



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

Análisis constitucional del derecho a la salud, frente al derecho a la libertad de religión o creencias en el caso de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová.

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

**AUTORAS: ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ
KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ**

DIRECTOR: Dr. FERNANDO ESTEBAN ORDOÑEZ CARPIO Mgs.

CUENCA - ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

**CARRERA DE DERECHO
TEMA**

Análisis constitucional del derecho a la salud, frente al derecho a la libertad de religión o creencias en el caso de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová.

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

**AUTORAS: ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ
KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ**

DIRECTOR: Dr. FERNANDO ESTEBAN ORDOÑEZ CARPIO

CUENCA - ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ portadora de la cédula de ciudadanía N° **0107412256** y **KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ** portadora de la cédula de ciudadanía N° **0107138943**. Declaro ser el autor de la obra: **"Análisis constitucional del derecho a la salud, frente al derecho a la libertad de religión o creencias en el caso de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová"**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 05 de agosto de 2022

F: 

ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ

C.I. 0107412256

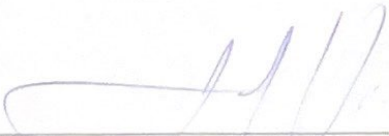
F: 

KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ

C.I. 0107138943

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ y KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ, con el Tema Análisis constitucional del derecho a la salud, frente al derecho a la libertad de religión o creencias en el caso de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová, bajo mi supervisión.



Dr. Fernando Esteban Ordoñez Carpio, Mgs
Tutor

DEDICATORIA.

A mis papás, Pablo y Alexandra, quienes, han sido las personas que creyeron en mí desde el principio, gracias, porque a lo largo de mi carrera, supieron apoyarme incondicionalmente. Producto de sus principios y valores supieron formar una mujer responsable, enfocada, y, con una gran pasión por aprender día a día. Gracias a ellos, llegué hasta este punto, me faltaría la vida entera para agradecer todo lo que han hecho por mí.

A mi hermano Nico, mi gran inspiración para ser mejor persona, para cada día luchar por mis sueños, y, para construir un mejor futuro para él, y, para mis papás.

Con cariño, Katherine.

Con mucho amor y cariño dedico mi esfuerzo y trabajo a mis padres Oscar y Elena que con su esfuerzo y apoyo incondicional han sido parte de este sueño, siendo luz y guía durante este arduo camino.

A mis hermanos Christian y Belén quienes han sido mi ejemplo de perseverancia y lealtad, por haber caminado junto a mí en cada etapa de mi vida, celebrando mis logros y ayudándome con mis batallas.

Con cariño, Mishel.

AGRADECIMIENTOS.

Gracias a Dios, por ser apoyo, luz y guía durante nuestro camino; por habernos brindado fortaleza en los días grises de debilidad, por habernos dado salud para lograr nuestros objetivos, y sobre todo por iluminar nuestras mentes con sabiduría para poder llegar a este punto.

A nuestras familias, que en el día a día con su presencia, respaldo y cariño, nos impulsaron a salir adelante, además de saber que nuestros logros, también son los suyos.

A nuestro querido tutor Dr. Fernando Ordoñez, nuestro más sincero agradecimiento, por la confianza depositada en nosotras, por su constante apoyo, indicaciones y orientaciones, indispensables en el desarrollo y culminación de este Trabajo de Titulación.

A nuestra casa de estudios, Universidad Católica de Cuenca, a su personal administrativo y especialmente a su personal docente, por forjar grandes profesionales y por haber compartido sus enseñanzas con nosotras.

Con gratitud, Katherine y Mishel.

RESUMEN.

La hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová ha generado tensiones entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad de religión o creencias. La controversia surge al momento en que un paciente se opone a la práctica de una hemotransfusión, justificando su negativa en preceptos de orden religioso; es ahí, donde surgen cuestionamientos referentes a la prevalencia de uno u otro derecho.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, que reconoce a la libertad de religión o creencias como un derecho de libertad. Los Testigos de Jehová son el único grupo religioso que se opone a la hemotransfusión; sin embargo, sus creencias no obstante merecer respeto y protección por parte del Estado, colisionan con otro derecho igualmente protegido y fundamental.

El presente trabajo de titulación se centró en el análisis constitucional de la hemotransfusión en Testigos de Jehová, a partir de la existencia de una colisión entre los derechos a la salud y el derecho a la libertad de religión o creencias, desde un enfoque cualitativo empleando el método sistemático.

La presente investigación ha obtenido resultados que evidencian la existencia de un problema jurídico derivado de prácticas religiosas que limitan el derecho a brindar atención médica idónea, que vuelve imprescindible la intervención judicial a efectos de dilucidar una salida que posibilite la prevalencia entre derecho de similar peso, a través una valoración ponderativa.

PALABRAS CLAVE: HEMOTRANSFUSIÓN, TESTIGOS DE JEHOVÁ, DERECHO A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN O CREENCIAS, DERECHO A LA SALUD.

ABSTRACT.

Hemotransfusion in Jehovah's Witness patients has generated tensions between the right to health and the right to freedom of religion or belief. The controversy appears when a patient opposes the practice of hemotransfusion, justifying his refusal in precepts of religious order; it is there, where questions are elaborated regarding the prevalence of one or the other right.

Ecuador is a constitutional state of rights and justice, social, democratic, sovereign, independent, unitary, intercultural, plurinational and secular, which recognizes freedom of religion or belief as a right of freedom. Jehovah's Witnesses are the only religious group that opposes hemotransfusion. However, their beliefs, despite deserving respect and protection by the State, collide with another equally protected and fundamental right.

The present research focused on the constitutional analysis of hemotransfusion in Jehovah's Witnesses, based on the existence of a collision between the right to health and the right to freedom of religion or belief, from a qualitative approach using the systematic method.

This research has obtained results that show the existence of a legal problem derived from religious practices that limit the right to provide adequate medical care, which makes judicial intervention essential in order to elucidate a solution that enables the prevalence between rights of similar weight, through a weighing assessment.

Keywords: hemotransfusion, Jehovah's Witnesses, right to freedom of religion or belief, right to health

ÍNDICE.

| | |
|---|-----------|
| DECLARATORIA DE AUTORIA Y RESPONSABILIDAD..... | I |
| CERTIFICACIÓN DE TUTOR..... | II |
| DEDICATORIA..... | III |
| AGRADECIMIENTOS. | IV |
| RESUMEN..... | V |
| PALABRAS CLAVE: | V |
| ABSTRACT..... | VI |
| Keywords: | VI |
| ÍNDICE. | VII |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES. | 2 |
| 1.1 Antecedentes Históricos de los Testigos de Jehová..... | 2 |
| 1.1.1 Origen..... | 2 |
| 1.1.2 Forma de organización. | 2 |
| 1.1.3 Principios y creencias..... | 3 |
| 1.2 Derechos de libertad..... | 4 |
| 1.2.1 Derecho a la Libertad de Religión o Creencias. | 6 |
| 1.3 Derechos fundamentales..... | 8 |
| 1.3.1 Derecho a la Salud. | 9 |
| 1.4 Aspectos jurídicos en la Asistencia Médica..... | 10 |
| 1.4.1 Principio Autonomía. | 12 |
| 1.4.2 Principio de Justicia..... | 12 |
| 1.4.3 Principio de Beneficencia..... | 12 |
| 1.4.4 Principio de No Maleficencia. | 13 |
| 1.4.5 Consentimiento Informado..... | 13 |

| | |
|--|-----------|
| 1.5 Mecanismos de Protección de derechos..... | 14 |
| 1.5.1 Garantías Jurisdiccionales..... | 15 |
| 1.5.1.1 Medidas Cautelares..... | 15 |
| CAPÍTULO II. COLISIÓN ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES. | 16 |
| 2.1 Postura de los Testigos de Jehová frente a la Hemotransfusión. | 16 |
| 2.2 Postura de los Estados frente a la Hemotransfusión en Testigos de Jehová..... | 18 |
| 2.2.1 Eventuales Responsabilidades del Estado..... | 21 |
| 2.3 Postura de los Profesionales de la Salud frente a la Hemotransfusión en Testigos de Jehová..... | 23 |
| 2.3.1 Valoración Ética..... | 24 |
| 2.3.2 Valoración Moral..... | 25 |
| 2.3.3 Valoración Legal..... | 26 |
| 2.4 Colisión del Derecho a la Salud y el Derecho a la Libertad de Religión o Creencias..... | 27 |
| CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES ECUATORIANAS Y CASOS ANÁLOGOS INTERNACIONALES. | 29 |
| 3.1 Análisis del Caso de Medidas de Protección para menor de edad en Quito..... | 29 |
| 3.1.1 Fundamentos de Hecho..... | 30 |
| 3.1.2 Análisis de la decisión en la sentencia..... | 31 |
| 3.2 Análisis del Caso de Medidas Cautelares para bebé en Guayaquil..... | 32 |
| 3.2.1 Fundamentos de Hecho..... | 32 |
| 3.2.2 Análisis de la decisión en la sentencia..... | 33 |
| 3.3 Análisis del Caso de Medidas Cautelares en el precedente de Marcelo Bahamondez, Argentina..... | 34 |

| | |
|--|----|
| 3.3.1 Fundamentos de Hecho..... | 34 |
| 3.3.2 Análisis de las decisiones en las distintas instancias. | 35 |
| 3.4 Caso Venezuela No. 1431 14 de agosto de 2008. | 38 |
| 3.4.1 Fundamentos de Hecho..... | 38 |
| 3.4.2 Análisis de la decisión..... | 39 |
| 3.5 Caso Europeo Sentencia 154/2002 de 18 de julio, Huesca España. | 41 |
| 3.5.1 Fundamentos de Hecho..... | 41 |
| 3.5.2 Análisis de la decisión..... | 43 |
| 3.6 Caso Liliana, Marzo 2019. Huesca, España. | 44 |
| 3.6.1 Fundamentos de Hecho..... | 44 |
| 3.6.2 Análisis de la decisión..... | 45 |
| CONCLUSIONES..... | 47 |
| RECOMENDACIONES..... | 51 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 52 |
| ANEXOS | 57 |

INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano, en su Constitución, se reconoce como un Estado laico de derechos y justicia social, que garantiza y protege la profesión libre de cualquier religión o creencia, o, la opción de no profesar ninguna, garantizando al respecto un ambiente de pluralidad y tolerancia.

Por otra parte, la Constitución, también reconoce como fundamental, el Derecho a la Salud, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos; dicho de esta forma, no solo podemos verlo como un derecho, sino también como una obligación del Estado para garantizar su pleno ejercicio. La responsabilidad del Estado va intrínseca a este derecho, ya que, no puede ser ejercido aisladamente, pues, de este se desprenden los demás derechos que conforman el Buen Vivir.

En la práctica surgen problemas de difícil solución, cuando entidades prestadoras de servicios de salud, se encuentran con pacientes o familiares de estos, que, sobre la base de sus convicciones religiosas, se oponen a prácticas o protocolos médicos, cuya omisión pone en riesgo su salud y vida, viéndose en ocasiones avocados a solicitar una autorización judicial para poder continuar con una intervención en que el factor tiempo juega un papel medular.

El objetivo de esta investigación es analizar constitucionalmente el derecho a la salud, frente al derecho a la libertad de religión o creencias en el caso de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová, a partir del estudio de tres capítulos en los cuales, dentro del primero, se identificará la normativa constitucional aplicable al análisis; en el segundo, se discutirá la colisión entre los dos derechos; y, finalmente, en el tercero, se analizará las resoluciones de medidas cautelares de primera instancia abordadas en Ecuador y casos análogos internacionales. El enfoque dado a nuestra investigación será el cualitativo, centrándose en utilizar el método analítico- sintético,

CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES.

1.1 Antecedentes Históricos de los Testigos de Jehová.

1.1.1 Origen.

Los Testigos de Jehová tuvieron origen en el Siglo XIX en el año 1879, la persona quién fundó su organización fue Charles Taze Russell quién en vida fue economista y mantuvo un estudio centrado en analizar pasajes bíblicos.

Este grupo religioso surge en un tiempo en que se rumoraba el fin del mundo, y las personas esperaban la venida de Cristo por qué; en dicha espera, los creyentes empezaron a bajar sus esperanzas, y es ahí, cuando Russell interpretó mediante sus estudios que la presencia de Cristo era invisible, además se dio cuenta que su postura coincidía con la de un adventista llamado Nelson Barbour. En medio de una serie de debates de creencias, Russell decide lanzar su propia obra denominada *“Zion’s Watch Tower and Herald Of Christ’s Presence”* que traducida al español se la conoce como *“Torre de Vigilia o La Atalaya”*.

Desde entonces, varios seguidores de la filosofía de Russell empezaron a sumarse a este grupo de creyentes; luego de la muerte de Russell, tomó la presidencia de la organización el juez Ruthford, quien tuvo una serie de aseveraciones en relación a la resurrección y a su vez, fue quién dio a la organización el nombre de Testigos de Jehová. Posterior a la presidencia de Ruthford, Natan Homer Knorr, es quién toma la presidencia y su decisión más importante fue establecer la estricta prohibición de las transfusiones de sangre. Le sigue Frederick William Franz, y, desde 1992 hasta la actualidad se encuentra en la presidencia Milton G. Henschel.

1.1.2 Forma de organización.

La manera en la que se encuentra conformada esta organización es vertical. Según (Calzato, 2006) “La forman las bases de predicadores hasta las cúpulas superiores de congregaciones: circuitos, distritos, sucursales, zonas” (pág. 22). Y además de ello, el llamado “cuerpo

gobernante” cuya sede oficial principal, es decir, lo que ellos conocen como Watch Tower se encuentra situada en Brooklyn, Nueva York.

La forma en la que realizan su trabajo básicamente se centra en la predicación de la palabra y venta de publicaciones religiosas que fundamentan su ideología. Cada congregación es de 100 personas aproximadamente y se encuentran dirigidas por el denominado “siervo ministerial”, jerárquicamente inferior se encuentran los ancianos o presbíteros quienes velan por la conducta y controlan la participación en la forma de predicación a su vez, forman el comité judicial, es decir, tienen la potestad de amonestar o expulsar a quienes cometan faltas graves que a su forma de juzgar fallen en la doctrina e ideología de la organización (Calzato, 2006).

1.1.3 Principios y creencias.

Las creencias de los Testigos de Jehová se basan en varios pilares, rescatamos algunos de los más importantes, entre ellos:

- **Pensamiento respecto a la muerte:** la muerte es el punto final de la existencia del ser humano, lo que queda de la muerte únicamente es el recuerdo que Jehová tiene sobre la persona mientras estaba ésta con vida. Ahora bien, el paraíso terrenal del que hablan puede depender del recuerdo de Jehová sobre esa persona, para que así pueda ser resucitada.
- **Postura de la religión verdadera:** se mantienen firmes en establecer que no es permitido relacionarse con otra religión ajena a la suya, porque consideran que son el pueblo elegido por Dios.
- **El Día del Juicio:** consideran que las personas serán juzgadas con base en la obediencia a los dictámenes de Dios, quienes lo hayan adorado, disfrutarán del reinado de Jesucristo; quienes no lo hayan hecho serán destruidos. Aquellos que sobrevivan gozarán del paraíso en conjunto con los resucitados de entre los muertos. Creen en la existencia de un paraíso terrenal definitivo.

- **Rechazo al aborto:** muestran su rechazo total al aborto, consideran que la vida es tal, desde el momento de la fecundación, dicen que terminar con ella es algo que no corresponde al ser humano si no únicamente a Dios.
- **Rechazo a las transfusiones de sangre:** el punto más importante a tratar en el presente artículo, es el referente a las transfusiones sanguíneas, y el porqué de su rechazo. Para los Testigos de Jehová, recibir sangre de otra persona es ir contra lo que Dios ha creado, y obviamente sostienen su postura basándose en algunos pasajes bíblicos, como los siguientes:

"Solamente os abstendréis de comer carne con su alma, es decir, su sangre" (Génesis 9:4), "Nadie de entre vosotros... comerá sangre" (Levítico 17:12), "... porque la vida de toda carne es la sangre; quien la comiere será exterminado" (Levítico 17:14). (Besio & Besio, 2006).

Es de esta forma, en la que se crea un gran debate desde que se impuso esta prohibición en el año 1961, para los Testigos de Jehová el rechazo a las transfusiones sanguíneas supone el cumplimiento de la palabra de Dios; el hecho de no recibir sangre de otra persona, según ellos es determinante, pues, si una transfusión sanguínea es indispensable para salvar la vida de una persona, esta no la recibirá; por lo tanto, su sacrificio será mirado por Dios y recordado con la esperanza de algún día resucitar en el paraíso.

1.2 Derechos de libertad.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, de esta manera se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador; esto nos indica que su existencia y razón de ser se sustenta en la Constitución, entendida como un cuerpo normativo rígido, que reconoce derechos y garantías a las personas, y, en el caso ecuatoriano, también a la Naturaleza. Hablar de un Estado Constitucional de Derechos nos hace reflexionar a su vez, en el Gobierno que se somete

a las leyes, es decir, no únicamente las impone bajo su imperio, sino también las acata en igualdad de condiciones (Witker, 2016).

De esta forma, también hablamos de justicia social en el sentido de que la justicia abre el camino a la equidad y el acceso a la participación social en grupos que han sido excluidos de ello por cualquier circunstancia (Murillo & Hernández, 2011). Es así que, enfatizamos en que todo ser humano tiene derecho a un trato igualitario para que de esta forma pueda llegar a alcanzar los derechos humanos y a su vez gozar de ellos.

Teniendo presente los conceptos de Estado de derecho y justicia social, podemos hablar de los derechos de libertad contemplados en la Constitución. Los derechos de libertad se encuentran dentro del Capítulo VI, en el artículo 66, el cual contiene 29 numerales, en los cuales se establece una serie de parámetros que delinear los derechos de libertad de las personas, naturalmente, la norma constitucional guarda concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La libertad, importa uno de los derechos más complejos, pues tiene que ver con el desarrollo integral del ser humano, pudiendo comprenderse como una facultad, y, al mismo tiempo ser interpretada como la realización existencial del hombre. La libertad bajo nuestra percepción no debe ser tomada como un derecho netamente individual, porque ampara a la sociedad en su conjunto, quizá la frase *“tu libertad termina donde empieza el derecho de otro”* esclarece nuestra postura. No es factible individualizarla, pues aquello podría afectar al derecho de otro o de la comunidad.

Si bien es cierto la libertad es una facultad personal, pero como hemos enfatizado en líneas anteriores, no se puede encerrar en la persona, ya que, nos abre las puertas hacia la sociedad y la convivencia en la misma. Además, *“crea la comunidad de los hombres libres para amarse y tener la capacidad del discernimiento necesaria, para seguir en el desarrollo personal”* (Parent, 2000).

Ahora bien, dentro de los numerales que forman parte de los derechos de libertad, previstos en el citado artículo 66, encontramos los numerales 8 y 28, íntimamente relacionados con el tema del presente estudio, en el que abordaremos el derecho a la libertad de religión o creencias.

1.2.1 Derecho a la Libertad de Religión o Creencias.

Para entender este derecho de libertad, debemos comprender que el Estado ecuatoriano ha establecido en la Constitución que es un Estado laico, es decir, que funciona aisladamente de grupos religiosos, y por supuesto, que tampoco impone seguir una religión u obligar a abstenerse de practicar alguna. Es importante que se haga esta aclaración sobre la percepción del Estado frente a la religión porque es ahí en donde se centra nuestro estudio.

Una vez que el Estado se reconoce a sí mismo como laico, podemos hablar de los derechos de libertad relacionados a la religión o creencias, los cuales se encuentran plasmados de la siguiente forma:

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 19)

El derecho a la libertad de religión o creencias debe ser entendido como aquella potestad que tiene todo ser humano de profesar o no una religión, en el sentido de poseer convicciones teístas, no teístas o ateas, tal como lo establece el artículo 66 numeral 8 de la Constitución. Vale la pena recalcar el hecho de que la religión y las convicciones morales de un individuo siempre tendrá un aspecto personal, ya que van ligadas a la concepción de liberalidad, debido a que cada ser humano diseña su plan de vida y, la intervención del Estado en el plan de vida debe de ser mínima, y en caso de hacerlo, será con el objeto de proteger derechos de los demás individuos (Pinto, 2013).

Este derecho reconocido constitucionalmente se encuentra sometido a ciertas limitaciones al momento de ejercerse, porque a pesar de ser un derecho personal, en su ejercicio se pueden ver involucrados terceros en cuyo caso estará limitado por razones de orden, seguridad, buenas costumbres, moral, etcétera (Cervantes, 2009). Es así que, dichas limitaciones no siempre serán las mismas para todos los casos, porque jamás pueden ser tomadas genéricamente, sino dependerán de cada caso específico.

La Corte Constitucional del Ecuador también enfatiza en el reconocimiento constitucional de este derecho, al respecto al mencionar el ámbito colectivo lo hace en el sentido de que se reconoce la libre asociación con el objetivo de compartir y manifestar de forma colectiva la práctica religiosa, así mismo la manera en la cual se organizarán, al elegir sus miembros directivos (Sentencia No. 48-16-IN/21, 2021). Respecto al ámbito individual la Corte reconoce que las personas pueden acceder a organizaciones religiosas sin restricción alguna o abstenerse de hacerlo.

Este derecho va ligado al derecho a la identidad, ya que, la forma en que se manifiesta llega a involucrar el ámbito individual y a su vez, el ámbito cultural; es así que, la práctica religiosa llega a ser parte del patrimonio cultural intangible de una sociedad, y de esta manera se manifiesta por medio de las normas éticas y morales que se acatan y obedecen dentro de una determinada organización religiosa.

La forma en que nos mostramos ante la sociedad lleva implícitos una serie de aspectos, entre ellos, la religión, que en conjunto hacen que nos identifiquemos como personas diversas, unas diferentes de otras, formando sin embargo una identidad común.

De esta forma, podemos observar cómo se enmarca el derecho a la libertad de religión o creencias en el ámbito jurídico ecuatoriano, de manera amplia se reconoce y garantiza este derecho que incluso guarda concordancia con la normativa internacional; entendiendo que este

derecho se manifiesta individual y colectivamente, además de formar parte de la identidad de cada persona.

1.3 Derechos fundamentales.

Al referirnos a derechos fundamentales debemos entender que son esenciales, permanentes e inherentes al ser humano, por lo tanto, son protegidos jurídicamente. Al ser inherentes al ser humano, entendemos que son irrenunciables, de esta forma tampoco pueden ser transferidos a otras personas, no pueden prescribir ya que, no existe un tiempo en el que se generan o una duración limitada, nacen con la persona y se adhieren a ella; en esencia, los derechos fundamentales son de carácter público, y

su condición les viene doblemente impuesta: de una parte, por la fuente normativa que los recoge, a saber, la ley fundamental de un país, la Constitución; y de otra, por el carácter e importancia de los bienes jurídicos que protegen, a todas luces los más trascendentales de un ordenamiento jurídico. (Aguilar, 2010, p. 27)

Es así que, al ser fundamentales se les otorga una protección especial además de establecer garantías para su pleno ejercicio, los titulares de estos derechos tienen consigo facultades para hacerlos valer por medio de la interposición de herramientas jurídicas frente a acciones u omisiones ilegítimas que afecten su goce, pudiendo venir de personas naturales o jurídicas o de los distintos poderes públicos.

El sistema en el que se garantizan estos derechos tiene su asiento en la Constitución, y, a su vez, se resguarda mediante acciones y procedimientos tendientes a su materialización y activación.

Ahora bien, es oportuno hablar de la igualdad jerárquica de derechos. Sobre la base de nuestra legislación, entendemos que ningún derecho es superior a otro o vale más respecto a otro. Si nuestra legislación establece directrices respecto a derechos, debe entenderse como una jerarquía estrictamente formal, pero bajo ninguna circunstancia como de

fondo, ya que la interpretación no puede darse de manera aislada. Después de haber hecho un pequeño paréntesis en lo que respecta al principio de igualdad jerárquica, entendemos que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen igualdad jerárquica formal, sin embargo, al analizarlos en su estructura de fondo y en torno a las circunstancias, puede relativizarse este principio de igualdad jerárquica.

1.3.1 Derecho a la Salud.

El derecho a la salud se enmarca dentro de los derechos fundamentales debido a que, como ya hemos visto, es un derecho consustancial a la condición de persona, por lo tanto, el ejercicio de éste, debe estar encaminado a su goce pleno, y al Estado le corresponde velar para que los ciudadanos tengan este acceso que les permita ejercerlo de manera eficaz. Ahora bien, ¿en qué consiste el derecho a la salud?

Este derecho está previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y a su vez, se encuentra recogido en la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 32 dispone:

(...) 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 (...). (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De lo que establece la Constitución rescatamos que el derecho a la salud es una obligación propia del Estado y, por ende, según lo establecido en el citado artículo, se relaciona con la forma y calidad de vida en el desarrollo de las personas; no podemos dejar de lado que es un derecho social fundamental, y de esta forma, se enmarca en una posición jurídica privilegiada; ¿a qué nos referimos con privilegiada? Hacemos referencia a la aplicación inmediata de garantías constitucionales que hagan valer su pleno ejercicio en caso de la existencia de vulneración.

Dicho de este modo, no podemos considerar que el derecho a la salud implica únicamente el acceso a los servicios y atención a la salud, pues va más allá de eso; no únicamente se relaciona al ámbito de la salud y la enfermedad considerando los dos términos como opuestos. Este derecho interactúa con otros derechos para poder configurarse de la manera correcta, y, naturalmente se verán involucrados otros factores como la asistencia médica. No podemos dejar de lado que nos encontramos en una época de crecimiento demográfico mundial, en que desafíos como la proliferación de enfermedades nuevas puede limitar el acceso a la salud, y por lo tanto vulnerar un derecho fundamental (Rodríguez, 2016).

Hablar de si es un derecho individual o colectivo, hace parte de este análisis, efectivamente lo tomamos como un derecho propio que tiene cada persona; sin embargo, el alcance individual no puede ser protegido sin antes manifestar el acceso a condiciones en el ámbito colectivo relacionado al Buen Vivir; entonces, el Estado tiene la obligación de crear, modificar, y generar políticas públicas, condiciones de bienestar y acceso a servicios de salud que respeten el pleno ejercicio de este derecho.

En efecto, hablamos de que el derecho a la salud, al ser un derecho fundamental, se reputa como un atributo de la personalidad, y en esa perspectiva, la acompañará hasta el día en el que deje de existir, por lo tanto, proteger este derecho es de carácter inmediato y, naturalmente, es lo que hace el personal médico en sus labores diarias; basándose en el Código de Deontología Médica, éste nos indica los principios fundamentales en torno a la práctica médica que lleva consigo el objetivo de proteger la vida del paciente y, por supuesto, brindarle la correcta atención a la salud, conforme lo establecen los distintos cuerpos normativos.

1.4 Aspectos jurídicos en la Asistencia Médica.

El Estado ecuatoriano se encuentra en la obligación de velar por la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, en esa línea, uno de los ítems fundamentales es el referente al derecho a la Salud, lo que se

consigue a través de la confección de políticas públicas, que necesariamente tendrán como sustento el andamiaje jurídico constitucional, así como su desmultiplicación en la normativa secundaria, dentro de la cual encontramos una serie de normas a las que los profesionales de la salud están supeditados en el ejercicio de su profesión.

Dentro de la salud existe no solo un deber ético a partir del cual se debe regir un médico, puesto que, la bioética ha sido amparada de forma legal y a su vez reconocida como garantía de protección de los derechos humanos, es importante que la conducta profesional se guíe a partir de los principios morales, la ética y los valores, pero que además este regulada por claros parámetros legales.

Existe Códigos Deontológicos que han sido creados en función de cada profesión. Netamente en el campo de la asistencia médica, podemos encontrar la deontología médica que reúne normas o principios que han de regir la conducta y la actividad dentro de la formación y posterior desenvolvimiento de los profesionales de la salud. El Código de Deontología Médica, abarca la ética y la moral como fundamento para el cumplimiento de sus deberes; este código adquiere el carácter de ley moral.

En el Código de Deontología Médica se puede encontrar normas en cuanto a la relación médico-paciente, calidad de atención, deberes, obligaciones, actitudes, compromisos y principios básicos; de manera de que se ejerza la profesión médica con base en sus conocimientos, responsabilidad, respeto, competencia y sobre todo con humanismo (Código de Deontología Médica, 2018).

Entre los principales compromisos que adquieren y aceptan los profesionales de la salud, encontramos: el principio de autonomía, principio de justicia y equidad, principio de beneficencia y no maleficencia, y el consentimiento informado.

1.4.1 Principio Autonomía.

La autonomía ha sido entendida como sinónimo de libertad y voluntad dentro de la asistencia médica, una suerte de auto gobernación que las personas poseen sobre su bienestar, ya que a través de esta autonomía defienden sus intereses (Domínguez, 2011).

Si bien el personal de salud está en la obligación de brindar el mejor y adecuado servicio para precautelar la salud del paciente, el poder de tomar decisiones en cuanto a la aceptación o negación de tratamientos o procedimientos no les compete, ya que el ordenamiento jurídico ecuatoriano da autonomía al paciente, para que sea este quien decida sobre la base de su voluntad lo que mejor crea conveniente, teniendo en cuenta que esta libertad no puede por ningún motivo interferir o perjudicar a los derechos de terceras personas (Jiménez & Olvera, 2018).

1.4.2 Principio de Justicia.

Todos y todas las personas tenemos derechos irrenunciables, intransferibles e imprescriptibles, tal es el caso del derecho a recibir una atención médica oportuna y de calidad, es por ello que, el principio de justicia establece que se dará a cada persona lo que le corresponda y necesite, esto sin razón de etnia, religión o estatus social y en medida de lo posible, sin reparo de gastos en cuanto pueda ofrecer el Estado a través del Ministerio de Salud Pública.

En este caso, se hace referencia a la obligación compartida en la asistencia médica, es decir, la obligación que tiene el estado de garantizar el derecho y la obligación del médico de prestar el servicio de forma adecuada, justa y oportuna a quien lo necesite.

1.4.3 Principio de Beneficencia.

La beneficencia dentro de la asistencia médica hace referencia al juramento de ponerse al servicio de la comunidad, que realiza el personal de salud. Este compromiso, se enlaza con el deber de beneficiar al prójimo con sus conocimientos ayudando a quien lo necesite.

El deber de actuar en búsqueda del mayor beneficio en medida de lo posible, o a su vez, la obligación de prevenir o cesar el daño del paciente, conjuntamente con el empleo de técnicas, conocimientos y la intervención adecuada para cada caso (Jiménez & Olvera, 2018).

1.4.4 Principio de No Maleficencia.

Para la interpretación de este principio, es importante tener en cuenta que el daño puede ser físico, moral o emocional; visto de esta manera, el deber de cuidado con el que debe actuar el personal de salud, está ligado a la prevención de incurrir en cualquier tipo de daño. Los tratamientos o procedimientos médicos pueden ser empleados con la finalidad de precautelar la salud del paciente, cuyo objetivo es la beneficencia de quien lo necesite, pero dicha acción puede a su vez ocasionar el daño moral, si el individuo ve afectada su dignidad, libertad y autonomía de voluntad, aunque el empleo de dicha acción hubiera tenido el objeto de proteger la salud y la vida del paciente (Código de Deontología Médica, 2018).

El principio de no maleficencia hace referencia al respeto de la aceptación o negación del empleo de estos recursos, pese a que esto pueda sonar contrario al deber del médico de salvaguardar la salud de los pacientes.

1.4.5 Consentimiento Informado.

La práctica de la autonomía de la voluntad debe estar precedida por el consentimiento informado, teniendo en cuenta que a partir de ello se tomarán decisiones de aceptación o negación en cuanto a la asistencia médica.

El consentimiento informado es la manifestación de la voluntad de quien ha recibido de forma clara y oportuna la información de lo que se realizará y como se llevarán a cabo tanto los tratamientos como las intervenciones ya sean invasivas o no. En este punto el paciente debe contar con información clara, entendible y verídica de aquello propuesto

por el personal de salud, a su vez de métodos alternativos y las consecuencias de aceptar o negarse a este.

El consentimiento es un acto voluntario; el paciente por ningún motivo puede ser coaccionado privándole de la libertad de ejercer el derecho a decidir. Cabe mencionar que, para ejercer dicha libertad de elección, el individuo debe tener la capacidad para conocer los beneficios y riesgos de la decisión que tome.

1.5 Mecanismos de Protección de derechos.

Con el pasar del tiempo y el desarrollo tanto de las sociedades como de los Estados, es indudable la necesidad del empleo de mecanismos de protección de los derechos humanos nacionales, regionales e internacionales; estos sistemas guardan relación en cuanto comparten un mismo ideal, el respeto a la dignidad humana, la protección y el garantismo de derechos y libertades (MARIE, 1996).

Todos los miembros de un Estado merecen recursos rápidos y eficaces que los amparen ante actos de violación o disminución del goce de sus derechos constitucionales, de manera que estos puedan ser restituidos a través de la intervención judicial. El Estado ecuatoriano ha implementado instituciones jurídicas en su Constitución y normas secundarias a través de las que se garantiza la protección de dichos derechos, también identifica los tipos de titulares de derechos constitucionales, es decir que, estos pueden ser exigidos de forma individual o colectiva, cualquier ciudadano, de forma personal o a su vez, los pueblos y comunidades e incluso la Naturaleza puedan interponer acciones en vía judicial, en resguardo de sus derechos.

El Ecuador en su nuevo diseño constitucional, ha desarrollado un enfoque amplio en cuanto a garantías de protección de derechos, así, podemos encontrar garantías normativas, garantías de políticas públicas, garantías institucionales y las garantías jurisdiccionales. Siendo estas últimas objeto de nuestro particular interés.

1.5.1 Garantías Jurisdiccionales.

Las garantías jurisdiccionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano como mecanismos de protección de derechos que se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y, a su vez de derechos contemplados en Instrumentos Internacionales. Cabe mencionar que no solo actúan como mecanismos protectores sino también como mecanismos de declaración de violaciones de derechos, cuya aplicación es de forma inmediata y eficaz (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Dentro de las garantías jurisdiccionales que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tenemos: La Acción de Protección, Acción Extraordinaria de Protección, Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, Hábeas Corpus, Hábeas Data, Acción de Acceso a la Información Pública, Acción por Incumplimiento, Acción de Incumplimiento y las Medidas Cautelares. Para efectos del presente estudio nos centraremos en el análisis de las Medidas Cautelares.

1.5.1.1 Medidas Cautelares.

Las Medidas Cautelares al formar parte de los mecanismos de protección de derechos, como su nombre lo dice son medidas adoptadas para el cese o la prevención de la violación de derechos establecidos en la Constitución del Ecuador o en Instrumentos Internacionales.

El objeto de estas es precautelar la amenaza a derechos y libertades de los ciudadanos. Tal como lo establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo número 6, el cual expresa: “Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

A su vez, la Constitución de la República del Ecuador la establece como la respuesta inmediata y oportuna, que el Estado está obligado a

dar, a efectos de prevenir la violación de los derechos garantizados en la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La caracterización más significativa de estas, es que son autónomas y carecen de un carácter formal, pudiendo ser interpuestas sin importar el día u hora, ya que estas son vistas como medidas urgentes. En cuanto al tiempo de empleo, estas son temporales, por ningún motivo pueden ser indefinidas, ya que, por su naturaleza de medida urgente, actúan ante la amenaza de violación de derechos y el cese de la misma, es decir que al calmar el riesgo o restituirse el derecho esta medida pasa a ser ineficaz.

Por otro lado, las medidas cautelares buscan detener las acciones lesivas, y pueden ser solicitadas durante un proceso o fuera de este; por lo tanto, estas no poseen un carácter reparatorio, sino cautelar. Estas medidas pueden o no, estar ligadas a acciones constitucionales, ya que, con la promulgación de la Constitución del 2008, se dio una separación entre las acciones de conocimiento y medidas cautelares (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

CAPÍTULO II. COLISIÓN ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

2.1 Postura de los Testigos de Jehová frente a la Hemotransfusión.

En relación a la postura de los Testigos de Jehová frente al problema bioético de las transfusiones sanguíneas, tomando como fundamento los textos bíblicos que han sido señalados anteriormente, aceptar las transfusiones de sangre y sus derivados, acarrea un menoscabo al espíritu de su ser, de modo que, no les importaría perder la vida, por mantenerse firmes en sus convicciones.

Los Testigos de Jehová aceptan la mayor parte de tratamientos médicos ya que, es una necesidad, y, no se encuentra prohibida su aplicación, más, sin embargo, la situación cambia en las transfusiones sanguíneas ya que, la Biblia expresa su prohibición y rechazo en varios pasajes. En tal sentido, rechazan la transfusión de componentes primarios

de sangre (glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma), no sucede lo mismo con los componentes secundarios como por ejemplo la albúmina, esto se debe a que, durante la gestación los componentes secundarios tienen que atravesar la barrera placentaria; además, no tienen la misma composición de los componentes primarios, y, al ser simples dejan de considerarse como sangre propiamente dicha (Besio & Besio, 2006).

En efecto, quien no obedezca el mandato divino plasmado en la Biblia, no será digno de disfrutar del Paraíso de resurrección eterno guardado para sus fieles seguidores, a pesar de que, por consecuencia, de cumplir su mandato, se llegue a perder la vida. Ante todo, hacen alusión a un sacrificio que Dios lo verá y lo recordará en el futuro cuando los muertos resuciten para disfrutar del Paraíso Eterno.

Dentro de este contexto, surge una interrogante, ¿qué sucede con los Testigos de Jehová quienes sí aceptan una transfusión sanguínea? En esta perspectiva, si alguno de sus miembros acepta la transfusión por su propia voluntad, omitiendo sus convicciones y, sin mostrar oposición alguna a ello, está manifestando su negativa de seguir formando parte de la organización. Entonces, no únicamente hablamos de su expulsión de la comunidad, sino también implica que ninguna otra persona podrá estar ligada a aquel que ha faltado a la Palabra de Dios, pero, esta norma rígida no es aplicable a todos los casos.

Los Testigos de Jehová son conscientes de que no todos los casos son iguales, y, debido al problema bioético que se ha generado desde hace muchos años, existen casos en los que para ellos, no se respeta la voluntad del paciente, es decir, la norma de la expulsión, no será aplicable a los miembros quienes reciben la transfusión en contra de su voluntad, de la misma forma, tampoco será aplicable a quienes la aceptaron con voluntad, pero se arrepintieron; para estos últimos, será aplicable un tratamiento de purificación que se sigue dentro de la organización.

Dentro de este marco, el rechazo se fundamenta en textos bíblicos, sí, sin embargo, toma fuerza considerando al derecho a la libertad de religión o creencias, que, como mencionamos anteriormente, permite a la persona tener libertad para la toma de decisiones respecto a acciones u omisiones que se fundamentan en códigos morales que forman parte de la organización religiosa, y, al momento de que la persona acepta formar parte de ella, se rige a normas, principios, costumbres, prácticas, etcétera, que se realizan en la organización y, que deben ser acatadas.

Por consiguiente, si un paciente Testigo de Jehová muestra su negativa a recibir una transfusión, invoca su objeción de conciencia, siendo ésta “la facultad de un paciente a rechazar un tratamiento propuesto por el médico, debido a sus convicciones morales o religiosas” (Ramírez- Salazar, Jiménez- Corona, & Rivera- Cisneros, 2003). En consecuencia, un profesional de la salud se encontrará con un panorama en el que, si realiza la transfusión iría en contra del derecho de libertad religiosa que tiene el paciente, y si no lo hace, afectaría al derecho a la salud e incluso al derecho a la vida, acarreando posibles consecuencias legales por responsabilidad médica.

2.2 Postura de los Estados frente a la Hemotransfusión en Testigos de Jehová.

En virtud de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados deben garantizar el pleno ejercicio de los derechos, y lo harán a través de políticas públicas, normas, y mecanismos en los que los ciudadanos puedan ser partícipes en el goce correcto de sus derechos humanos y, a su vez, configurar el Buen Vivir en la sociedad.

Es cierto entonces, que, los Estados se encuentran en la obligación de garantizar de manera preferente el goce de derechos fundamentales como el derecho a la salud; en tanto, que, este derecho brinda la protección en el caso de que un ciudadano haya sido afectado por alguna dolencia y se encuentre en riesgo su salud, y, en casos más complejos, la

vida del paciente. Entonces, la atención a la salud es de carácter inmediato y prioritario, debiendo regirse por principios de precaución, calidad, eficacia y eficiencia.

Los Estados enfatizan en que el derecho a la salud es un derecho fundamental y necesario que va ligado a los demás derechos humanos, por lo que, sin este, sería imposible gozar plenamente de los demás. Así pues, el pleno ejercicio de este derecho se dará cuando una persona tenga ausencia de afecciones, además de encontrarse en un estado de bienestar físico, mental y social (Sentencia No. 328-19-EP/20, 2020). El deber estatal se debe centrar en asegurar el acceso a los servicios de salud, que deben incluir una prestación médica de calidad.

De modo que, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas que impidan la vulneración a los derechos fundamentales, y, esto abarca no únicamente la atención a la salud, sino también la implementación de un sistema judicial efectivo que garantice el goce pleno de derechos. Es importante traer a colación lo que, al respecto menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación (...). Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ellos. (CASO GONZÁLES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR, 2015)

Asumimos entonces, que existe interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, es así que, todos estos se encuentran íntimamente relacionados unos a otros; de manera que, el derecho a la

salud guarda relación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, esto en razón de que, el objetivo principal de ellos es garantizar un desarrollo sano de la persona, acceso a medios de prevención, tratamiento de enfermedades, asistencia, servicios y controles adecuados a sus necesidades específicas.

Ahora, si bien es cierto, la salud es un servicio público, las prestaciones médicas brindadas por particulares; ello no quiere decir que no debe protegerse por los Estados, todo lo contrario, están en la obligación de vigilar constantemente que la prestación de los servicios sea adecuada y guarden concordancia con los principios mencionados con anterioridad. Es obligación de los Estados fiscalizar, regular, y vigilar toda prestación médica prestada en el territorio, protegiendo la integridad física, y la vida de los pacientes; independientemente si las prestaciones médicas son brindadas por entes públicos o privados.

Dentro de este orden de ideas, la supervisión corresponde a los Estados, así el servicio lo otorgue un ente privado, porque se encuentra en la obligación de otorgar servicios públicos, pero también, proteger el bien público. Cuando las atenciones médicas las brinda el Estado directamente, lo hace a través de hospitales públicos, centros de salud, dispensarios médicos, etcétera; pero puede ser otorgada también por entidades privadas. Los servicios médicos otorgados por entes privados pueden ser auspiciados por el Estado mediante contratos y convenios públicos; es así que, en ambos casos, recae la responsabilidad sobre el Estado, porque, al final del día, es el encargado de velar por el bienestar de sus ciudadanos.

Es cierto que, el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales más complejos debido a su ejercicio y su complementariedad con otros derechos, por tanto, no solo debe considerarse como la ausencia de molestias, al mismo tiempo, implica la responsabilidad del Estado en ser profiláctico por medio de políticas

públicas, servicios, capacitaciones, etcétera, que garanticen el acceso a la salud sin exclusión alguna.

En relación a la problemática expuesta, la postura de los Estados frente a la hemotransfusión en Testigos de Jehová es clara al establecer que tienen la obligación de velar por el bienestar de sus ciudadanos, indistintamente de que religión profesen. Varios tribunales internacionales se han pronunciado al respecto, y, a pesar de que, no todos los casos son los mismos, se pronuncian respecto al tema, crean jurisprudencia y, brindan una guía para la resolución de casos análogos. Claro está, que, es deber de los Estados garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, principalmente, el derecho a la salud.

2.2.1 Eventuales Responsabilidades del Estado.

Resulta fácil pensar en la posibilidad de que el Estado tenga responsabilidad frente al ejercicio de cualquier derecho, pero, en el caso del derecho a la salud toma más fuerza aún porque la Constitución así lo establece:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 2)

De manera que, el derecho a la salud constituye uno de los derechos más importantes en la sociedad, sin este, sería difícil gozar de los demás; por todo lo manifestado, el Estado se encuentra en la obligación de hacerse responsable de que el goce de este derecho sea pleno, caso contrario podrían recaer sobre él, responsabilidades de cualquier índole. Ante todo, la obligación del Estado, se encuentra plasmada en instrumentos internacionales y en la Constitución; sería erróneo que, al encontrarnos en un Estado de derechos y justicia social, no nos refiramos

a las eventuales responsabilidades del Estado en caso de vulneración de derechos.

Así pues, el deber más importante del Estado es el de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales, aun cuando entes distintos al Estado actúen para brindar un servicio público; pero, a consecuencia de un daño, las reparaciones estarán a cargo de él. No únicamente podemos hablar de una reparación económica, o, de otro tipo; en relación a la garantía de no repetición, el Estado está en la obligación de que las violaciones atinentes a los derechos constitucionales, no se vuelvan a dar bajo ninguna circunstancia, sin embargo, en la práctica, no es fácil la aplicación de este principio.

En virtud de lo manifestado, al existir una relación entre el Estado y las instituciones que brindan prestaciones de salud, implica corresponsabilidad; es así que, los profesionales de la salud son responsables de brindar atención médica rigiéndose por los principios que conforman este derecho, entonces, al generar deberes para el personal médico, se entiende que también generará responsabilidades de ser el caso.

Dentro de este panorama, al referirnos al sector privado, si se comprueba que el personal médico tuvo responsabilidad, el Estado será responsable únicamente cuando se pruebe que el servicio no funcionó como se supone que debería de funcionar, porque de una u otra forma, la obligación del Estado recae en brindar servicios de calidad, y, a pesar de no brindarlo mediante sus órganos, es responsable de verificar que las instituciones privadas cumplan con los requisitos necesarios para la prestación de servicios médicos de calidad.

Por otro lado, lo que sucede en el sector público varía un poco, cuando un profesional de la salud brinda sus servicios como funcionario de un determinado órgano del Estado, pues éste pertenece al mismo, por lo que, existe una conexión más cercana. Cuando existe una acción u omisión de un funcionario público, la responsabilidad recae sobre el

órgano estatal al que éste pertenezca y, a su vez, las acciones judiciales que la persona afectada interponga, serán en contra del órgano representante de la institución estatal. De esta forma hablamos de la responsabilidad directa del Estado, sin perjuicio del derecho de repetición imputable a acciones u omisiones de los funcionarios públicos.

2.3 Postura de los Profesionales de la Salud frente a la Hemotransfusión en Testigos de Jehová.

El objetivo de los profesionales de la salud se orienta al servicio, cuidado y protección de la salud, bienestar y, sobre todo, la vida del paciente. Su finalidad es ayudar a quien lo necesite, empleando los conocimientos adquiridos durante toda su formación; conocimientos para sanar y salvar al paciente.

La negativa que muestran los pacientes Testigos de Jehová al rechazo de las hemotransfusiones, no sólo coloca a los profesionales de la salud en una situación de angustia, sino también, genera un conflicto interno entre sus principios éticos, morales y profesionales; ya que, el ejercicio del médico siempre se ha enfocado a agotar todos los recursos posibles para precautelar la salud y el bienestar del paciente.

Las deliberaciones que hacen los profesionales de la salud parten de principios, entre ellos, el de beneficencia, en donde, buscan métodos alternativos que puedan funcionar en cada caso, y que, a su vez, respete la voluntad de paciente. Esta deliberación siempre se genera en torno a los recursos o métodos a emplearse conforme las necesidades del paciente, pero, nunca se delibera sobre el actuar o no del médico, es decir, la intención de tratar o no al paciente.

Es así que, Aristóteles en una de sus obras hace mención a las deliberaciones. Él expresa: “No deliberamos sobre los fines, sino sobre lo que conduce a los fines. Como es el caso del médico, el cual no delibera si va a curar. El médico examina las alternativas que mejor beneficien al paciente” (Calvo, 2001).

La aceptación o la negación de los procedimientos de hemotransfusión es una libertad propia del paciente Testigo de Jehová, las decisiones tomadas en dicha situación le competen únicamente al paciente, esto conforme el principio de autonomía bajo el respaldo del llamado consentimiento informado (Fonseca & Yugsi, 2020).

El médico no opta por una postura negativa o de aceptación, al contrario, este ofrece la información necesaria al paciente, analiza los recursos alternativos para una mejor atención, y, finalmente, respeta las decisiones tomadas. Si bien, su deber es salvaguardar la vida de sus pacientes, el respeto en cuanto a la voluntad y el consentimiento de estos, también es fundamental.

Teniendo en cuenta que el paciente puede cambiar de opinión en cualquier momento, pese a que de manera formal este haya expresado el rechazo al procedimiento, es decir, tan solo con la manifestación verbal, el paciente puede expresar la autorización y, de esta manera, el médico podrá actuar con dichos procedimientos de ser necesarios.

El médico respetará las decisiones tomadas por el paciente, aun cuando no comparta sus creencias y estas vayan en contra de su salud. Actualmente, se ha dejado de lado el modelo paternalista en donde la autoridad era ejercida por el médico y el paciente solo acataba las recomendaciones y procedimientos propuestos por el médico, para dar paso a un modelo dominante en donde los papeles han cambiado, otorgándole la toma de decisiones al paciente (Arrubarrena, 2011).

2.3.1 Valoración Ética.

La ética vista desde un campo general, es la relación del bien y el mal, del accionar y la moral. Pero, la Ética Médica abarca tanto principios, valores y normas que guían el ejercicio de los profesionales de la salud. Es por ello que, la Valoración Ética Médica busca limitar las actuaciones, esto acarreando impactos de forma inmediata y a futuro.

Una de las principales fuentes para la Valoración Ética Médica fue la implementación del Código Deontológico Médico, ya que, el mismo reúne en sí, las normas que guían las actuaciones médicas. Lo que se busca es que, a partir de esta valoración ética se pueda transformar y humanizar a los profesionales de la salud. Como su nombre lo dice, la valoración ética intenta proyectar los valores éticos en la profesión médica; ahora bien, la problemática surge al intentar establecer qué ética es viable dentro del caso, ya que, tenemos por un lado la Ética de Principios, y, por otro lado, la Ética Casuística.

La Ética de Principios, son los criterios fundamentales que de forma general guían el actuar del profesional de la salud, su ejercicio se centrará en el cumplimiento de estos principios; mientras que, la Ética Casuística, está orientada al empleo de principios dependiendo el análisis de cada caso, esta deja de lado el ámbito general y se vuelve particular, pues cree que cada caso es único y diferente, que necesita observar ciertos principios sobre otros, siempre y cuando se cumpla la finalidad de protección de los derechos humanos.

2.3.2 Valoración Moral.

Aunque la Ética y la Moral suelen ser confundidas como sinónimos, y a su vez, que las dos abarcan aspectos del bien y el mal, la realidad es que, son distintas. La Ética se centra en la terminología del bien y el mal, es decir, de lo que se cree, sin establecer una sociedad determinada. Por el contrario, la Moral se enfoca en las normas que una sociedad ya ha establecido, y, que, a su vez, interfieren en el comportamiento social del cual se intenta mantener una correcta convivencia (Camps, 2015).

La Valoración Moral, se encuentra en un cambio constante, debido a que, está ligada a los cambios que suceden en la sociedad. Esta valoración busca establecer un equilibrio entre el respeto a las creencias personales y las creencias de terceros; el profesional de la salud tiene la libertad de creer y defender sus principios sobre lo que considera como el bien y el mal, pero, está en la obligación de respetar y abstenerse de

persuadir a quienes tengan diferentes creencias. A través de este equilibrio lo que se busca es marcar un modelo estándar de la conducta profesional médica (Seijo, Finlay, & Cardoso, 2001).

La razón moral no puede ser justificante para la objeción de conciencia médica, entendiendo a esta como el rechazo a la prestación de servicios sanitarios. El objetivo de la valoración moral es el respeto personal y social, por lo que, al tener nuestras propias convicciones morales no colocan a estas como únicas, sino al contrario las limitan.

Agrupar los preceptos morales dentro de una sociedad y establecerlos como reglas para que regulen el comportamiento social, es un arduo trabajo, teniendo en cuenta que, las normas morales son tan solo una guía, mas no una ley; es decir, la valoración moral es analizada de forma individual y personal.

Nuevamente la moral se encuentra relacionada con los principios de justicia, beneficencia y autonomía; estos principios son usados como ítems que determinarán la valoración moral tanto del personal de la salud como de los pacientes. En esta perspectiva, con el desarrollo del pluralismo religioso, los valores morales que rigen a un determinado grupo de personas pueden ser completamente opuestos al de la sociedad común del Estado, y, a su vez, estos pueden significar el eje central de su identidad personal (Besio & Besio, 2006).

2.3.3 Valoración Legal.

Al eliminarse el modelo paternalista del sistema sanitario y promoverse la protección del pluralismo religioso y de identidad, la valoración legal de la conducta del profesional de la salud fue fundamental. Este cambio trajo consigo una serie de conflictos legales en la relación de médico – paciente, pues, al adquirir la autonomía total de las decisiones sobre su salud y bienestar, deja al paciente la opción de decidir sobre su salud, ya sea aceptando tratamientos o procedimientos necesarios, o, rechazándolos; de manera que, las consecuencias de dicha decisión

pueden ocasionar escenarios lamentables tanto para el médico como para el paciente.

En el caso del profesional de la salud, la valoración legal aún sigue siendo un tema de controversia, pues, si bien, el deber del médico es prestar sus servicios en razón de precautelar la salud y la vida de sus pacientes, este deber se obstruye ante el rechazo de sus servicios y la obligación del médico de respetarlos. El médico debe abstenerse de interferir en las decisiones optadas por los pacientes, únicamente puede ofrecer alternativas que puedan o no ser viables. Cabe recalcar que cada caso es diferente y de eso es lo que trata la valoración legal, de analizar la situación conjuntamente con la actuación del médico y la voluntad del paciente.

Lo que se pretende es establecer que el médico tuvo la disposición de prestar sus servicios en razón de proteger la salud del paciente, y, fue este quien no prestó su consentimiento para ser tratado por el personal de la salud. De esta manera, aunque el médico vaya contra todos sus principios éticos y morales, y, respete la voluntad del paciente; no debería bajo ninguna circunstancia ser juzgado por eventuales responsabilidades legales. De igual manera, la valoración legal que se realiza en los pacientes, partirá del consentimiento informado, es decir, conocerá sobre su estado de salud, sus alternativas y las consecuencias de las mismas.

En resumen, la valoración legal pretende analizar cada caso en concreto, conjuntamente con sus involucrados, en este caso al profesional de la salud y al paciente, para que, posteriormente no sean necesarios los procedimientos legales en vulneraciones de derechos fundamentales.

2.4 Colisión del Derecho a la Salud y el Derecho a la Libertad de Religión o Creencias.

Como se ha planteado, la problemática surge con la colisión entre derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. No se trata de poner un derecho sobre otro, porque los dos son titulares de protección por parte del Estado, pero, dada la singularidad del caso,

varios doctrinarios han coincidido en que el dilema es la jerarquía de bienes jurídicos protegidos, y, esto hace que los criterios tradicionales sean ineficaces para su resolución, debiendo así, empezar por el análisis de la racionalidad y la proporcionalidad del derecho constitucional contemporáneo (Cobos, 2015).

Tanto la razonabilidad como la proporcionalidad tienen la finalidad de eludir la arbitrariedad. En primer lugar, la razonabilidad, es entendida como la capacidad de deliberación y conciencia que se tiene sobre la realidad que se pretende abarcar, esto como pilar del sistema constitucional y fundamento de la libertad. Es necesario hacer una diferenciación entre “racionalidad” y “razonabilidad”. La racionalidad hace referencia a la motivación, argumentación o convencimiento para el control y corrección de la justicia, y, la razonabilidad está enfocada en nociones de igualdad, equilibrio, dignidad y justicia (Pedernera, 2019).

La proporcionalidad se encuentra ligada con los principios de idoneidad y el principio de necesidad. El primero consiste en la relación causa, medios y fin, es decir que, debe existir concordancia entre ellos, la causalidad debe estar conforme al medio que se adoptó para poder alcanzar el fin que se ha propuesto; de manera que, si la idoneidad no es superada con el objetivo propuesto y la finalidad del mismo, la actuación será inaplicable (Bernal, 2011). Mientras que, el segundo establece que la intervención en los derechos fundamentales debe ser mínima, benigna y necesaria; que la medida propuesta sea justificada por el fin que se pretende alcanzar.

La madurez y la razonabilidad son dos puntos fundamentales en la manifestación de su voluntad y el consentimiento sobre la salud, a su vez, la madurez es una de las características de la libertad que tiene una persona, pues se cree que este posee la capacidad para conocer y entender su realidad. En cuanto a la toma de decisiones la madurez debe ser observada conjuntamente con la naturaleza y la importancia de los actos a decidir, pues, para la libertad de religión o creencias pueden o no

tener una completa madurez, o necesitar del acompañamiento de terceros quienes decidan por este. Teniendo en cuenta que existen decisiones que acarrear consecuencias en el derecho a la vida.

Tradicionalmente las colisiones normativas se resuelven a través de predefiniciones que favorecen a una de ellas, pero en el caso de la colisión de derechos, no está predeterminado favorecer un derecho y perjudicar a otro, debido a que, la prevalencia cambia según sea el caso. Es importante reconocer las circunstancias de cada situación para poder preceder un derecho de otro, esto conjuntamente con la argumentación o motivación del por qué un derecho adquiere mayor peso sobre otro derecho de la misma línea constitucional. El derecho que prime, será el que genere menor daño en relación a la protección del bien jurídico.

El Estado ecuatoriano instaura límites, en razón de la obligación de proteger bienes y derechos constitucionales. El derecho a la libertad de religión o creencias incide en la vida y convivencia de las personas, no solo en creyentes sino en la sociedad en general, por ende, el garantismo de la libertad de religión o creencias posee límites necesarios en razón del orden público que la ley protege, más no, en la imposición de sus creencias.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES ECUATORIANAS Y CASOS ANÁLOGOS INTERNACIONALES.

3.1 Análisis del Caso de Medidas de Protección para menor de edad en Quito.

El caso a analizar se trata de una niña que ingresó al Hospital Pediátrico Baca Ortiz ubicado en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, con un diagnóstico en el que presenta graves afecciones a su salud; era necesaria una intervención quirúrgica, que, de ser el caso, podía implicar que también se realice una transfusión sanguínea, sin embargo, los padres se negaron a la misma,

fundamentando su negativa en el derecho a la libertad de religión y creencias garantizado en la Constitución. A continuación, analizaremos el caso.

3.1.1 Fundamentos de Hecho.

El Proceso Número 17203-2017-02136G, seguido y resuelto en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de la Parroquia Mariscal Sucre, del Distrito Metropolitano de Quito; en donde la Dra. Catalina Vásquez Hahn en calidad de Gerente del Hospital Pediátrico Baca Ortiz presenta una acción de medidas de protección con el fin de que se ordene la intervención quirúrgica inmediata para una paciente menor de edad del centro médico.

Los antecedentes del caso surgen en los siguientes términos, la menor sufre una caída, producto de esta empieza a tener dificultad para caminar, es ingresada en el Hospital de Otavalo por un tiempo de quince días, posterior al dado de alta, empieza a recibir terapia física, pero pese a ello, el dolor persiste. Acude al Hospital Pediátrico Baca Ortiz, en donde después de los estudios realizados por el personal de la casa de salud, llegan a la conclusión de que se le debe practicar una intervención quirúrgica inmediata, que podría requerir una transfusión sanguínea. Los padres de la menor no autorizan la intervención, por lo que, la misma se difiere.

El Departamento legal del Hospital Pediátrico Baca Ortiz, dio aviso a la Dirección Nacional de Policía Especializada de la Niñez y Adolescencia (DINAPEN), con el fin de que, se lograra la colaboración con los padres de la menor, pero, al no colaborar con los agentes especializados de la DINAPEN, los padres manifestaron que únicamente darían la autorización si una autoridad judicial se pronunciaba al respecto (Medidas de protección seguido por Dra. Catalina Vásquez Hahn-Hospital pediátrico Baca Ortiz, 2017). Con estos antecedentes, se presenta la Acción de Medidas de Protección en fecha 28 de noviembre de 2017, avoca conocimiento de la causa la Jueza Dra. Marcia Jacqueline

Córdova Díaz, quien convoca a audiencia única a celebrarse el día 01 de diciembre de 2017, así mismo, solicita la intervención de la Oficina Técnica con el fin de que se elabore un informe biopsicosocial del caso, y, a la DINAPEN, para que realicen la investigación correspondiente, en un término de cuarenta y ocho horas. Se ordena así también, notificar a los padres de la menor.

3.1.2 Análisis de la decisión en la sentencia.

En la audiencia, se ordenó la intervención quirúrgica inmediata, y la transfusión sanguínea se haría solo en el caso de ser estrictamente necesaria. La sentencia por escrito se notificó a las partes procesales en fecha 04 de diciembre de 2017, por el carácter inmediato de las medidas de protección la sentencia puede ser emitida por escrito en un término máximo de cinco días, cumpliendo con el término previsto por la ley.

Ahora bien, bajo nuestra interpretación, consideramos que en esta sentencia no se realiza un análisis profundo de los dos derechos en controversia, debido a que, al ser medidas de protección, no le corresponde a la autoridad judicial hacer un análisis exhaustivo ponderativo de los dos derechos, sino más bien, le corresponde verificar si existe o no la vulneración de derechos de la menor de edad, y, a su vez, impedir que dicha vulneración se siga dando. En la sentencia se enuncia la normativa en la que se fundamenta, es decir, se cita a tratados internacionales, convenios, códigos, que hablan de los derechos de los niños, de la protección estatal hacia estos, del interés superior del niño, del desarrollo integral, etcétera; sin embargo, también se cita al derecho a la libertad de religión o creencias de los padres de la menor, pero, no se hace un análisis del tema central de la controversia en este caso, referente a, si procedía o no la acción de medidas de protección.

No podemos dejar de lado que, al tratarse de un grupo de atención prioritaria, es decir, niños, niñas y adolescentes, siempre va a tener prioridad y una intervención inmediata de los agentes estatales. Es por ello que, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se

encuentran reguladas las medidas de protección, que, nos atreveríamos a decir que cumplen con la misma función de las medidas cautelares, con la diferencia de que las primeras son exclusivamente para brindar la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

3.2 Análisis del Caso de Medidas Cautelares para bebé en Guayaquil.

Ahora bien, el siguiente caso a analizar se trata de un bebé de aproximadamente dos semanas de nacido que, en el año 2013, fue internado en el Hospital del Niño Francisco de Ycaza Bustamante, ubicado al sur de la ciudad de Guayaquil (Yáñez & García, 2015). El bebé presentaba un diagnóstico grave en el que era necesario que se mantenga en la Unidad de Cuidados Intensivos del centro médico. Los profesionales de la salud indicaron que era necesaria una transfusión sanguínea al pequeño, sin embargo, la mamá y los abuelos del bebé se opusieron a la misma.

3.2.1 Fundamentos de Hecho.

El caso surge al momento en el que el bebé nace en el Hospital del Niño Francisco de Ycaza Bustamante, al sur de Guayaquil, el menor de aproximadamente dos semanas de nacido se encontraba en la Unidad de Cuidados Intensivos con un diagnóstico de atresia esofágica Tipo 3, la cual es una enfermedad congénita en el esófago del niño. La mamá del menor era una adolescente de 17 años de edad; y, al igual que los abuelos del menor, la madre era miembro del grupo religioso de Testigos de Jehová (El Telégrafo, 2013). El bebé necesitaba una intervención quirúrgica, que, al igual que el caso anterior, era con el fin de precautelar su vida y garantizar su salud, pese a ello, la madre y los abuelos del menor, se opusieron a esta debido a que la autorización estipulaba la transfusión sanguínea antes de la intervención y, a su vez, en el caso de que la cirugía se complicara.

Ante la negativa de la autorización, el gerente del hospital Dr. Javier Chacón ordenó la intervención de la Dirección Nacional de Policía Especializada de la Niñez y Adolescencia (DINAPEN), con el objetivo de

que la madre y los abuelos dieran la autorización, sin embargo, nuevamente se opusieron, a pesar de contar con el apoyo de la fuerza pública. Posteriormente, el gerente informó a la delegada de la Defensoría del Pueblo de Guayas, Abogada María José Fernández, quien informó inmediatamente al Área de Asesoramiento de la Defensoría del Pueblo en Guayaquil, de esta forma, el Abogado Marco Pacheco en representación de la Defensoría del Pueblo, presenta una acción de medidas cautelares. Por sorteo, avoca conocimiento de la causa la Jueza Dra. Carmen Alicia Argüello, jueza de la Unidad Judicial Penal de Guayaquil; quien emitió su fallo sin necesidad de convocar a audiencia, es decir, resolvió en mérito del expediente.

3.2.2 Análisis de la decisión en la sentencia.

Las medidas cautelares forman parte de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución y reguladas mediante la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, son claras al establecer que, si el juez en mérito del expediente, considera que existe una vulneración grave a los derechos constitucionales, está en la obligación de dar paso inmediato a estas medidas. No es necesaria la convocatoria a audiencia, es decir, no existe una etapa probatoria para poder verificar los hechos, el juez podrá convocar a audiencia en el caso excepcional y únicamente de considerarlo necesario (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

En el caso analizado, la jueza Dra. Carmen Alicia Argüello no convocó a audiencia, en su resolución ordenó la inmediata transfusión y la aplicación de todo hemoderivado imprescindible para el adecuado tratamiento del menor, con el fin de precautelar su derecho constitucional a la salud y a la vida. Gracias a ello, el personal médico pudo intervenir, y el menor pudo lograr su pronta recuperación.

Ahora bien, la motivación dada a esta resolución fue simple, al igual que el caso anterior, se enunció normativa que protege a los niños, niñas y adolescentes, normativa nacional e internacional de derechos de los

niños, el fondo del asunto en cuestión era resolver si se aceptaba o no la solicitud de medidas cautelares por considerar si el niño se encontraba en una grave violación de sus derechos, y, efectivamente, fue así.

A diferencia del caso anterior, en este caso no se plantearon medidas de protección, sino medidas cautelares. Por un lado, las medidas de protección se encuentran reguladas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en donde se establece todo lo relativo al procedimiento a seguir, como pudimos darnos cuenta, fueron realizadas para proteger los derechos del grupo de atención prioritaria de niños, niñas y adolescentes. Mientras que, tenemos a las medidas cautelares, reguladas por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que, pueden ser planteadas con el objetivo de impedir o detener la violación de derechos constitucionales de cualquier persona, sea adulto, menor, etcétera; al ser una garantía constitucional, es de aplicación inmediata, omite ciertos requisitos formales con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos.

3.3 Análisis del Caso de Medidas Cautelares en el precedente de Marcelo Bahamondez, Argentina.

Toda vez que hemos analizado dos casos ecuatorianos, es momento de analizar casos análogos internacionales para comprender la situación jurídica que se da en el ámbito internacional. Empezamos con el Caso Bahamondez, que años más tarde serviría de precedente jurisprudencial en Argentina.

3.3.1 Fundamentos de Hecho.

Marcelo Bahamondez, ciudadano argentino, mayor de edad, quien profesa la religión de Testigos de Jehová, en el año 1989 ingresó de emergencia al Hospital Regional de Ushuaia, el diagnóstico indicaba que tuvo una hemorragia digestiva, por lo que, era necesario realizarle una transfusión sanguínea debido a la pérdida de sangre que tuvo (Chevalier, 2015). A pesar de que el personal médico le informó las consecuencias que tendría en el caso de que no autorizara la transfusión, Marcelo

Bahamondez se mantuvo firme en su decisión. De esta manera, el departamento legal del hospital plantea una acción judicial de medidas cautelares, para que una autoridad judicial autorice la transfusión.

Cabe mencionar que, el caso Bahamondez llegó a conocimiento de la Corte Suprema Argentina, es decir, el caso tuvo tres instancias; en primera instancia se autoriza el pedido de medidas cautelares, en segunda, se ratifica la resolución de primera instancia, y, finalmente, la Corte Suprema menciona que es una acción inoficiosa ratificar o no lo sucedido en las anteriores instancias, debido a que, por el pasar del tiempo no tendría sentido hacerlo, sin embargo, es necesario emitir un pronunciamiento de los derechos en litigio.

Cuatro años después de lo sucedido, el 06 de abril de 1993, la Corte Suprema emite su pronunciamiento, que años más tarde, serviría como precedente jurisprudencial aplicable a casos análogos que se presenten en Argentina.

3.3.2 Análisis de las decisiones en las distintas instancias.

- **Primera instancia:** la decisión de primera instancia fue clara, al respecto, dio lugar a la acción de medidas cautelares planteada por el Hospital, en la que se disponía que se dé la transfusión sanguínea con la brevedad posible, debido a que, el juzgador consideraba que se encontraba en peligro la vida del paciente, y, es deber del Estado garantizar la atención a la salud y velar por el pleno ejercicio de sus derechos, sin embargo, esta decisión fue apelada por Marcelo Bahamondez.

En este punto, pensamos en ¿cómo una medida cautelar puede ser susceptible de apelación?, resulta curioso pensar en ello, sin embargo, el recurso de apelación fue admitido. Cabe recalcar que nunca se le hizo la transfusión sanguínea a Marcelo Bahamondez, de hecho, fue dado de alta el 15 de junio de 1989, días después de su ingreso a la casa de salud.

Si fue dado de alta días después, nos hace pensar que la transfusión sanguínea no era necesaria, no se encontraba en peligro la vida del paciente, y, a su vez, no tenía sentido seguir con las acciones judiciales para saber si era o no admisible la acción de medidas cautelares.

- **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavía:** la Cámara ratificó el fallo de primera instancia, porque consideraba que la decisión adoptada por Marcelo Bahamondez constituía un “suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida” (Caso Bahamondez, Marcelo S/ Medida Cautelar, 1993). El análisis realizado por la Cámara, se basa en el hecho de que el derecho a la vida es de carácter supremo, por lo que, la influencia que pueda darse respecto a profesar una religión o ser parte de ella, dependerá de que la persona pueda gozar de su vida, para posteriormente gozar de esos derechos de libertad.

Básicamente, la decisión de la Cámara ejemplifica el hecho de que como persona no puedes ejercer un derecho de libertad, si no tienes vida para hacerlo; por esa razón las libertades individuales no pueden estar por encima de un derecho supremo.

Por otra parte, Marcelo Bahamondez mostró su rechazo a este fallo, por lo que, al pronunciarse, consideró que su decisión no se basa en un suicidio lentificado, como mencionaba el tribunal, enfatizó en que quería vivir, pero, su decisión se centra en anteponer su fe y creencias, y, a su vez, pedir que se respete sus convicciones al rechazar un tratamiento médico.

Con la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavía, en donde, se ratifica el fallo de primera instancia, Marcelo Bahamondez interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema Argentina.

- **Corte Suprema Argentina:** cuatro años después, el pronunciamiento de la Corte Suprema Argentina llegó a conocerse,

en primer lugar, la Corte enfatizó en la acción inoficiosa de pronunciarse después de tanto tiempo, cuando el carácter de las medidas cautelares se basa en la inmediatez de resolución de este tipo de conflictos. Un pronunciamiento de la Corte debe fundamentarse en necesidades y circunstancias existentes al momento de dictarse, en vista de que a Marcelo Bahamondez nunca se le realizó la transfusión, la opinión dada por la Corte es clara en declarar inoficioso el recurso; sin embargo, en la sentencia podemos apreciar los votos de los jueces, en donde queda claro su postura respecto al tema.

En los votos de los jueces se habla de la libertad del hombre, siendo éste, el eje central de la existencia misma, lo más importante a rescatar de los votos de los jueces, a nuestro parecer, es la Disidencia de los Doctores Cavagna Martínez y Boggiano. Su opinión se centra en el análisis del alcance del derecho a la libertad religiosa, reconocen que todo individuo en una sociedad tiene derecho a profesar libremente su religión, pero, siempre y cuando no afecte u ofenda al bien común, o, a terceros. Además, enfatizan la objeción de conciencia y sus circunstancias, de hecho, relacionan el caso a la eutanasia, y, la justifican en el sentido de que cuando un profesional de la salud u otro interviniente ayuda al cometimiento de la muerte asistida, son autores responsables de este hecho ilícito, pero, cuando existe la objeción de conciencia a un determinado tratamiento médico, no se puede reprochar la actitud de la decisión, porque la objeción de conciencia se da como “el derecho a no acatar una orden o norma de una autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre y cuando, éstas no afecten a terceros o al bien común” (Consejo de Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, s.f.). La sentencia habla además de, la decisión de un individuo, mayor de edad, que está plenamente consciente de su actuar. En la Constitución de Argentina se habla del derecho a ser dejado a solas, y

básicamente, se refiere al derecho a la intimidad de las personas, en donde se habla del núcleo de la personalidad de cada individuo, el cual, se enmarca en pensamientos, interioridad, con total independencia de opiniones de terceros.

Siendo así, la sentencia emitida por la Corte Suprema, deja claro el pensamiento de los jueces respecto a este caso, que fue mediáticamente relevante.

3.4 Caso Venezuela No. 1431 14 de agosto de 2008.

En el caso No. 1431 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en el Recurso de Revisión de las sentencias de Amparo Constitucional seguido por Yolima Pérez Carreño, en fecha 14 de agosto de 2008, podemos encontrar la colisión entre el derecho a la vida y la libertad de religión o creencias específicamente en casos de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová.

3.4.1 Fundamentos de Hecho.

Los hechos se desarrollan en el Hospital de Clínicas Caracas, donde una adolescente de doce años de edad, tuvo que ser ingresada a la unidad médica por un problema de médula ósea, esto debido a que, la menor fue diagnosticada con Leucemia Linfoblástica Aguda desde los diez años de edad. La menor quien profesaba la religión de Testigos de Jehová, al igual que sus padres, aseguraba que sus creencias y su fe en la palabra de Dios, ha sido lo que le ha permitido vivir en paz y armonía tanto en su entorno familiar como en su entorno social, a su vez, menciona que su religión la ha formado bajo valores y principios que manda y dicta la Biblia, por lo que, el respeto a la misma es indudable (Caso No. 1431 Medidas Cautelares Pérez Carreño., 2008).

Tras ser diagnosticada con Leucemia Linfoblástica Aguda, la menor inicialmente no fue tratada con hemoderivados debido a que en su momento no fue necesario el uso de estos, pero con el deterioro que la menor sufrió en su salud, el cuatro de septiembre del año 2006, fecha en la cual tuvo que ser ingresada al Hospital de Clínicas de Caracas, el

tratamiento inicial dejó de ser viable, por lo que el médico tratante sugirió el empleo de hemoderivados, situación que generó controversia, ya que, la religión que profesaba la menor y su familia prohíbe el uso de dicho tratamiento.

Pero, no es hasta el trece de septiembre del mismo año que, el médico tratante realiza la petición del uso de hemoderivados como medida obligatoria para precautelar la salud de la menor, dicha petición se realizó a través del Consejo de Protección del Municipio Libertador. La medida solicitada fue aprobada, lo que obligó a la menor a recibir la transfusión sanguínea como parte de su tratamiento.

La madre de la adolescente fue quien interpuso la Acción de Amparo en contra de la medida optada, esto ante el Circuito Judicial de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, el cual inadmitió la Acción de Amparo por no comprobarse la supuesta violación de derechos. Posteriormente, dicha resolución fue apelada por la madre de la menor, elevando el caso a las salas de la Corte Superior Judicial de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, ratificando la decisión anterior de inadmitir dicha apelación y dejar sin lugar la Acción de Amparo en contra de la medida del uso de hemoderivados en el tratamiento médico de la menor.

La parte actora quien solicita el Recurso de Revisión, alega la vulneración de derechos fundamentales en perjuicio de la adolescente, enunciando la violación al derecho a opinar y ser escuchada, derecho a la libertad de religión o creencias, derecho a la libertad y objeción de conciencia, todo ello por parte del Consejo de Protección al ordenar la transfusión de hemoderivados en el tratamiento de la adolescente (Caso No. 1431 Medidas Cautelares Pérez Carreño., 2008).

3.4.2 Análisis de la decisión.

Primero, el Tribunal manifiesta que la situación de salud de la adolescente ameritaba el accionar inmediato del personal médico, empleando el uso de hemoderivados para precautelar la salud y la vida de la adolescente, por lo cual inadmite la Acción de Amparo en contra de la

medida que emitió el Consejo de Protección del Municipio Libertador, posteriormente dicha decisión fue apelada, acción que tampoco tuvo lugar, ya que la presunta violación de derechos fundamentales que la parte actora alega, como el derecho que tenía la menor a ser escuchada, no causa relevancia para la decisión de la corte, este tribunal no discute si la opinión de la adolescente fue o no tomado en cuenta, al contrario, en las pruebas presentadas por la parte actora se evidencia la visita pertinente a la unidad médica por parte del Consejo de Protección del Municipio Libertador, corroborando que la opinión de la adolescente sí fue escuchada, pese a ello, el tribunal aclara que, si bien escuchar la opinión de los menores es importante, esta carece de efecto vinculante para la toma de decisiones (Caso No. 1431 Medidas Cautelares Pérez Carreño., 2008).

Segundo, la parte actora buscaba que, con la presunta violación al derecho de ser escuchada, y, que la opinión de la adolescente no fuera tomada en cuenta, esta sea prueba suficiente para probar la vulneración del derecho a la libertad de religión o creencias y la objeción de conciencia. Cabe mencionar que, si bien la opinión y el deseo del paciente es fundamental, y que, no existe una ley que obligue al paciente a someterse a tratamientos médicos, la objeción de conciencia no puede ser vista como fundamento para evadir un mandato judicial, o a su vez, alegar el desconocimiento del Estado.

Es por ello, que esta Corte señala que nadie puede evadir la ley, mucho menos impedir el goce de sus derechos, invocando reglas o mandatos de sus religiones, la libertad de religión o creencias, conjuntamente con la libertad de conciencia, ejerce plenitud de forma interna en respeto de sus ideologías, por otro lado, de forma externa, estas adquieren restricciones. De modo que, la objeción de conciencia por ningún motivo puede ser impedimento para el goce de derechos de terceros, agravar la personalidad de un individuo o eludir la ley.

Tercero, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el derecho a la vida es el eje central del cual se desprende el ejercicio de otros derechos, es decir, este no puede considerarse como un derecho de libertad. Por tanto, en el caso mencionado, no se trata de una antinomia de las normas constitucionales, si bien, los derechos a debatirse se encuentran en una misma línea constitucional, el Estado venezolano, en base y respeto de su Constitución, otorga la protección superior al derecho a la vida, señalando que, en la situación de la adolescente el empleo de hemoderivados era el tratamiento viable para salvaguardar la vida de la menor, pese la negativa de la paciente y de su madre (Caso No. 1431 Medidas Cautelares Pérez Carreño., 2008).

3.5 Caso Europeo Sentencia 154/2002 de 18 de julio, Huesca España.

En la sentencia No. 154/2002 del Pleno Tribunal Constitucional de España, seguido por el Ministerio Fiscal en contra del señor Pedro Alegre Tomás y su esposa la señora Lina Vallés Rausa, por el delito de homicidio por omisión, en fecha 18 de julio de 2002. En la presente causa podemos encontrar la colisión entre el derecho a la libertad de religión o creencias, la libertad de conciencia y su derecho a la integridad física y moral (Recurso de Amparo No. 3468/97 Marcos Alegre Vallés, 2002).

3.5.1 Fundamentos de Hecho.

Los hechos se desarrollan en la ciudad de Ballobar, Huesca. Donde los señores Pedro Alegre y la señora Lina Vallés padres del menor Marcos Alegre Vallés de 13 años, quien habría ingresado al Hospital Arnau de Lérida por una caída de bicicleta. El personal médico del hospital informó sobre un riesgo de hemorragia debido a la caída que sufrió el menor de 13 años, solicitando una transfusión de hemoderivados como tratamiento para el menor, solicitud que fue negada por parte de los padres, alegando que la religión que profesaban tanto los padres como el menor no permitía dicho tratamiento (Recurso de Amparo No. 3468/97 Marcos Alegre Vallés, 2002).

Ante la negativa a la transfusión, el personal médico del Hospital Arnau de Lérida indicó que no se conocía un tratamiento alternativo viable para la situación del menor, por lo que, los señores Pedro Alegre y la señora Lina Vallés exigieron el alta del menor del centro hospitalario, la cual fue denegada, debido a que la salida del menor implicaría un riesgo elevado para la vida del mismo. Por tanto, se solicitó ante el Juzgado la autorización pertinente para el empleo de la transfusión de hemoderivados, la cual fue aprobada y otorgada al personal médico. Los padres del menor acataron dicha autorización, pese a ello, el menor de 13 años de edad fue quien rechazó la transfusión de hemoderivados, cabe mencionar que el rechazo del menor no tuvo ninguna influencia por parte de los padres. La transfusión de hemoderivados no se realizó debido a la alteración y agitación que el menor sufría con la idea de corromper sus creencias religiosas (Recurso de Amparo No. 3468/97 Marcos Alegre Vallés, 2002).

Ante la negativa del menor e imposibilitando el tratamiento de transfusión, el menor fue dado de alta y llevado al Hospital Universitario Materno Infantil de Barcelona siendo diagnosticado con el síndrome de pancitopenia grave, solicitando nuevamente la transfusión de hemoderivados de forma urgente, tratamiento negado por el menor y sus padres. El menor fue trasladado a su domicilio, en donde su situación empeoraría progresivamente.

El 14 de septiembre el Ministerio Fiscal autorizó la intervención en el domicilio del menor, en base de sus facultades trasladaron al menor a una unidad médica para que se le emplee el tratamiento de transfusión, ante dicho accionar y tras la declaración de los padres del menor sobre sus convicciones religiosas, estos no pusieron objeción alguna, por el contrario, colaboraron y ayudaron con el traslado del menor para la transfusión. El menor ingreso al Hospital Miguel Servet de Zaragoza en estado de coma, pese a la transfusión de hemoderivados, el menor falleció horas más tarde (Corral, 2004).

Se enuncia la violación de derechos del menor como: el derecho de libertad de conciencia, libertad ideológica, libertad de religión o creencias, derecho a ser escuchado y derecho a no sufrir tratos degradantes.

3.5.2 Análisis de la decisión.

El Ministerio Fiscal tras el fallecimiento del menor, acusó a los padres de homicidio por omisión de sus deberes paternos, señalando la irrelevancia de la opinión del menor al negarse a recibir la transfusión de hemoderivados, estableciendo la irresponsabilidad racional y legal de los padres al dar validez al consentimiento del menor sobre decidir sobre la vida y la muerte. Pese a ello, el Juzgado de Instrucción de Huesca emitió su resolución en favor a los padres del menor, tras alegar que no era posible exigir una actuación contraria a sus convicciones religiosas, posteriormente concediéndole el indulto parcial (Molina y otros, 2004).

El señor Pedro Alegre y la señora Lina Vallés mediante una Acción de Amparo alegaron su derecho a la libertad de religión o creencias como fundamento de su accionar en los hechos de la presente causa, a su vez, mencionaron el respeto del derecho a la libertad de religión o creencias que ejercía el menor al expresar su voluntad de no recibir la transfusión, por lo que la corte señala que, si los padres dieron paso al poder judicial para la tutela del menor en dicha situación, su calidad de garantes no los obligaba a convencer al menor a recibir o rechazar el tratamiento propuesto, mucho menos la posición de autorizarla (Corral, 2004).

Por lo que, se otorga el Amparo a la vez que se anulan los fallos en contra de los padres del menor. La Corte también aclara que, efectivamente, el consentimiento y la opinión del menor fue irrelevante en la toma de decisiones sobre el empleo del tratamiento de transfusión, y señala que, el personal médico y el personal judicial que en su momento tenía conocimiento fueron quienes desistieron de la transfusión, sus padres por el contrario no pusieron oposición a la autorización judicial, y resalta que los acusados no estaban en la obligación de persuadir al menor.

Rescatando la actuación de los padres, al buscar en varias ocasiones tratamientos alternativos, dentro y fuera de su ciudad, con médicos tanto generales como con especialistas, por lo cual, nunca se le privo del acceso a la salud.

3.6 Caso Liliana, Marzo 2019. Huesca, España.

El caso de Liliana fue elevado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Huesca en marzo 2019. En la presente causa se encontró la controversia por el respeto de la voluntad de la paciente mayor de edad quien se negaba a recibir transfusiones sanguíneas por motivos religiosos y, que a su vez firmó el documento de voluntades anticipadas, rechazando dicho procedimiento, es decir, colisión entre el derecho a la libertad de religión o creencias, la libertad de conciencia y el derecho de la familia a impugnar dicho documento de voluntades anticipadas.

3.6.1 Fundamentos de Hecho

La joven Liliana de veinte años de edad, ingresó al Hospital San Jorge de Huesca por una molestia abdominal, diagnosticada inicialmente con un cuadro de peritonitis, por lo cual, fue intervenida más de una vez en el quirófano de dicho hospital, resultado de ello la joven mayor de edad tuvo que ser inducida a coma y permanecer en cuidados intensivos debido a un problema con su hemoglobina. El personal médico del hospital sugirió a la familia la transfusión de hemoderivados como tratamiento para la paciente, sugerencia ante la cual los familiares no tuvieron oposición alguna, pese a ello, Liliana había firmado el documento de voluntades anticipadas en donde expresaba de forma clara y precisa su rechazo a dicho tratamiento, documento legal que impedía el empleo de dicho tratamiento.

La joven mayor de edad quien profesaba la religión de Testigo de Jehová rechazaba la transfusión de hemoderivados en respeto a sus creencias. La familia de la paciente envió la causa ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Huesca para que este autorice la transfusión de hemoderivados, pero el juez quien tuvo conocimiento,

rechazó la acción y archivó la causa. Posteriormente, el Hospital San Jorge de Huesca volvió a enviar el reporte médico en donde se detallaba la situación de salud de la joven y se solicitaba la autorización para la transfusión como tratamiento para precautelar la salud de la paciente, acción que también fue desechada por el juzgado de primera instancia. Cabe mencionar que, Fiscalía descartó interferir judicialmente en el caso.

3.6.2 Análisis de la decisión.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Huesca archiva la causa en base al auto 369/1984 emitido por el Tribunal Supremo, señalando que, la libertad de religión o creencias posee límites en cuanto al derecho a la salud de terceros. Por ende, en el caso mencionado, con el documento de voluntad anticipada no se vulnera el derecho a terceros, únicamente se está refiriendo a un derecho personal, sin rebasar los límites en perjuicio de otras personas, por el contrario, este manifiesta sus convicciones religiosas rechazando la transfusión (Recurso de amparo 99/1984. Acordando la inadmisión a trámite del recurso de amparo 99/1984, 1984).

También menciona la sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990, la cual hace referencia a la libertad ideológica, señalando que, sin esta, se rompe un esquema democrático y social del cual se han fundado los valores fundamentales para el ordenamiento jurídico español (SENTENCIA 20/1990, de 15 de febrero, 1990).

Por otro lado, trae a colación la autonomía que posee el paciente, para ello, se fundamenta en la Ley 41/2002, en donde se ratifica que la voluntad y decisión del paciente, mayor de edad, que, en su momento se encuentre con la facultad de razonar, entender y comprender los hechos suscitados, pueda ser capaz de expresar su voluntad de forma libre y consciente, y, a su vez, esta prevalecerá sobre el deber que tiene el personal médico de precautelar la salud y la vida del paciente (Ley 41/2002, 2002).

El proceso fue archivado, ya que, el documento de voluntad anticipada adquiere carácter legal y es válido, tampoco se observan vicios que lo invaliden o se presuma alteración del documento. Por otro lado, la paciente es mayor de edad, adulto, siendo capaz ante la ley para expresar su voluntad de forma clara y precisa, a la vez que dejó constancia de la misma.

CONCLUSIONES.

Tras el análisis constitucional realizado, deducimos que en el Ecuador a pesar de que, en la Constitución de la República el artículo 11 numeral 6 establece que los principios y derechos son de igual jerarquía, se ha evidenciado la complejidad que surge en el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. De esta forma, la colisión existente entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad de religión o creencias ha generado una problemática jurídica y social; en donde el bien jurídico que se busca proteger es la salud, en todos los casos.

1. Al identificar la normativa aplicable en los casos de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová, pudimos notar la existencia de normas de conducta impuestas por la Organización a sus miembros; es así que, para los Testigos de Jehová, estas normas adquieren el mismo carácter de obligatoriedad, tal como la normativa jurídica que rige para los ciudadanos en común.

La Constitución de la República del Ecuador garantiza los derechos de libertad, pero, a pesar de que la libertad es un derecho personal, no se puede individualizar, porque podría afectar a los derechos de terceros, alterando la convivencia y el Buen Vivir.

Uno de los derechos de libertad es la libertad de religión o creencias, el Estado ecuatoriano, es un Estado laico, por lo que no impone profesar o no una religión, ya que, funciona aisladamente de las convicciones religiosas. La intervención del Estado es mínima, y cuando lo hace, es con el objetivo de proteger derechos de terceros que podrían verse afectados.

Los derechos fundamentales son inherentes al ser humano, es decir, nacen con él y lo acompañan hasta el día de su muerte, además de ser irrenunciables son garantizados por la ley y su importancia radica en el bien jurídico que protege. En nuestra legislación, ningún derecho es superior a otro, la ley ha creado directrices para una regulación jerárquica formal, pero bajo ninguna

circunstancia puede darse una jerarquización de fondo, porque la interpretación dependerá de cada caso en específico.

El derecho a la salud es un derecho fundamental y el Estado está en la obligación de garantizar su pleno acceso; la salud posee una posición jurídica privilegiada. Además, el ejercicio del mismo dependerá de otros derechos que actúan en conjunto para su pleno goce.

2. El Ecuador al ser un Estado de derechos y justicia social actúa con el objetivo de garantizar preferentemente los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Es así que, el derecho a la salud, el derecho a la vida y el derecho a la integridad física son pilares fundamentales para el goce de los demás derechos constitucionales. De esta manera, nuestra postura no se centró en analizar qué derecho es superior a otro, porque, como dijimos en líneas anteriores, al existir una igualdad jerárquica formal, no es posible determinar ello; sin embargo, si hablamos de igualdad jerárquica de fondo, entendemos la importancia del bien jurídico que se protege, en el caso que nos compete, la vida y la salud, es decir, primará el derecho que menor daño cause al bien jurídico protegido.

De esta forma, la obligación del Estado es velar por el bienestar de sus ciudadanos, sin que ello involucre saber que convicciones religiosas poseen. La obligación del Estado no supone únicamente garantizar el goce del derecho a través de normas, su obligación también se centra en la responsabilidad que tiene en el caso de que sea vulnerado.

La ausencia de jurisprudencia y normativa por parte de los organismos judiciales, ha provocado la colisión entre estos derechos, generando un conflicto bioético en la actualidad.

3. A partir del análisis realizado a las resoluciones de primera instancia dadas en Ecuador y a su vez en casos análogos internacionales hemos llegado a la conclusión de que los

administradores de justicia centran su análisis a partir de los hechos que se han dado en cada uno de los casos.

En los casos ecuatorianos estudiados pudimos notar que la forma en la que se propuso las acciones varió, ya que, por un lado, se planteó medidas de protección garantizadas en el Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia, y, en el otro caso, se propuso una acción de medidas cautelares garantizadas en la Ley Orgánica De Garantías Constitucionales Y Control Constitucional. La esencia de este tipo de medidas no supone un análisis profundo de los derechos en conflicto, debido a que, su objetivo principal es el impedir una violación de derechos; por esa razón los juzgadores no emitieron un pronunciamiento de fondo, y, al tratarse de uno de los grupos de atención prioritaria la intervención fue inmediata.

Ahora bien, los casos internacionales fueron propuestos de misma forma que en el Ecuador, es decir, a través de medidas cautelares. El análisis planteado por los organismos judiciales en otros países, nos lleva a la conclusión de que, cuando el caso trata de transfusiones en niños, los padres de estos no pueden basar su negativa en la libertad de religión o creencias, porque un niño no posee la madurez para decidir o no pertenecer a una organización religiosa, ya que, a lo largo de su vida, se le ha sido impuestas convicciones religiosas a través de sus padres. Por lo que, es deber del Estado proteger a un menor ante vulneraciones hechas por terceros.

En mayores de edad, la situación es distinta, ya que, a diferencia de los menores estos tienen un criterio formado, por lo que es complejo emplear la transfusión sanguínea a un individuo que muestra su negativa por sí mismo, y no, a través de un tercero, como sucede en el caso de menores.

En síntesis, cada caso es distinto, no podemos hablar de una generalización en el análisis de estos dos derechos, porque las situaciones pueden variar dependiendo el caso. De algo estamos

seguras, y es que, bajo toda circunstancia, la finalidad siempre será proteger la vida y la salud del paciente independientemente de las convicciones religiosas que posea o no.

RECOMENDACIONES.

En base a los resultados recogidos en la presente investigación, se pone a consideración del lector y la comunidad investigativa, indagar sobre:

- Es conveniente la adopción de medidas jurídicas necesarias para la protección del paciente contra acciones u omisiones perjudiciales que provoquen las decisiones de terceras personas sobre la salud de los pacientes.
- Emplear protocolos dentro de los departamentos jurídicos de las casas de salud tanto públicas como privadas, sobre cómo actuar ante la negativa de los procedimientos que sean necesarios para precautelar la salud del paciente, informando a las autoridades judiciales para que estas actúen en defensa de los derechos vulnerados.
- Los organismos judiciales deben estar preparados y capacitados para resolver acciones constitucionales que involucren el análisis de casos complejos cuando existan conflictos de derechos constitucionales, de forma que las sentencias o resoluciones que emitan sean eficaces, ahorrando recursos procesales, en cuanto a la inmediatez con la que se debe resolver estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. (2010). DERECHOS FUNDAMENTALES- DERECHOS HUMANOS. ¿UNA DISTINCIÓN VÁLIDA XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, XLIII(127), 15-71. <https://doi.org/0041-8633>
- Arrubarrena, V. (2011). Relación médico- paciente. *Medigraphic*, 33(2), 122-125.
- Bernal, C. (2011). *Voces en Derechos Humanos. Término proporcionalidad*. Alcalá: Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y fundamentales, Universidad de Alcalá. http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/114
- Besio, M., & Besio, F. (2006). TESTIGOS DE JEHOVÁ Y TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA: REFLEXIÓN DESDE UNA ÉTICA NATURAL. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 71, 274-279. <https://doi.org/0048-766X>
- Cáceres, D. G. (2021). *Las Garantías Jurisdiccionales: Haci un derecho procesal constitucional en Ecuador*. Quito: Universidd Central del Ecuador.
- Calvo, J. (2001). *ÉTICA A NICÓMACO*. Madrid: Clásicos de Grecia y Roma, Alianza Editorial. <https://www.alianzaeditorial.es/>
- Calzato, W. (2006). Testigos de Jehová. Mundo, creencias, conducta. *Gazeta de Antropología*(22), 25.
- Calzato, W. (2006). Testigos de Jehová. Mundo, creencias, conducta. *Gazeta de Antropología*(25), 25. <https://doi.org/0214-7564>
- Calzato, W. (2006). Testigos de Jehová. Mundo, creencias, conducta. *Gaceta de Antropología*(22), 25. <https://doi.org/0124-7564>
- Camps, V. (Enero- Marzo de 2015). Los valores éticos de la profesión sanitaria. *Educación médica* , 15, 3-8. <https://doi.org/10.1016/j.edumed.2015.04.001>

Caso Bahamondez, Marcelo S/ Medida Cautelar, B000000605 (Corte Suprema Argentina 06 de Abril de 1993).

CASO GONZÁLES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR, TGGL y Familia contra Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de Septiembre de 2015).

Caso No. 1431 Medidas Cautelares Pérez Carreño., Caso No. 1431 (Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela 14 de Agosto de 2008).

Cervantes, L. (2009). Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos. *Senderos: revista de ciencias religiosas y pastorales*, 31(93), 271-309. <https://doi.org/ISSN 1659-1844>

Cervantes, L. (2009). Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeos. *Senderos: Revista de Ciencias Religiosas y Pastorales*, 31(93), 271-309. <https://doi.org/ISSN 1659-1844>

Chevalier, M. (2015). BREVE ANÁLISIS DEL FALLO BAHAMONDEZ COMO RESPUESTA ESTATAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CALIDAD INSTITUCIONAL . *DPI cuántico DERECHO INTEGRAL*, 27-30.

Cobos, A. (2015). *LA COLISIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Chihuahua. https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/24181/colision_cobos_AFDUA_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Código de Deontología Médica. (2018). *Comisión Central de Deontología OMS*. MADRID: Resolución 2018.

Consejo de Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. (s.f.). *BAHAMONDEZ, MARCELO S/ MEDIDA CAUTELAR*. Consejo de

Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de CABA:
<https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/bahamondez-marcelo-s-medida-cautelar/>

Constitucìon de la República del Ecuador. (2008). *Asamblea Nacional*. (Fielweb, Ed.) Quito: Registro Oficial No. 449.

Corral, R. (2004). STC 154/2002 LA NEGATIVA A UNA TRANFUSIÒN SANGUÍNEA A UN MENOR DE EDAD CON EL RESULTADO DE SU MUERTE. *Anuario de Facultad de Derecho da Universidade a Coruña*(No. 8), 987-994. <https://doi.org/ISSN 1138-039X>, ISSN-e 2530-6324

Domínguez, J. A. (2011). Orden público y autonomía de la voluntad. En J. Sánchez, *Cien años de Derecho Civil en México* (págs. 83-91). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas DGB, UNAM.

El Telégrafo. (15 de Agosto de 2013). Fallo obliga transfusiòn a bebé Testigo de Jehová. *El Telégrafo*. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/1/fallo-obliga-transfusion-a-bebe-de-testigo-de-jehova>

Fonseca, M., & Yugsi, M. (2020). Testigos de Jehová: Un desafío transfuncional médico. *MEDICIENCIAS UTA*, 30-39. <https://doi.org/https://doi.org/10.31243/mdc.uta.v4i2.354.2020>

Ibars, L. (2006). Los Testigos de Jehová: algunas anotaciones. *Quaderns-e de l'Institut Català d'Antropologia*(7), 1-17. Obtenido de <https://raco.cat/index.php/QuadernselCA/article/view/51397>

Jiménez, P., & Olvera, V. (Mayo-Agosto de 2018). Hemotransfusiòn en pacientes Testigos de Jehová ¿autonomía o dilema bioético? (G. Pérez, Ed.) *Revista Biomédica GUENDA*, 1, 8-12.

Ley 41/2002. (2002). *Jefatura del Estado*. BOE-A-2002-22188.

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Quito: Suplemento del Registro Oficial 134, 3-II-2020.
- MARIE, J. B. (1996). LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (E. J. Marcial Pons, Ed.) *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 30, 151-170. <https://doi.org/http://www.jstor.org/stable/44294691>
- Medidas de protección seguido por Dra. Catalina Vásquez Hahn- Hospital pediátrico Baca Ortiz, 17203-2017-02136G (Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Sucre del Distrito Metropolitano de Quito 28 de Noviembre de 2017).
- Molina, C., Pérez, T., & Sieira, S. (2004). OBJECCIÓN DE UN MENOR AL TRATAMIENTO MÉDICO. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002. *Universidad Pontificia Comillas de Madrid*, 1-50.
- Murillo, J., & Hernández, R. (2011). Hacia un concepto de justicia social. *REICE. Revista Iberoamericana Sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 9(4), 7-23. <https://doi.org/1696-4713>
- Parent, J. M. (2000). La libertad: Condición de los Derechos Humanos. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 7(22), 142-158. <https://doi.org/1405-1435>
- Pedernera, M. (2019). RAZONABILIDAD Y RACIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. *Revista Jurídica, Universidad de San Andrés*, 7.
- Pinto, M. (2013). La libertad religiosa. *Jurisprudencia Argentina*, 1(Número especial), 100-110. <https://corteidh.or.cr/tablas/r31648.pdf>


- Ramírez- Salazar, C., Jiménez- Corona, M., & Rivera- Cisneros, A. (2003). Aspectos Jurídicos en casos de transfusión sanguínea en Testigos de Jehová. *Gaceta Médica de México*, 139(4), 423-425.
- Recurso de amparo 99/1984. Acordando la inadmisión a trámite del recurso de amparo 99/1984, Auto 369/1984 (Tribunal Constitucional de España 20 de Junio de 1984).
- Recurso de Amparo No. 3468/97 Marcos Alegre Vallés, Caso No. 3468/97 (Tribunal Constitucional de España 07 de Agosto de 2002).
- Rodríguez, M. (2016). *¿Qué conocemos del derecho a la salud? Propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela*. Corporación Editora Nacional. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://doi.org/978-9978-84-9347>
- Seijo, B., Finlay, C., & Cardoso, R. (Mayo-Agosto de 2001). Los valores ético profesionales del médico. *Humanidades Médicas*, 1(ISSN). <https://doi.org/1727-8120>
- SENTENCIA 20/1990, de 15 de febrero, Caso No. 20/1990 (Tribunal Constitucional de España 15 de febrero de 1990).
- Sentencia No. 328-19-EP/20, CASO No. 328-19-EP (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Junio de 2020).
- Sentencia No. 48-16-IN/21, CASO No. 48-16-IN (Corte Constitucional del Ecuador 09 de Junio de 2021).
- Witker, J. (2016). *Juicios Orales y Derechos Humanos*. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. <https://doi.org/978-607-02-8045-0>
- Yáñez, P., & García, P. (2015). Aspectos legales de la transfusión de hemoderivados en el paciente crítico pediátrico hijo de padres Testigos de Jehová, a propósito de un caso medianamente relevante. *REVISTA MÉDICA/ CAMbios*, XIII(23), 52-55.

ANEXOS



ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ portadora de la cédula de ciudadanía N° **0107412256** y **KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ** portadora de la cédula de ciudadanía N° **0107138943**. En calidad de autoras y titulares de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“Análisis constitucional del derecho a la salud, frente al derecho a la libertad de religión o creencias en el caso de hemotransfusión en pacientes Testigos de Jehová.”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 05 de agosto de 2022

F: 
.....

ANDREA MISHEL CAMPOS ORTIZ

C.I. 0107412256

F: 
.....

KATHERINE LIZBETH MALLA LÓPEZ

C.I. 0107138943