechos. Este nuevo camino conduce hacia una mayor igualdad entre los niños y los adultos, siendo el tiempo quien nos reafirme su auténtico sentido.

Es indiscutible que dependiendo del grado de madurez es obligatorio ,para que el menor pueda tener plena libertad de escoger su derecho de libertad religiosa, esta investigación solo se da en países como España, Argentina, Chile y Perú es significativo puesto que dentro de la Constitución Ecuatoriana todos tenemos

derechos la cual se da desde la concepción por eso hice hincapié en un poco de este tema puesto que como bien sabe es un tema de mucho interés y se tiende a aplicar también en nuestro país .Por el simple hecho de que esto de las ideologías religiosas se transmiten de generación en generación sin tener mucho en cuenta si esta ideología religiosa es del agrado del menor, aun así cuando los niños toman conciencia la ideología religiosa profesada por sus tutores deja de ser la de él porque ya no es de su agrado o tal vez solo fue por complacer a su padres.

Esto concuerda perfectamente con la postura de Abraham Barrero Ortega, quien expresa al referirse a una sentencia del Tribunal Constitucional de España, que:

La STC 154/2002, la única que hasta la fecha se ha pronunciado sobre la negativa del menor de edad a recibir un remedio médico, no alberga duda alguna: la vida debe prevalecer. El menor es titular de la libertad religiosa, pero eso no implica «reconocer la eficacia jurídica de un acto (...) que, por afectar en sentido negativo a su vida, tiene, comonotas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable». En este punto sí hay plena coincidencia con las soluciones de la jurisprudencia comparada. Primero, porque «no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza (...) que el menor fallecido (...), de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital». Y, «en todo caso», como cláusula de salvaguardia, porque la vida es «un valor superior del ordenamiento constitucional» y, por tanto, «preponderante». La decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental y no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de auto disposición sobre su propio ser. Por eso no merece reproche alguno la actuación del juez que autorizó la transfusión en las concretas circunstancias del caso (Barrero Ortega , 2005).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional de España es clara en su pronunciamiento, pues entre el derecho de religión y derecho a la vida prevalece el segundo. Pero además, se duda que un menor de trece años pueda tener la madurez necesaria para decidir sobre su vida, con lo que esta investigadora está absolutamente de acuerdo y finalmente, la auto disposición sobre la vida no está catalogado en ninguna declaración, Pacto o Convención Internacional como un derecho humano

1.2.7. La Filiación y la Patria Potestad

Según indica Ángel Acedo Penco, la filiación:

En el lenguaje común, filiación significa, la «procedencia de los hijos respecto a los padres» Se trata, por tanto, cuando la filiación es de sangre, de la relación biológica existente entre las madres y sus hijos/as, y entre los padres y sus hijos/as. No apareciendo vínculos biológicos, existen otros supuestos en los que, legalmente, en determinadas circunstancias, la ley atribuye tal vínculo entre padres e hijos... Desde un punto de vista biológico, todos los seres humanos tienen un padre y una madre, estén o no identificados uno o ambos, tratándose de un *hecho natural* que sirve de plataforma inicial, como regla general, para que el Derecho establezca la relación jurídica de la filiación materna y paterna, denominándose en tales casos *filiación por naturaleza*. A su vez, esta última dependerá de la existencia o no del matrimonio de sus padres, siendo *filiación matrimonial* si los progenitores estaban casados entre sí, o *filiación no matrimonial*, en ausencia de un matrimonio entre ellos. Además, cabe que se determine la filiación de la maternidad por naturaleza, solo de la madre soltera como consecuencia de la aplicación de las modernas técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta la protección legal del anonimato de los donantes de semen. Y todavía más, cabe la determinación de la *paternidad por naturaleza* solo del padre biológico cuando éste utiliza un vientre de alquiler, o paternidad por sustitución, para gestar sus propios hijos (Peralta Carrasco, Acedo Penco, & Silva Sánchez, 2017).

Queda claramente establecido en esta cita de Ángel Acedo, que la filiación es el nexo de sangre en sus distintas modalidades, reconocimiento o adopción, que une a los padres con los hijos. Entendiendo esto, hay que señalar, que efectos trae y ellos son: determina los apellidos, igualdad entre los hijos, obligaciones de alimentos, derechos sucesorios, patria potestad, entre otros.

La patria potestad es definida por el Código Civil ecuatoriano en el artículo 283, como “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados...” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

En la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en su artículo 347 se define esta patria potestad como “...el conjunto de deberes y derechos del padre y la madre en relación con los hijos e hijas que no hayan alcanzado la

mayoridad, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos e hijas.” (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007).

En Perú, el Código Civil de 1984, estipula que, la patria potestad incluye el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. El Código de los Niños y Adolescentes, por su parte no define la patria potestad, pero si señala los deberes y derechos que corresponden a los padres con relación a los hijos que están bajo su cuidado, pero sin importar su definición, el señalado Código establece en su artículo 74 los deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos:

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: a) Velar por su desarrollo integral; b) Proveer su sostenimiento y educación; c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente; e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren; y i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004° del Código Civil (Perú, Congreso de la República, 2001).

En Colombia, el Artículo 288 del Código Civil indica:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia (Colombia, Congreso de la República, 2020).

Como se observa, tanto en Ecuador como en Colombia se define la patria potestad como “conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados”, mientras que en Perú y Venezuela esta institución se define como “conjunto de deberes y derechos de los padres sobre los hijos”. La autora de esta

investigación está de acuerdo con la definición de Perú y Venezuela porque los términos son más precisos y reales.

De todas maneras en las legislaciones de todos los países, se estipulan los deberes y derechos que tienen los padres sobre los hijos y la reducción de la patria potestad se da porque ella tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en el Estado la facultad de privar de la patria potestad a los padres que no velen por los intereses superiores del menor, lo que se hace mediante un procedimiento judicial. Pero perder la patria potestad no significa perder los deberes y obligaciones que tienen con los hijos, sino que pierden son los derechos. Por eso no es lo mismo decir que la patria potestad es el conjunto de derechos de los padres con los hijos, que decir que es el conjunto de deberes y derechos de los padres con los hijos.

Lo que sí es un problema es que en la legislación ecuatoriana no existe al analizar la patria potestad, que el otorgamiento “de la validez de los actos que realiza uno de los progenitores cuando estos sean conforme al uso social y a circunstancias o en situaciones de urgente necesidad” (Seisdedos Muiño, 2005), cuestión que es clave también a la hora de analizar los derechos de la patria potestad y sus limitaciones a la hora de un problema de rechazo a la transfusión sanguínea. El problema se presentaría en la interpretación diversa de lo que es el uso social, porque lo que se refiere a urgente necesidad si es verdad que no tiene ninguna duda de interpretación.

En todo caso y en aras de aclarar mucho más, si la patria potestad permite que un padre haciendo uso de ella en Ecuador, pueda negarse a la transfusión sanguínea de un hijo , a continuación se expone un fragmento de sentencia de una juez de familia de Guayaquil en torno al tema:

Asumo conocimiento de la medida cautelar interpuesta por AB. MARIA JOSE FERNANDEZ BRAVO, DELEGADA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL GUAYAS, en contra de la señora Grimanesa Luz del Consuelo Álvarez Ruilova y la señora Noelia Indacochea Álvarez, al fin de precautelar el derecho a la salud y la vida del niño José Nicolás INDACOCHEA ALVAREZ, y por ser una garantía contemplada en la Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 88, se la acepta al

trámite, debiendo notificarse al Doctor Javier Chacón Cantos, Gerente Hospitalario del Hospital “Francisco Ycaza Bustamante” y, Dr. Max Barrera W. Líder de Neonatología del Hospital “Francisco Ycaza Bustamante, en la puerta de su despacho, como corresponde y así lo solicita el accionante a quien además se lo notificará en la casilla Judicial No.4660 y el mail mfernandez@dpe.gob.ec que han señalado.- De conformidad con lo prescrito en el Art. 26, 27, 32 y 33 de la Ley Orgánica de Control y Garantías Constitucionales y en concordancia con los artículos 3.1, 11, 44 y 45 del mismo cuerpo Constitucional, la suscrita Juzgadora en uso de sus facultades legales y constitucionales DISPONE: 1.- Que de manera inmediata el Doctor Javier Chacón Cantos, Gerente Hospitalario del Hospital “Francisco Ycaza Bustamante” y, Dr. Max Barrera W. Líder de Neonatología del Hospital “Francisco Ycaza Bustamante”, dispongan la aplicación de la transfusión sanguínea y aplicación de los hemoderivados que sean imprescindible para el tratamiento que requiere de manera urgente el neonato José Nicolás INDACOCHEA ALVAREZ, asilado en la Unidad de Cuidados Intensivos de la referida casa de salud; 2.- Que de manera inmediata los familiares del neonato se abstengan de solicitar o tramitar el egreso del neonato hasta que se hayan aplicado los procedimientos médicos necesarios para salvaguardar su estado de salud o disminuir los riesgos para su vida; inclusive con los procedimientos posteriores para garantizar su integridad personal; 3.- Dispongo que de la ejecución de las presentes medidas cautelares se me mantenga informada a través de la entidad solicitantes, esto es, la Defensoría del Pueblo.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. (Morejón Quiñonez, 2018)

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

Toda investigación se desarrolla mediante una metodología concordante con el problema y sus objetivos, de esta manera, la metodología cumple un papel clave para la orientación del estudio, pues ella define y sistematiza el conjunto de métodos procedimientos y técnicas, aplicables para producir un conocimiento veraz, válido, pertinente y confiable. La metodología implica señalar con precisión el paradigma de investigación, y si el caso es como ésta de tipo cuantitativa incluye: tipo de investigación, métodos, población y muestra, técnicas de investigación, conclusiones y recomendaciones.

2.1. Tipo de Investigación

La presente es una investigación mixta, donde se utiliza tanto la documental como la de campo. La investigación documental sirvió para darle el referente teórico a este estudio en todo lo que se relaciona con las limitaciones a la patria potestad en el caso de la libertad religiosa en la legislación ecuatoriana. Para su desarrollo se utilizaron documentos tales como artículos de revistas científicas, libros, leyes, la Constitución ecuatoriana y algunos extraídos de internet.

El trabajo de campo por su parte, se hizo a través de internet debido a los problemas de la cuarentena por efectos de la pandemia originada por el coronavirus. De esta manera se aplicó el cuestionario tipo encuesta a la muestra de seis (6) abogados, especialistas y con experiencia en materia de familia y materia civil, además, un (1) juez de familia y un (1) juez constitucional.

2.2. Población y muestra

La población de abogados con especialidad y experiencia en materia de familia es indeterminada, por ello se seleccionó una muestra intencional de seis abogados especialistas y con experiencia en materia de familia y materia civil, además, dos (2) jueces; un (1) juez de familia y un (1) juez constitucional.

La muestra intencional es aquella que obedece a un método de muestreo no probabilístico, y los sujetos muestrales son elegidos por el criterio del investigador

Por supuesto, esta muestra no es caprichosa sino que obedece al buen juicio del investigador, por ejemplo, en este caso, para escoger la muestra se tomó en cuenta que fueran abogados litigantes, que tuvieran especialidad en derecho de familia o derecho civil y que además tuvieran experiencia en el litigio. En el caso de los jueces, no son cualquier juez sino uno de familia y un juez constitucional que son los que se relacionan directamente con el tema de la investigación.

2.3. Técnicas e instrumentos de investigación

Las técnicas de investigación utilizadas fueron las siguientes:

1. En el caso de la investigación documental, se utilizaron las siguientes técnicas: recolección y selección del material documental, tomando en cuenta que fueran fuentes serias y veraces; además se usó el subrayado de ideas centrales, el resumen, los esquemas y los borradores de trabajo.

2. En el caso de la investigación de campo, se utilizó el cuestionario tipo encuesta con doce (12) preguntas de selección simple para la muestra de abogados y también se utilizó la entrevista para el caso de los jueces de familia con seis (6) preguntas.

2.4. Métodos

Los métodos utilizados en la investigación fueron: el descriptivo, el analítico, el de síntesis, interpretativo y crítico. A continuación se explica cómo se utilizó cada uno de ellos.

2.4.1. Método descriptivo:

Se utilizó para caracterizar la temática estudiada en su totalidad, lo que incluyó el problema de investigación, la teoría que lo respalda, los datos aportados por la muestra con sus respectivos análisis entre otros.

2.4.2. Método analítico:

El método analítico es un modelo de estudio científico ampliamente empleado en las ciencias, tanto en las naturales como en las ciencias sociales. Este método debe su nombre a que desmenuza el aspecto que estudia, es decir, lo descompone en sus elementos básicos para ir entrando en sus peculiaridades específicas. Este método es muy útil en la mayoría de los campos de estudio para lo que se emplean herramientas que sacan a la luz relaciones esenciales y características fundamentales del objeto estudiado.

El triunfo de este método en la ciencia se debe a que es un método progresivo y autocorrectivo, es decir, que a medida que se va aplicando, el investigador descubre nuevas aristas que lo hace devolverse y corregir para seguir el proceso.

En el caso del presente estudio, el método analítico se utilizó tanto en los aspectos teóricos tratados, los cuales fueron desmenuzándose paso a paso, lo que iba generando nuevos aspectos a tratar, pero también se utilizó en el trabajo de campo, especialmente, en el análisis de los resultados.

2.4.3. Método de síntesis

La exposición de los métodos de análisis y síntesis permite concluir, que mientras el primero es deconstructivo, el segundo es reconstructivo. De esta manera, ambos métodos se complementan en un todo perfecto, pues el investigador desmenuza los contenidos para encontrar las características más profundas y escondidas, mientras que el método de síntesis va reconstruyendo las innovaciones conseguidas para dar una respuesta concreta al fenómeno.

Por lo expuesto se puede afirmar sin lugar a dudas, que la síntesis es un método clave en la comunicación y la transmisión de información científica, es decir, en los resultados del estudio y sus conclusiones.

2.4.4. Método interpretativo

Interpretar definitivamente es esclarecer el sentido de un pensamiento, de una norma, de un texto, y ese sentido desentrañado es decisivo para conocer que se quiso

decir con esas normas, frases o pensamiento. En el caso de las normas, sirve sin lugar a dudas para la resolución judicial. o deducir el verdadero sentido de las costumbres testimonios y del usus fori. El ejemplo más importante sobre interpretación se deduce de la definición que da Marcial Rubio Correa cuando indica que:

La teoría de la interpretación jurídica, es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma (Rubio Correa, 2011).

Este pensamiento de Marcial Rubio Correa, es aplicable a cualquier texto al que sea necesario aplicar un pensamiento profundo y reflexivo para desentrañar su verdadero sentido.

En este sentido, el método interpretativo se utilizó en esta investigación para desentrañar el sentido del derecho a la religión como derecho humano establecido en los pactos internacionales y si ese derecho se extiende a los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos, para ello había que buscar en las normas con profundidad de pensamiento, lo que se puede observar durante el transcurso de la investigación.

2.4.5. Método crítico

Este método es propio del pensamiento crítico, el mismo que no se conforma con lo primero que encuentra, sin interpretarlo a profundidad de acuerdo a las circunstancias que lo rodean. Este método está íntimamente ligado al interpretativo. Por eso, el pensamiento crítico desafía la definición simplista o un resumen insustancial, porque el proporciona profundidad en el pensamiento, mostrando características propias como la autodirección, autorreflexión, autodisciplinamiento, autorregulación y la autocorrección. Y esto es precisamente, lo que le da la confiabilidad a la ciencia, de manera que el método crítico es fundamental para quien quiera investigar y hacer ciencia.

Las teorías inspiradas en este método se proclaman como guías de la acción humana, permitiendo una confrontación dialéctica entre lo ideal y la evidencia

empírica, transformando las nociones de la realidad. Esto se logra precisamente con esta investigación donde se confronta los derechos de la patria potestad con el rechazo de las transfusiones sanguíneas en los hijos de menor edad.

2.5. Resultados

Los resultados que aquí se exponen son el resultado de la aplicación de los cuestionarios tipo encuesta a la muestra seleccionada intencionalmente. Estos resultados se presentan en cuadros y tortas y al final de los mismos se explica que resultó de cada interrogante. La idea es, que estos resultados den origen a un análisis de resultados sustanciales para la investigación.

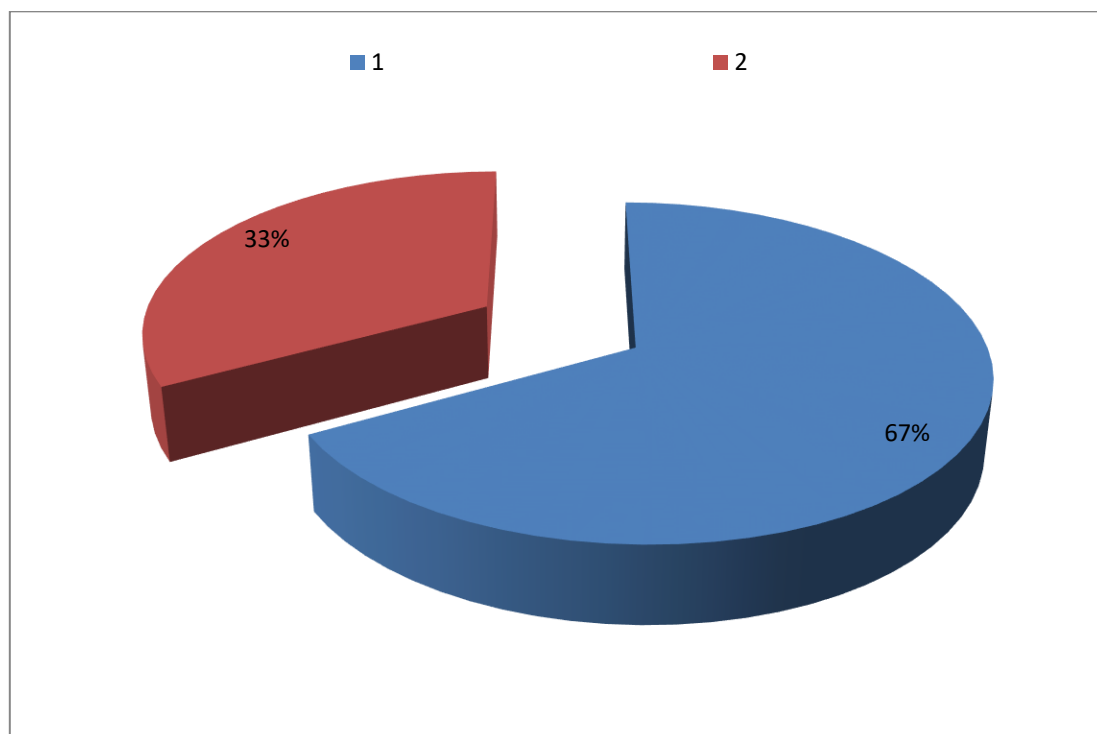
1. Cuestionario tipo encuesta aplicada a la muestra de abogados

Tabla 2 :Discriminación religiosa en Ecuador

Alternativa	F	%
Si	4	67
No	2	33

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 2 Discriminación religiosa en Ecuador



Elaborado por: Joselyn Montero

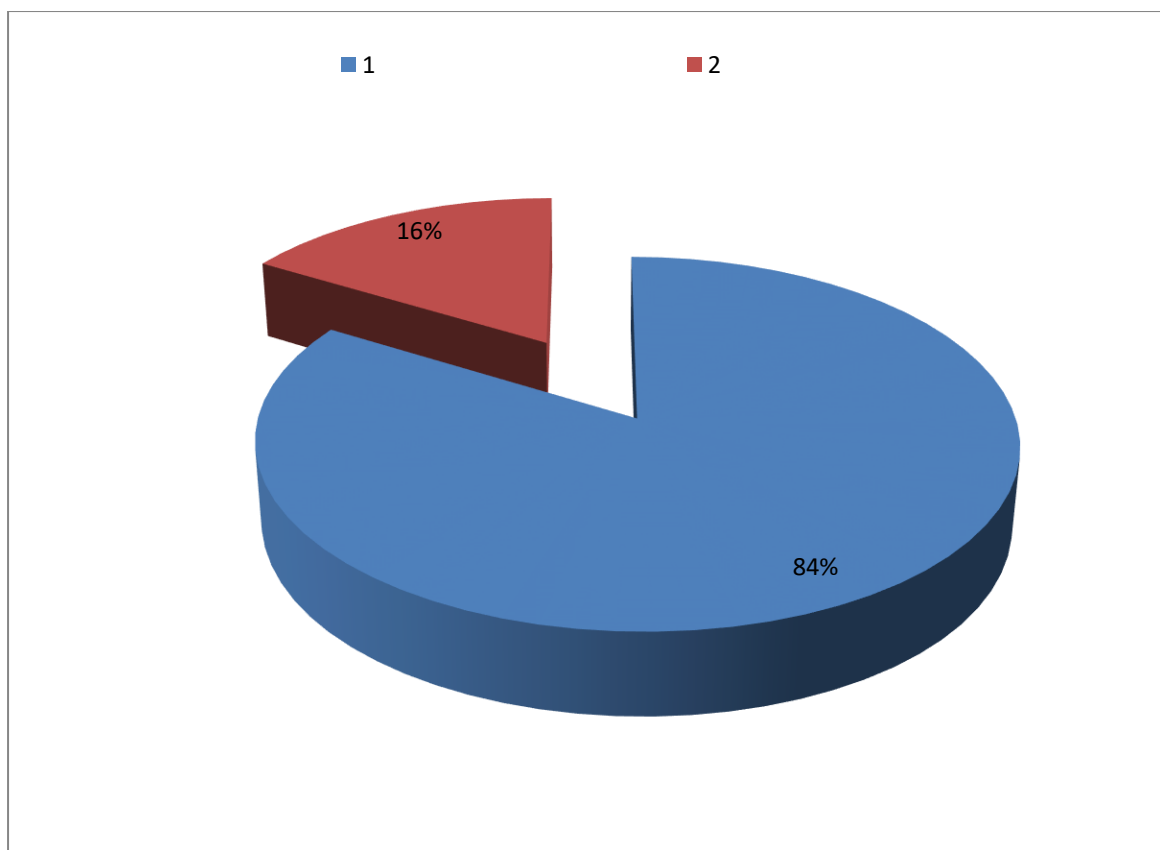
Los datos de la tabla y gráfico 2 indican que la mayoría de la muestra (67%) afirman que, si hay discriminación religiosa en Ecuador, mientras que sólo el 33% se pronuncia por la negativa de ello.

Tabla 3 Existencia de límites en la libertad religiosa

Alternativa	F	%
Si	5	84%
No	1	16%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 3:Existencia de límites en la libertad religiosa



Elaborado por: Joselyn Montero

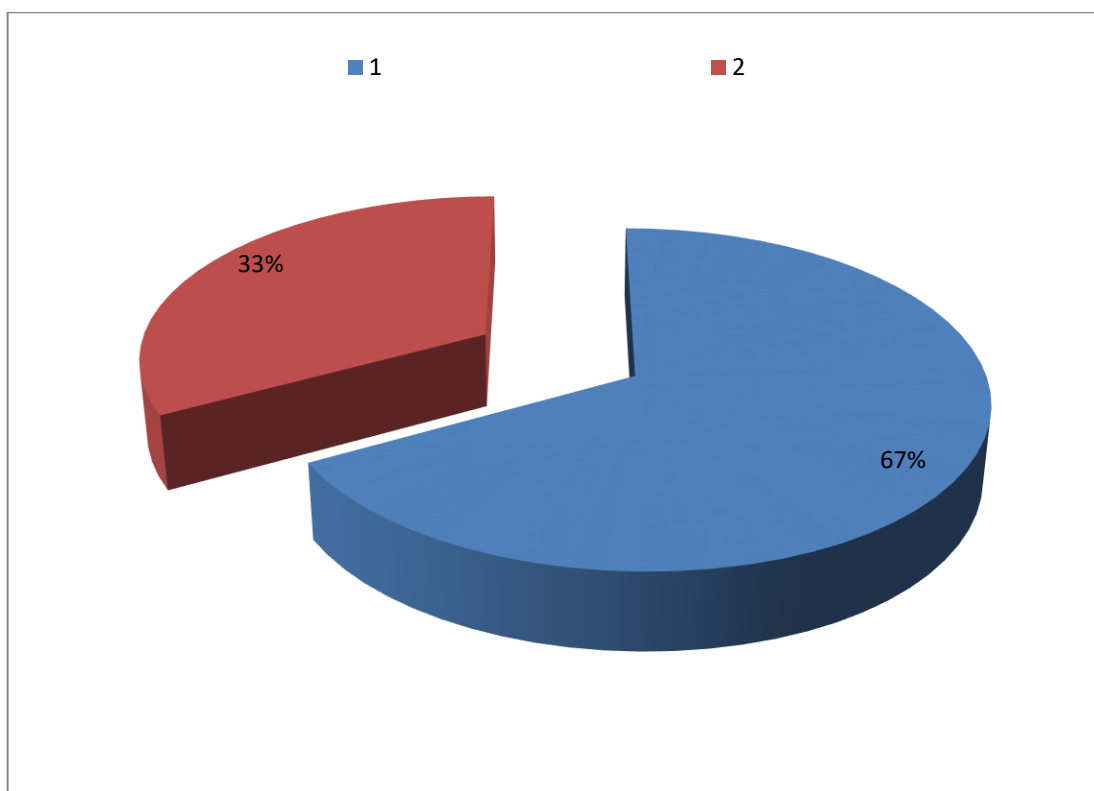
Los datos expuestos en la tabla y gráfico 3 indican que la mayoría de la muestra opina que si existen límites en la libertad religiosa, mientras que sólo un 16% lo niega.

Tabla 4 :Conocimiento sobre casos de choque entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos en Ecuador.

Alternativa	F	%
Si	4	67%
No	2	33%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 4: Conocimiento sobre casos de choque entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos en Ecuador.



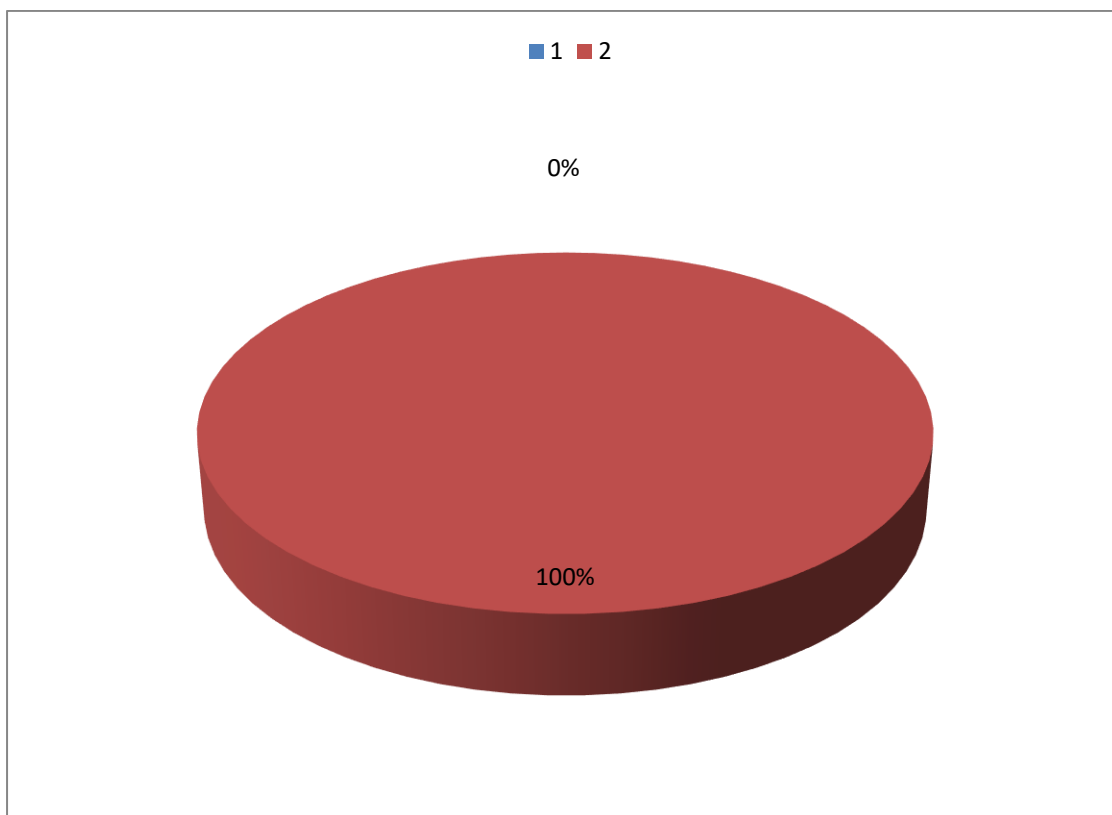
Elaborado por: Joselyn Montero

Los datos de la tabla y el gráfico 4 indican que la mayoría de la muestra (67%), afirma que si posee conocimiento sobre casos de choque entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos en Ecuador, pero un 33% no tiene conocimiento de ello.

Tabla 5: Opinión de la muestra sobre el rechazo a la transfusión sanguínea

Alternativa	F	%
Positiva	0	0%
Negativa	6	100%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRÁFICO 5: Opinión de la muestra sobre el rechazo a la transfusión sanguínea

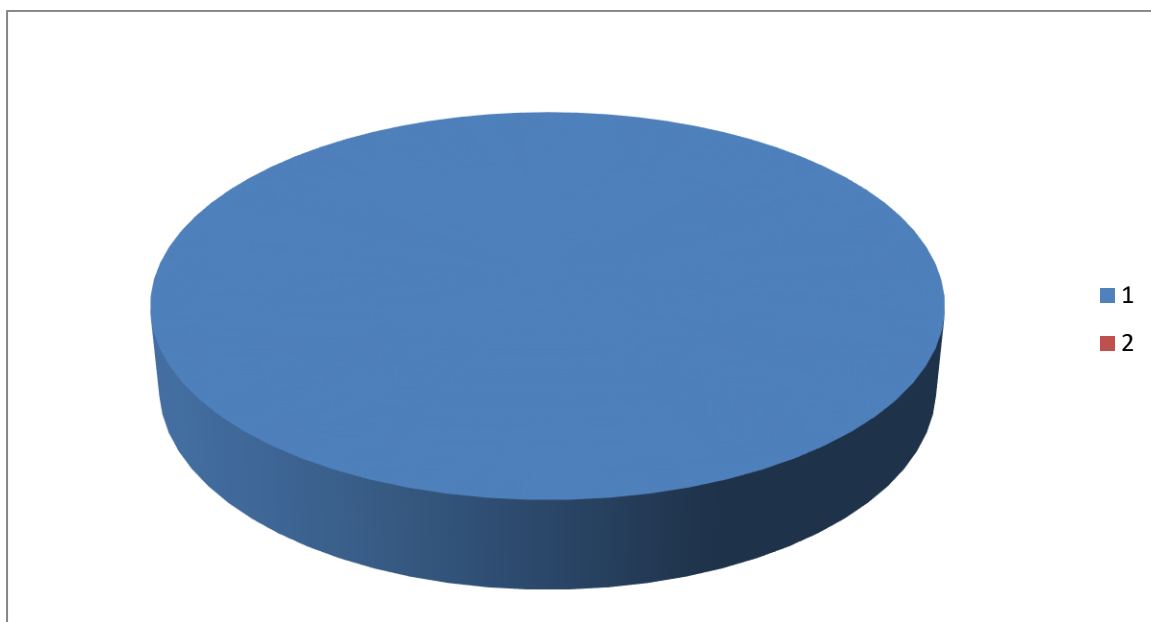
Elaborado por: Joselyn Montero

Los datos de la tabla y el gráfico 5 indican que la totalidad de la muestra acepta la transfusión sanguínea. Llama la atención que ninguno de los sujetos muestrales demuestra rechazo por las transfusiones sanguíneas.

Tabla 6: En el choque entre el derecho a la salud y la religión debe privar:

Alternativa	F	%
El derecho a la salud	6	100%
El derecho a la religión	0	0 %

Elaborado por: Joselyn Montero

GRÁFICO 6: En el choque entre el derecho a la salud y la religión debe privar:

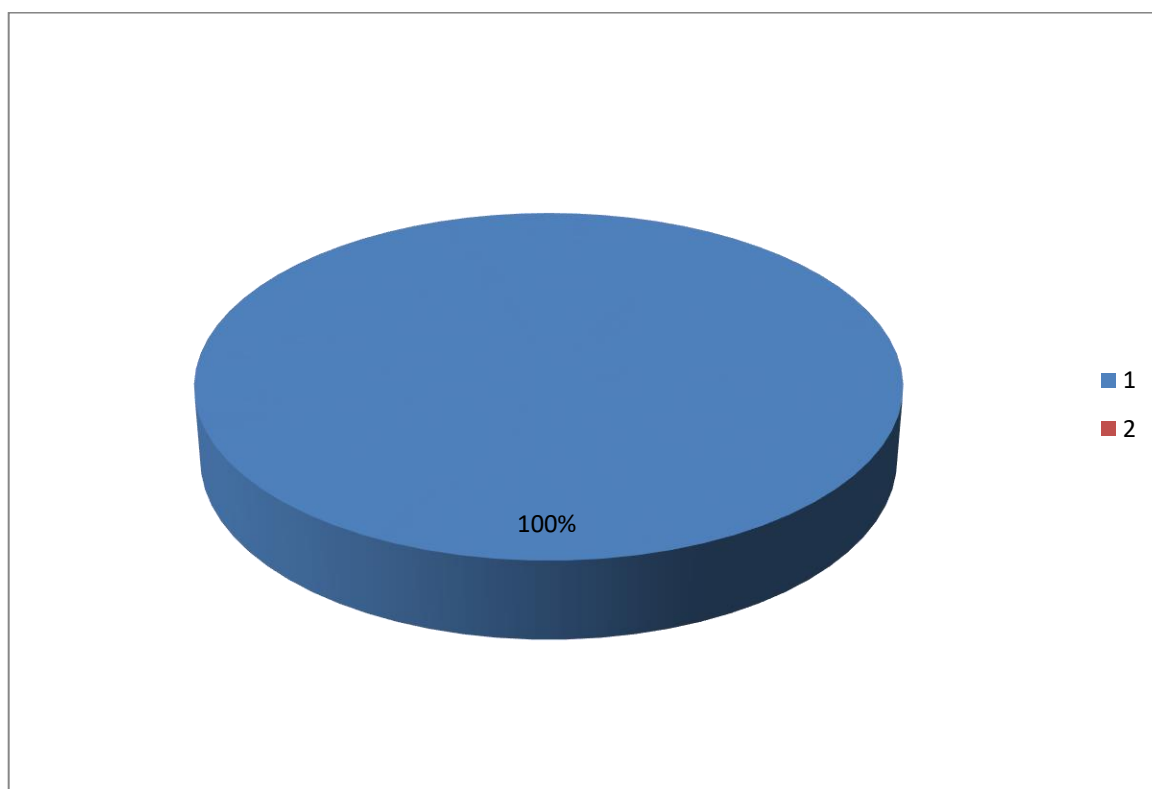
Elaborado por: Joselyn Montero

Los datos de la tabla y el gráfico 6 indican que la totalidad de la muestra opina que de haber choque entre el derecho a la salud y el derecho a la religión, debe prevalecer el derecho a la salud sin lugar a dudas.

Tabla 7: En el choque entre el derecho a la vida y la religión debe privar

Alternativa	F	%
El derecho a la vida	6	%
El derecho a la religión	0	%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 7: En el choque entre el derecho a la vida y la religión debe privar.

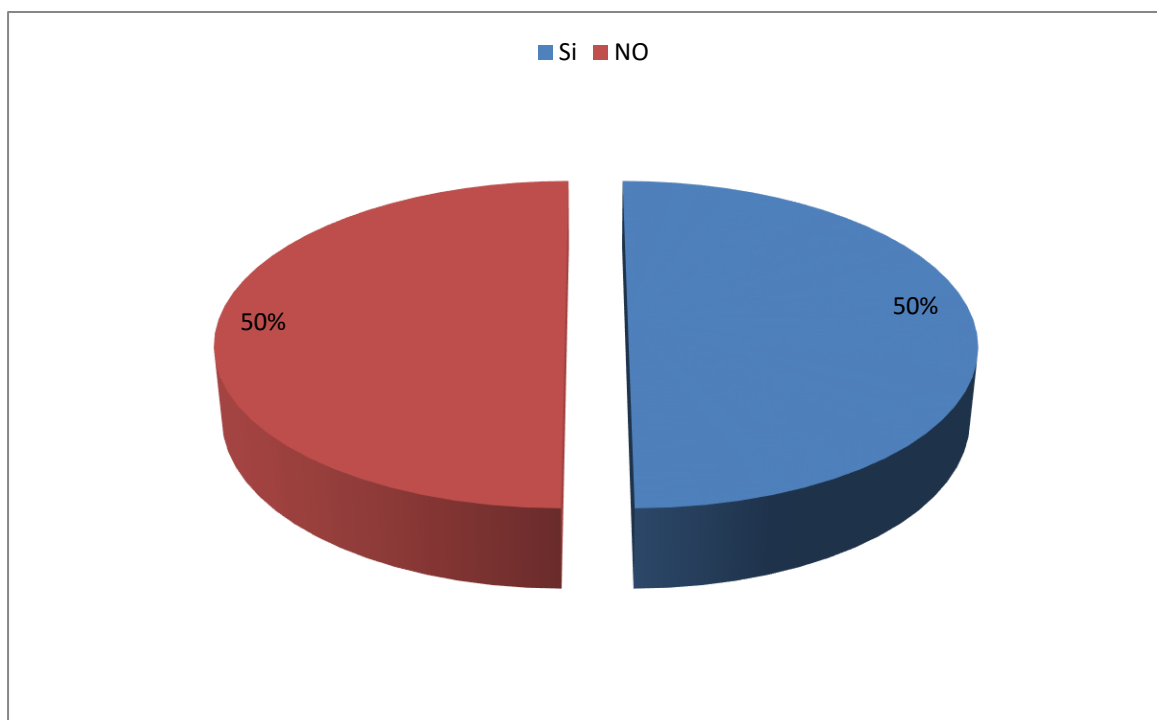
Elaborado por: Joselyn Montero

Los datos de la tabla y el gráfico 7 indican que la totalidad de la muestra opina que de haber choque entre el derecho a la vida y el derecho a la religión, debe prevalecer el derecho a la vida, que es un derecho superior.

Tabla 8: Limitaciones a la Patria Potestad

Alternativa	F	%
Si	3	50%
No	3	50%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 8: Limitaciones a la Patria Potestad

Elaborado por: Joselyn Montero

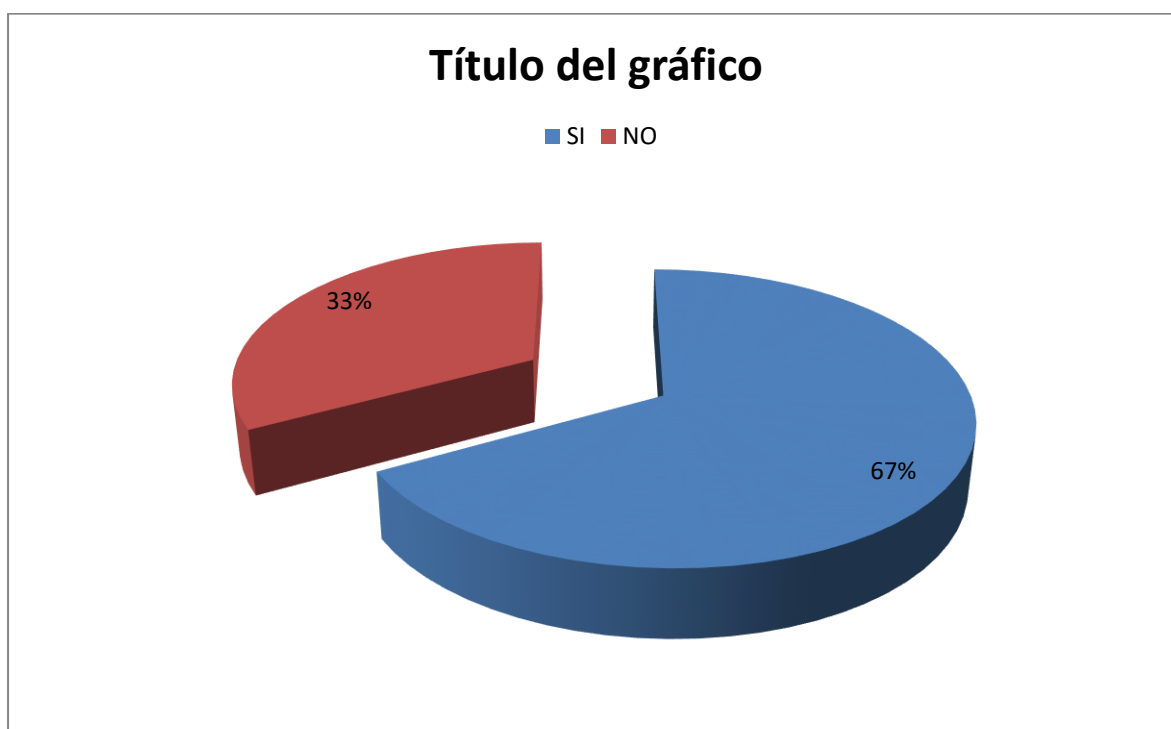
Los datos de la tabla y el gráfico 8 indican que no hay un acuerdo mayoritario en relación con las opiniones sobre las limitaciones de la patria potestad, pues existe un 50% que considera que la patria potestad si tiene limitaciones y el otro 50% considera que no las tiene.

Tabla 9: Facultad de los padres en ejercicio de la Patria Potestad para rechazar la transfusión sanguínea para sus hijos menores sin importar las consecuencias de su negativa

Alternativa	F	%
Si	4	67%
No	2	33%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 9: Facultad de los padres en ejercicio de la Patria Potestad para rechazar la transfusión sanguínea para sus hijos menores sin importar las consecuencias de su negativa



Elaborado por: Joselyn Montero

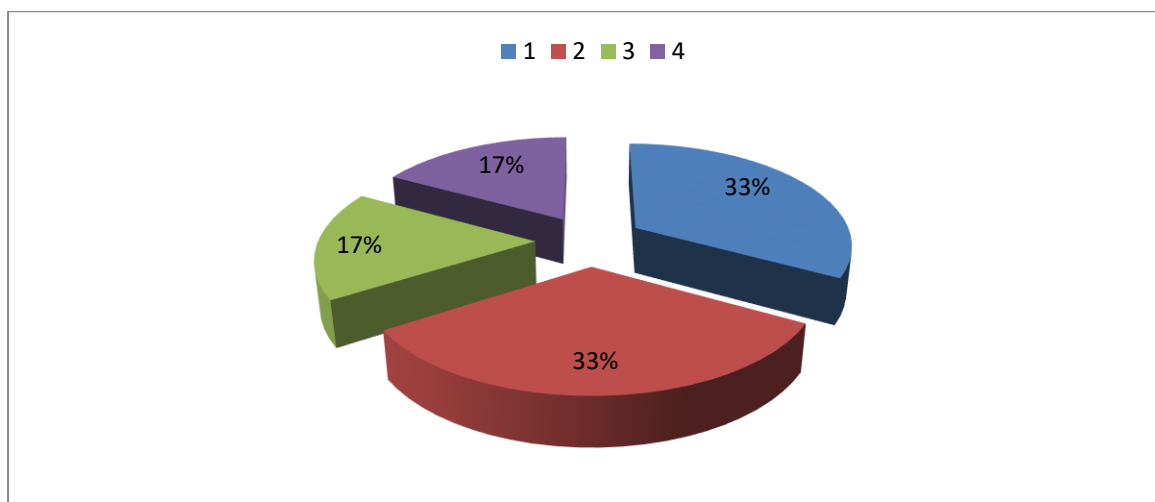
Los datos de la tabla y gráfico 9 indican que la mayoría de la muestra de abogados (67%), opinan que los padres si tienen la facultad en ejercicio de la Patria Potestad para rechazar la transfusión sanguínea para sus hijos menores, sin importar las consecuencias de esa negativa. Sin embargo, hay un 33% de estos profesionales que indican que ellos no tienen esa facultad.

Tabla 10: Opinión de la muestra sobre la posibilidad de seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.

Alternativa	F	%
Muy de acuerdo	2	33%
De acuerdo	2	33%
Desacuerdo	1	17%
Muy en desacuerdo	1	17%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 10: Opinión de la muestra sobre la posibilidad de seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.



Elaborado por: Joselyn Montero

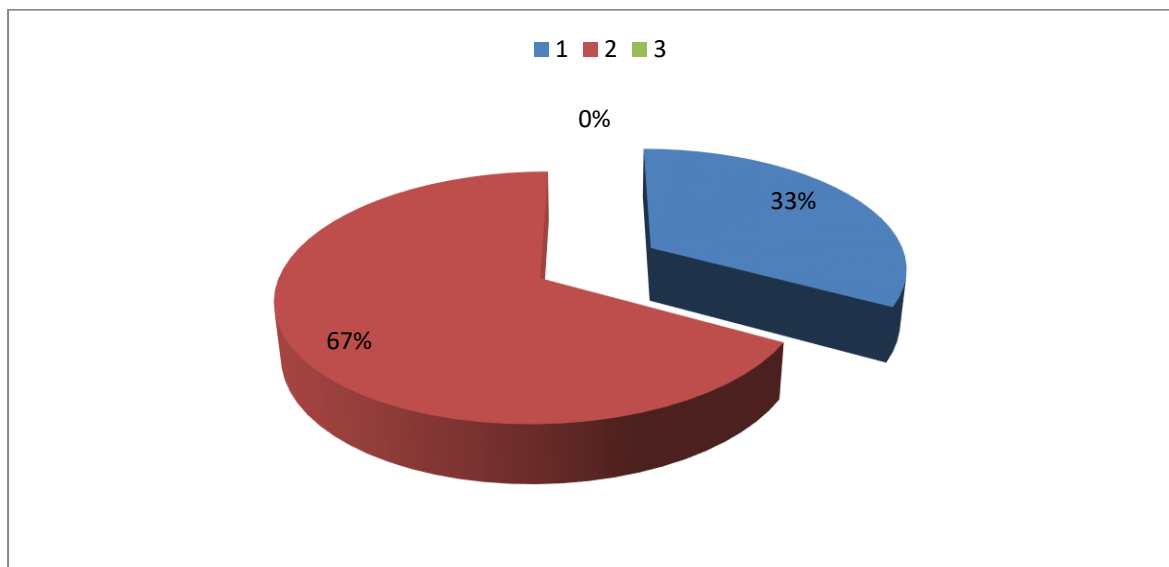
Los datos de la tabla 10 indican que la mayoría de la muestra de abogados están muy de acuerdo y de acuerdo (66%) en que **si** existe la posibilidad de seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos, mientras que un 34% indican que están en desacuerdo y muy en desacuerdo con esta posibilidad.

Tabla 11: Fundamentos que se tomarían en cuenta para seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.

Alternativa	f	%
La patria potestad tiene limitaciones y los padres al negar la transfusión las habrían violentado.	2	33%
El Derecho a la salud y a la vida son los más importante de los derechos.	4	67%
Los padres no tienen ningún derecho a negarse a las transfusiones.	0	0%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 11: Fundamentos que se tomarían en cuenta para seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos.



Elaborado por: Joselyn Montero

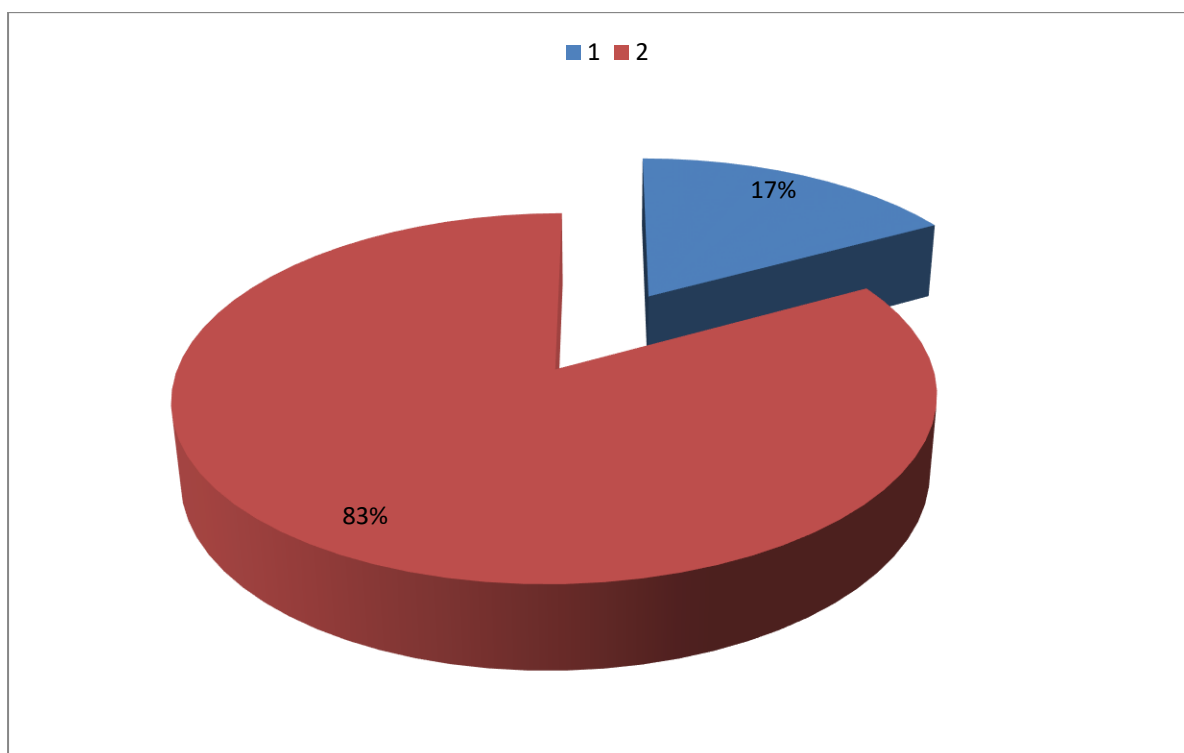
Los datos de la tabla y el gráfico 11 indican que la mayoría de la muestra (67%) opinan que el fundamento que se tomarían en cuenta para seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos sería el Derecho a la salud y a la vida son derechos superiores.

Tabla 12: Opinión de la muestra en torno al juicio penal a los padres por rechazar la transfusión sanguínea a sus hijos y el ataque a la libertad de religión y de culto.

Alternativa	f	%
SI es un ataque a la libertad religiosa	1	17%
NO es un ataque a la libertad religiosa	5	83%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRAFICO 12: Opinión de la muestra en torno al juicio penal a los padres por rechazar la transfusión sanguínea a sus hijos y el ataque a la libertad de religión y de culto.



Elaborado por: Joselyn Montero

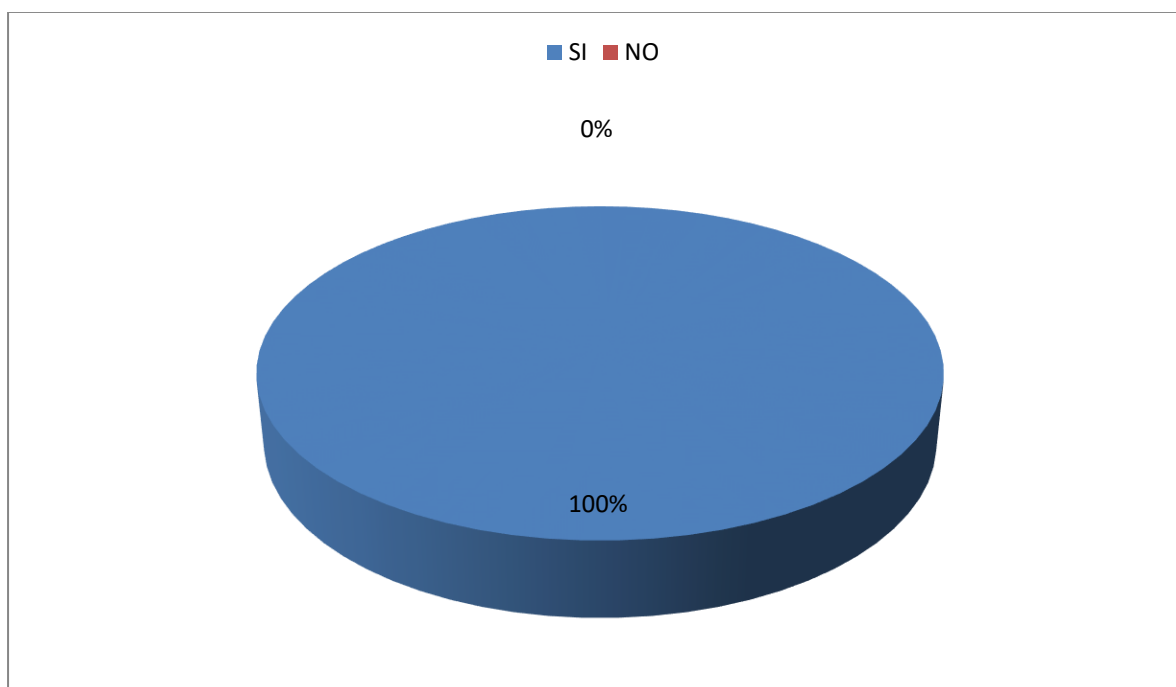
Los datos de la tabla y el gráfico 12 indican que un 83% de la muestra indica que el juicio penal a los padres por rechazar la transfusión sanguínea a sus hijos no es un ataque a la libertad de religión y de culto. Solo un 17% manifiesta que si lo es.

Tabla 13: Derecho de los niños y adolescentes a rechazar la transfusión Sanguínea

Alternativa	f	%
SI	6	100%
NO	0	0%

Elaborado por: Joselyn Montero

GRÁFICO 13: Derecho de los niños y adolescentes a rechazar la transfusión Sanguínea



Elaborado por: Joselyn Montero

La tabla y Gráfico 13 indican que la totalidad de la muestra se inclina por opinar que los niños y adolescentes tienen derecho a rechazar la transfusión sanguínea y ni uno sólo indicó que no tenían derecho a hacerlo.

2. Entrevista aplicada a los Jueces de Familia (14).

1. Ha habido en su tribunal alguna acción por violación de libertad religiosa por rechazo a la transfusión sanguínea de un menor bajo patria potestad?

Respuesta: ambos jueces respondieron que si, indicando que lo que se acostumbra normalmente es que la Defensoría del Pueblo recurra al tribunal e interponga una medida cautelar sobre la negativa de los padres de que se le aplique la transfusión sanguínea a un hijo menor alegando tener sobre ellos la patria potestad. Esto lo hacen especialmente, los testigos de Jehová.

2. Como resolvió el caso?.

Respuesta: Ambos jueces respondieron que habían ordenado a los médicos la transfusión fundamentándose en el derecho superior de la vida.

3. Tienen derecho los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos menores a rechazar la transfusión sanguínea para sus hijos cuando su salud y su vida están en peligro?

Respuesta: no. El derecho a la vida y a la salud son derechos humanos superiores y nadie los puede vulnerar, pues la Constitución ecuatoriana reconociendo estos derechos pautados en los Instrumentos internacionales, los protege por encima de todo. Pero además, es un deber pautado en la Constitución y la ley, la protección por parte del Estado, y la Familia del interés superior del niño.

4. Considera ud. que al autorizar la transfusión sanguínea en contra de lo que disponen los padres está violando el derecho a la libertad religiosa.

Respuesta: No. Porque frente al choque de dos derechos fundamentales que tiene el menor, debe prevalecer el de su interés superior que en este caso, es la protección a su salud y a su vida. Para tomar esta decisión hemos hecho uso del método de ponderación que consideramos el más adecuado, aunque sabemos que existen muchos debates y críticas sobre este método, pero es el que más se acerca a una solución, porque ni en los instrumentos internacionales ni en la Constitución y mucho menos en las leyes existe una indicación clara sobre este aspecto.

5. ¿Considera usted que la vulneración del derecho a la libertad de religión afecta el cumplimiento de otros derechos de libertad?

Respuesta: si, por supuesto, choca con la libertad de conciencia, libertad de pensamiento y la libertad de expresión entre otros. Pero en el caso del choque con el derecho a la vida y a la salud, no dudamos y mucho menos, si se trata de niños, pues su derecho a la vida debe ser ponderada por encima de cualquier otro derecho, ya que sin la vida no hay nada.

6. ¿Tienen derecho los niños y adolescentes a rechazar la transfusión Sanguínea?

Respuesta: Evidentemente que sí, porque tanto la Constitución como la Ley disponen que los niños y adolescentes tienen los mismos derechos de toda persona, pero yo diría, que esto tiene que verse de acuerdo a la edad del niño, pues un niño muy pequeño no tiene conciencia de su negativa y lo más seguro es que sean fuertemente influenciados por las creencias de los padres. Si definitivamente, las creencias religiosas que chocan con otros derechos fundamentales crean graves problemas especialmente a nivel de la vida y la salud, por eso creemos que lo mejor sería una concreción de la Constitución y las leyes en este sentido.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS

A continuación se expone el análisis de los resultados obtenidos a través de la aplicación tanto del cuestionario tipo encuesta a la muestra de abogados, como de la entrevista a los jueces de familia.

1. Los datos aportados por el trabajo de campo indican que la mayoría de la muestra (67%) afirma que si hay discriminación religiosa en Ecuador, mientras que sólo el 33% se pronuncia por la negativa de ello. Esta afirmación la confirman investigaciones anteriores como las de Paredes Caisa Ana Lucia realizada en el año 2016, quien sostiene que:

El derecho a la libertad de religión, pese a que mantiene su reconocimiento jurídico en la Constitución de la República del Ecuador y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ve vulnerado en el ejercicio del mismo, toda vez que existe parámetros de discriminación y desigualdad que se pueden evidenciar en el orden jurídico, social, cultural, informativo, educativo, entre otros (Paredes Caisa, 2017).

2. Además, la mayoría de la muestra opina que si existen límites en la libertad religiosa, mientras que sólo un 16% lo niega. Estas respuestas concuerdan con algunos artículos científicos como el elaborado por Mar Cosín Muñoz de la Universidad de Valencia, España sostiene que:

Como derecho fundamental que es surge la posibilidad de que pueda ser limitado o no, hay teorías que defienden su limitación. Para ello la ley utiliza criterios como el orden público, la salud, la confluencia con otros derechos fundamentales. Por el contrario, hay otros autores, como es el caso del Profesor Luigi Ferrajoli; quien aboga por su no limitación. Defendiendo que es un derecho absoluto y por tanto no cabe limitación alguna (Cosín Muñoz, 2013)

La autora de esta investigación concuerda con quienes sostienen que la libertad religiosa a pesar de ser un derecho humano tiene sus limitaciones derivadas de los criterios que expone Cosín Muñoz.

En este mismo contexto, la mayoría de la muestra (67%), afirma que si posee conocimiento sobre casos de choque entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos en Ecuador, pero un 33% no tiene conocimiento de ello. Esta postura coincide con la investigación de Amalia Patricia Cobos Campos quien asevera que:

El derecho humano a la libertad religiosa incide en muchos otros aspectos de la vida de las personas, facetas cuya relevancia ha llevado al enfrentamiento con otros derechos tan trascendentes como el derecho a la educación, a la salud o la vida misma. Ante un contenido y límites aún imprecisos, en varios de estos derechos, los tribunales buscan tutelarlos esperando clarificarlos. Tales problemáticas no resueltas por el legislador, buscan su respuesta en la jurisprudencia, y aun en los tribunales ordinarios (Cobos Campos, 2015).

En esta misma temática, la totalidad de la muestra opina que de haber choque entre el derecho a la salud y el derecho a la religión, debe prevalecer el derecho a la salud sin lugar a dudas, para ello, se ha venido imponiendo la teoría de la ponderación de los derechos y además, de la búsqueda de otros medios expeditos para no vulnerar a ninguno de estos derechos.

3. Según Los datos de la muestra, la totalidad de la muestra aceptan la transfusión sanguínea. Llama la atención que ninguno de los sujetos muestrales demuestra rechazo por las transfusiones sanguíneas lo que es lógico según la investigadora, pues el rechazo a las transfusiones sanguíneas son específicas de algunas religiones como la de los testigos de Jehová y ellos representan estadísticamente una minoría en Ecuador, mientras la religión católica representa más del 80% , por eso no es extraño que la totalidad de la muestra opine que de haber choque entre el derecho a la salud y el derecho a la religión, debe prevalecer el derecho a la salud sin lugar a dudas, lo mismo ocurre con el derecho a la vida, por ser los mismos, derechos superiores.

4. Al investigar sobre la existencia de limitaciones en la patria potestad en Ecuador, se encontró que los datos indican que no hay un acuerdo mayoritario en relación con las opiniones sobre las limitaciones de la patria potestad, pues existe un 50% que considera que la patria potestad si tiene limitaciones y el otro 50% considera que no las tiene. Sin embargo, a través de la investigación se demostró que cuando se plantean acciones ante los tribunales donde los niños corren riesgos en su salud y

vida, por la negativa de los padres a autorizar transfusiones sanguíneas, los jueces deciden en favor del derecho a la salud y a la vida sustentados en el principio de interés superior del niño. Además, del principio ya citado de ponderación.

5. La mayoría de la muestra de abogados (67%), opinan que los padres si tienen la facultad en ejercicio de la Patria Potestad para rechazar la transfusión sanguínea para sus hijos menores, sin importar las consecuencias de esa negativa. Sin embargo, hay un 33% de estos profesionales que indican que ellos no tienen esa facultad. La respuesta obedece a que en la realidad en la legislación ecuatoriana no existe ninguna limitación expresa en cuanto a la patria potestad sino en cuanto a la adquisición de los bienes de los hijos por los padres según se expresa en el artículo 25 del Código Civil.

Sin embargo, la mayoría de la misma muestra, están muy de acuerdo y de acuerdo (66%) en que si existe la posibilidad de seguir juicio penal a los padres por negar su consentimiento para la transfusión sanguínea a los hijos que están bajo su patria potestad poniendo en peligro la salud y vida de los hijos, mientras ha sido la Defensoría del Pueblo quien ha actuado que un 34% indican que no están en desacuerdo y muy en desacuerdo con esta posibilidad, indicando que el fundamento que se tomaría en cuenta para seguir ese juicio seria el Derecho a la salud y a la vida, los cuales son derechos superiores, que no permiten vulneración posible, indicando además, que el juicio no representa ninguna vulneración a la libertad de religión.

Finalmente, la totalidad de la muestra se inclina por opinar que los niños y adolescentes pueden rechazar la transfusión sanguínea fundamentada en que los niños tienen los mismos derechos que los adultos según la constitución y el Código de la Niñez y la adolescencia. Los jueces son del mismo criterio.

En cuanto a los jueces, ellos afirmaron que tenido en sus tribunales casos donde los padres se niegan a la transfusión sanguínea para sus hijos, lo que hace que los médicos recurran a la Defensoría del Pueblo quien es la que ha incoado medidas cautelares que han tenido como respuesta una decisión judicial favorable a la transfusión fundamentándose en el derecho a la salud y a la vida así como al interés superior del niño y no consideran que con esa decisión están vulnerando la libertad religiosa.

CONCLUSIONES

Los análisis realizados permiten llegar a las siguientes conclusiones relacionadas con los objetivos planteados para esta investigación:

1. Ni en la Constitución ni en la legislación ecuatoriana, la patria tiene límites definidos. Sólo en el artículo 25 del Código Civil se prevé que si los padres no han reconocido voluntariamente al hijo no pueden exigir ningún derecho ni siquiera el de herencia frente a los hijos. Otra limitación se encuentra en el artículo 284 del citado Código, expresando que “La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo”. Por lo demás, el citado Código es tajante cuando define la Patria Potestad como “ El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados”. Por cierto, que llama la atención que la legislación ecuatoriana solo trate en la patria potestad de los derechos de los padres sobre los hijos, a diferencia de otras legislaciones que tratan de los derechos y los deberes de los padres sobre los hijos.

2. En cuanto a los alcances de la libertad religiosa en la legislación ecuatoriana, en Ecuador, la libertad religiosa está pautada en la Constitución de la República y se trata como el derecho humano que es, establecido así por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y demás instrumentos internacionales. Pero dos situaciones se dan en este caso que chocan definitivamente con este derecho y es la comprobada discriminación religiosa por parte de sectores de la población, lo que se origina por la prevalencia de la religión católica que ocupa el 80% de la población ecuatoriana, constituyendo las demás religiones una minoría.

En segundo lugar, están las limitaciones que imponen los jueces a la patria potestad de los padres que pertenecen a religiones como la de los Testigos de Jehová, al ordenar las transfusiones de sangre a los niños y adolescentes que las requieran para salvar su vida y salud aún bajo el rechazo de los padres. Para ello se fundamentan en el derecho superior del niño y del adolescente y el derecho a la vida y a la salud como derechos superiores y para ello utilizan la teoría de la ponderación entre derechos, cuando los mismos de alguna manera chocan.

3. Los derechos a la salud y a la vida de los niños, niñas y adolescentes están claramente establecidos en la Constitución del Ecuador en su artículo 45 que expresa “las niños, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Así mismo, el Código de la Niñez y la Adolescencia dispone en su artículo 15 que “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad” y en el artículo se trata específicamente el derecho a la vida indicando que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral (Ecuador, Congreso Nacional, 2003).

De esta manera ha quedado claramente establecido, que debido a la falta de limitaciones precisas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la patria potestad, si pueden los padres en ejercicio de la patria potestad ejercer su derecho a la libertad religiosa negando las transfusiones sanguíneas a los hijos menores en peligro de muerte, pero, haciendo uso de los derechos superiores de la vida y la salud, además del interés superior del niño, de facto se imponen esas limitaciones de la patria potestad, especialmente, cuando los jueces ordenan las transfusiones sanguíneas.

RECOMENDACIONES

Tomando en cuenta las conclusiones anteriores, se recomienda a:

1. La Asamblea Nacional:

-Reformar el Código Civil actual incluyendo con claridad las limitaciones de la patria potestad cuando ellos por razones religiosas o de otra índole quieran tomar decisiones que van en contra de la vida y la salud de sus hijos. Además, debe reformarse la definición de patria potestad indicando que es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres para con los hijos menores de 18 años no emancipados, tal como se prevé en otras legislaciones latinoamericanas.

-Reformar el Código de la Niñez y la Adolescencia en lo atinente a las limitaciones a la patria potestad cuando se trate de asuntos que tengan que ver con la puesta en peligro de la vida y la salud de niños, niñas y adolescentes.

2. A los médicos pediatras se les recomienda:

-Estudiar a profundidad los casos que se les presenta donde deben trasfudir al paciente niño, niña o adolescente, buscando otras medidas alternativas pero tan efectivas como las transfusiones sanguíneas para salvar la vida y proteger la salud del niño, niña o adolescente.

-Levantar un informe absolutamente fundamentado científicamente sobre la necesidad de hacer la transfusión sanguínea en vez de otras alternativas existentes, señalando estas alternativas y la razón para no usarlas.

3. A los jueces se les recomienda:

Constatar antes de dictar su decisión, si los médicos pediatras han buscado diligentemente otras alternativas distintas a la transfusión sanguínea, y si consta en un informe elaborado por ellos las razones de no utilizar otras alternativas distintas a la transfusión.

4. A la Corte Constitucional se le recomienda:

Señalar con precisión su posición jurisprudencial para los casos donde hay choques de derechos constitucionales como el derecho a la salud y a la vida con el derecho a la libertad de religión y culto, que conlleva otras libertades como la de pensamiento, libertad de expresión, la objeción de conciencia, entre otros

5. A los investigadores en el área jurídica se les recomienda:

Seguir investigando en torno al choque de derechos constitucionales, especialmente el de la vida, la salud y los derechos y deberes de la patria potestad.

Bibliografía

- Aceituno Silva, D. (21 de Noviembre de 2016). *Los límites a la libertad religiosa*. Recuperado el 20 de Marzo de 2020, de Laicos: <https://laicismo.org/los-limites-a-la-libertad-religiosa/>
- Barrero Ortega , A. (Septiembre-Diciembre de 2005). Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. *Revista Española de Derecho Constitucional*(75), 325-356.
- Berlin, I. (1969). *Two Concepts of Liberty*. Recuperado el 15 de Enero de 2020, de https://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf
- Buck, C. (1986). Después de Lalonde: Hacia la generación de salud. *OPS. Boletín Epidemiológico*, 7(2), 10-16.
- Cabrero Dircio, J., & Huertas Díaz, O. (Enero-Junio de 2018). La colisión de los Derechos Humanos en el Sistema Mexicano. *Revista jurídica de Derecho*, 7(8), 41 - 67.
- Calzato, W. A. (2006). Testigos de Jehová. Mundo, creencias, conducta. *Gazeta de Antropología*(22). Recuperado el 28 de julio de 2020, de https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/7105/G22_25Walter_Alberto_Calzato.pdf?sequence=10&isAllowed=y
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: Naturaleza, denominación y características. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(25), 3-29.
- Cea Egaña, J. L. (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cipriani, R. (2004). *Manual de Sociología de la Religión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Cobos Campos, A. P. (2015). La colisión de la libertad religiosa con otros derechos fundamentales: Estudio de casos judiciales en México y España. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, 8, 37-68.
- Colombia, Congreso de la República. (3 de Octubre de 2020). *Código Civil*. Recuperado el 25 de Marzo de 2020, de Diario Oficial 51.456: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Cosín Muñoz, M. (2013). ¿Se puede limitar la libertad religiosa? *1er Encuentro de Jóvenes Investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política:Neoconstitucionalismo en tiempos de postdemocracia*. Valencia: Universitat de València.
- Durkheim, É. (1993). *Las formas elementales de la vida religiosa*. Madrid: Alianza Editorial.
- Dworkin, R. (2019). *Derechos de las libertades*. Lima : Palestra Editores.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de Registro Oficial No. 449: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

- Ecuador, Congreso Nacional. (3 de Enero de 2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Recuperado el 16 de Enero de 2020, de Registro Oficial No. 737: <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Ecuador, Congreso Nacional. (24 de Junio de 2005). *Código Civil*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de Registro Oficial Suplemento 46: https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf
- Ecuador, Congreso Nacional. (22 de Diciembre de 2006). *Ley Orgánica de Salud*. Recuperado el 25 de Enero de 2020, de Registro Oficial Suplemento 423: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORG%C3%81NICA-DE-SALUD4.pdf>
- Ecuador, Corte Constitucional de transición. (30 de Octubre de 2009). *Sentencia No. 0012-09-SIS-CC*. Recuperado el 15 de Marzo de 2020, de Registro Oficial Suplemento No. 58: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/316e8180-1645-41cd-862e-2a2b20939156/0007-09-IS-res.pdf>
- Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (15 de Agosto de 2012). *INEC presenta por primera vez estadísticas sobre religión*. Recuperado el 24 de Enero de 2020, de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/inec-presenta-por-primera-vez-estadisticas-sobre-religion/>
- Engels, F. (2014). *Anti-Dühring. La revolución de la ciencia por el señor Eugen Dühring*. Madrid: Fundación Federico Engels.
- Escobar Delgado, R. A. (Enero-Junio de 2017). El Derecho a la Libertad Religiosa y de Cultos en Colombia: Evolución en la Jurisprudencia Constitucional 1991-2015. *Prolegómenos. Derechos y valores.*, 20(39), 125-138.
- Evans, E. (2004). *Derechos Constitucionales. Tomo I*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Figueroa García Huidrobo, R. (2008). Concepto de derecho a la vida. *Revista Ius et Praxis*, 14(1), 261-300.
- Fraijó, M. (1994). *Filosofía de la Religión: Estudios y Textos*. Madrid: Trotta.
- Fundación Juan Vives Suriá. (2010). *Derechos humanos: historia y conceptos básicos*. Recuperado el 12 de Febrero de 2020, de http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf_132.pdf
- Galiano Maritan, G. (Julio-Diciembre de 2016). El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte. *Revista Jurídica Piélagus*, 1(15), 71-85.
- Garay, A. (2013). *Gestión jurídica del riesgo médico*. Madrid: CTO Editorial.
- García Acosta, F. M. (2008). Los límites de la libertad religiosa en el derecho español. *Dikajon: Revista de actualidad jurídica*, 21(16), 195-210.

- Geertz, C. (2003). *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa.
- Gómez Isa, F., & Pureza, J. M. (2004). *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Hayek, F. (2019). *Fundamentos de la Libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: EDDILI.
- Lenski, G. (1961). *Religious Factor: A Sociological Study of Religion's Impact on Politics, Economics, and Family Life*. New York: Doubleday and Company, Inc.
- Luhmann, N. (2009). *La sociología de la religión*. México: Herder/UIA,.
- Maioli, E. (2011). La religión como objeto de estudio sociológico. Una revisión de la teoría sociológica de Emile Durkheim, Max Weber y Niklas Luhmann sobre la religión. *IX Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires* (págs. 1-20). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Martínez García, E. (12 de Septiembre de 2019). *Desarrollo físico e intelectual de 6 a 12 años*. Recuperado el 21 de Marzo de 2020, de Mapfre Salud: <https://www.salud.mapfre.es/salud-familiar/ninos/crecimiento-y-desarrollo-nino/desarrollo-fisico-de-6-a-12-anos/>
- Martínez Martínez, J. M. (2015). *El derecho a la vida, el primero de los derechos*. Obtenido de Senado de los Estados Unidos Mexicanos: https://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Opinion/OS_nov2015.pdf
- Mejía Cáez, M. R. (Julio-Diciembre de 2017). El derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Justicia*, 22(32), 38-63.
- Mendoza Cárdenas, H., & López García, S. (Mayo de 2011). Inicio y fin de la vida: aspectos biojurídicos. *Revista de Bioética y Derecho*(22), 15-23.
- Mill, J. S. (2014). *Sobre la Libertad* . Madrid : Akal .
- Morejón Quiñonez, V. D. (2018). *Análisis sobre los derechos a la libertad religiosa y objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de Universidad Regional Autónoma de los Andes: <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7839/1/PIUIAB001-2018.pdf>
- Moreno, D. (3 de Noviembre de 2017). *Crónica de Convención Pastoral 2017*. Recuperado el 25 de Enero de 2020, de <https://revista.adventista.es/cronica-convencion-pastoral-2017/>
- Nahabetián Brunet, L. (Diciembre de 2016). Normas de derechos humanos: Colisión y complementariedad. *Revista De Derecho*, 14, 65- 110.
- Nash Rojas, C., & Núñez Donald, C. (2018). Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Ch. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 221-270.

- Niño, L. F. (1994). *Eutanasia. Morir con dignidad*. Buenos Aires: Universidad.
- Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (s.f.). *El derecho internacional de los derechos humanos*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>
- Organización de Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_d_el_hombre_1948.pdf
- Organización de Estados Americanos. (7-22 de Noviembre de 1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de las Naciones Unidas. (18 de Diciembre de 1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención de los Derechos del Niño*. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de https://www.acnur.org/prot/instr/5b6ca1e54/convencion-sobre-los-derechos-del-nino.html?gclid=CjwKCAjw0On8BRAGeIwAincsHJBx6y8STVsSxtTWaUhe0YDWZJpyLiKaRLBXYmb53rE_qZ3wloqrhoCMusQAvD_BwE
- Organización de las Naciones Unidas.. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2016). *Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios N° 26*. New York: Courand et Associés.
- Organización de Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 13 de Febrero de 2020, de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 14 de Enero de 2020, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Organización de Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 11 de Marzo de 2020, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Organización Mundial de la Salud. (22 de Julio de 1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (29 de Diciembre de 2017). *Salud y derechos humanos*. Recuperado el 20 de Marzo de 2020, de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>

- Ortega y Gasset, J. (2015). *¿Qué es filosofía? y otros ensayos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pabon Medina, D. J. (2016). *Libertad religiosa y paz en el contexto actual de los derechos humanos*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de Universitat de Valencia:
<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/56766/TESIS%20Deivys%20J%20Pabon%20M.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Paredes Caisa, A. L. (Noviembre de 2017). *El Ejercicio del Derecho a la Libertad de Religión y su Incidencia Socio-Jurídica, en el Ecuador, año 2016*. Recuperado el 14 de Enero de 2020, de Universidad Central del Ecuador:
<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/13398/1/T-UCE-0013-Ab-181.pdf>
- Peralta Carrasco, M., Acedo Penco, Á., & Silva Sánchez, A. (2017). *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*. Madrid: Dykinson.
- Perú, Congreso de la República. (7 de Marzo de 2001). *Código de los Niños y Adolescentes*. Recuperado el 25 de Marzo de 2020, de Ley No. 27337:
<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
- Piqué, M. L. (2013). El derecho a la vida. En E. Alonso Regueira, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino* (págs. 39-62). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Proaño Brito, M. J. (2014). *Vulneración de los derechos de libertad religiosa y el debido proceso en el Ecuador*. Recuperado el 29 de Enero de 2020, de Universidad de Cuenca:
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21015/1/Monografia.pdf>
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roa Roa, J. E. (2015). *El derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Obtenido de
https://www.researchgate.net/publication/279188281_La_libertad_religiosa_en_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional_espanol
- Rubio Correa, M. (2011). *El Sistema Jurídico: introducción al Derecho*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sales Solé, C. (19 de Mayo de 2016). *Objeción de conciencia a tratamientos médicos*. Recuperado el 17 de Enero de 2020, de Universitat de Lleida:
<https://core.ac.uk/download/pdf/84926408.pdf>
- Sanabria, J. R. (1987). *Filosofía del hombre*. México: Porrúa.
- Sánchez Ferriz, R. (1992). Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y libertades. *Revista de Derecho Político*(36), 235-254.
- Seisdedos Muiño, A. (2005). Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil. *Aranzadi Civil*(3), 2394 - 2410.

- Soriano Díaz, R., Alarcón Cabrera, C., & Mora Molina, J. (2000). *Diccionario Crítico de los derechos Humanos*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía.
- Ugarte Boluarte, K. (Diciembre de 2015). Algunas reflexiones sobre la vigencia e importancia de los derechos humanos. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 16(13), 43 - 54. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/307748285_Algunas_reflexiones_sobre_la_vigencia_e_importancia_de_los_derechos_humanos
- Unión Interparlamentaria. (2016). *Manual para Parlamentarios N° 26*. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b72fb824.pdf>
- Venezuela, Asamblea Nacional. (10 de Diciembre de 2007). *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Recuperado el 24 de Marzo de 2020, de Gazeta Oficial Extraordinaria No. 5.859: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_venezuela_0451.pdf
- Verdugo Marinkovic, M., Pfeffer Urquiaga, E., & Nogueira Alcalá, H. (1994). *Derecho Constitucional. Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Chile.
- Vivanco Martínez, Á. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Tomo II*. Santiago de Chile.: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Weber, M. (1998). *Ensayos sobre sociología de la religión. Tomo I*. Barcelona: Taurus.
- Wilkinson, R., & Marmot, M. (2003). *Los determinantes sociales de la salud: los hechos probados*. Madrid: Organización Mundial de la Salud.