

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Consecuencias de la decisión de no vacunación contra el COVID-19 en los derechos de niños, niñas y adolescentes en Ecuador

ERIKA ALESSANDRA RAMOS ARMAS

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 15 de abril de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Erika Alessandra Ramos Armas
Código:	00203250
Cédula de identidad:	1804310611
Lugar y fecha:	Quito, 15 de abril de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al.(2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>

**CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN DE NO VACUNACIÓN CONTRA EL
COVID-19 EN LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN ECUADOR¹**

***CONSEQUENCES OF NO VACCINATION'S DECISION AGAINST COVID-19
IN CHILDREN'S RIGHTS IN ECUADOR***

Erika Alessandra Ramos Armas²
erialramos99@gmail.com

RESUMEN

El trabajo analizó si la falta de vacunación contra el COVID-19 vulnera los derechos de niños, niñas y adolescentes en los casos en los que los padres no quieren vacunarse o no llegan a un acuerdo sobre la vacunación de sus hijos. Esto debido a que la salud contempla la prevención de enfermedades y la vacunación permite lograr este cometido. Ante ello, la experiencia internacional demuestra que la no vacunación vulnera los derechos de los niños; dado que para proteger la salud se deben restringir ciertos derechos. Este trabajo se centró en analizar si se puede restringir estos derechos en función del interés superior del niño. Esta investigación propuso a través del análisis de decisiones extranjeras, establecer lineamientos tanto para que los padres en ejercicio de la patria potestad tomen decisiones con respecto a la vacunación de sus hijos, así como a los jueces para evitar una vulneración de derechos.

PALABRAS CLAVE

Vacunación, salud, patria potestad, DESCA.

ABSTRACT

This paper aimed to analyze whether non-vaccination violates the rights of children in those cases where parents do not want to be vaccinated or do not reach an agreement about the vaccination of their children for many different reasons. This is because the right to health contemplates not only the treatment but also the prevention of diseases and vaccination is the most effective mechanism to achieve this goal. Regarding this situation, international experience shows that non-vaccination is the one that violates the rights of children since certain rights must be restricted to protect health. This paper analyzed whether these rights can be restricted in the child's best interest. Through analysis of some foreign decisions, this work proposed to establish guidelines both for parents in the exercise of parental authority to make the best decisions regarding vaccination and for judges to avoid a violation of children's rights.

KEYWORDS

Vaccination, health, parental authority, ESCR.

Fecha de lectura: 15 de abril de 2022

Fecha de publicación: 15 de abril de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Rossana Lizeth Torres Rivera.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN- 2. MARCO NORMATIVO- 2.1. NORMAS INTERNACIONALES- 2.2. NORMAS CONSTITUCIONALES. 2.3. NORMAS LEGALES 3. MARCO TEÓRICO- 4. ESTADO DE LA LITERATURA- 5. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO TITULARES DE DERECHOS- 6. DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES- 7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO- 8. PATRIA POTESTAD- 9. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA- 9.1. CASO NO. 500-04-067178-153, QUEBEC, CANADÁ- 9.2. CASO VAVRICKA Y OTROS C. REPÚBLICA CHECA- 9.3. CASO NO. GG15P00160 DEL TRIBUNAL DE FAMILIA DE LINCOLN, INGLATERRA- 9.4. DECISIÓN DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NO. 6 DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, ESPAÑA-10. RECOMENDACIONES-11. CONCLUSIONES

1. Introducción

La pandemia del COVID-19 ha tenido un gran impacto a nivel nacional y mundial. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, “se han notificado 499.119.316 casos confirmados de COVID-19, incluidas 6.185.242 muertes. Hasta el 5 de abril de 2022, se han administrado un total de 11.250.782.214 dosis de vacunas”³.

Una de las medidas adoptadas por los gobiernos alrededor del mundo para frenar este incremento de casos ha sido la vacunación. En Ecuador, de acuerdo con el Ministerio de Salud Pública, los casos confirmados por COVID-19 han descendido de forma notable en comparación al pico más alto registrado en mayo de 2021 con un total de 12.758 casos a diferencia de la última semana de agosto del mismo año, en donde se registró un total de 1.872 casos⁴.

Las vacunas no solo han sido de utilidad para frenar la actual pandemia producida por el COVID 19, si no que, a lo largo de la historia, han contribuido a disminuir la mortalidad de la especie humana. El objetivo de la vacunación “es el control de la transmisión de

³ World Health Organization, “WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard”, Disponible en: <https://covid19.who.int/> (Último acceso: 01/04/2022) (traducción no oficial).

⁴ Ministerio de Salud Pública, “MSP registra un descenso del 85% de casos COVID-19 a escala nacional”, Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/msp-registra-un-descenso-del-85-de-casos-covid-19-a-escala-nacional/> (Último acceso: 21/03/2022).

infecciones, la eliminación de enfermedades y, finalmente, la erradicación del patógeno que causa la infección y la enfermedad; el objetivo inmediato es la prevención de enfermedades en personas o en la comunidad”⁵.

A pesar de que los beneficios de las vacunas han sido demostrados por medio del respectivo análisis científico, existen personas que se oponen a la aplicación de las mismas porque consideran que pone en riesgo su salud por los efectos secundarios que producen, o porque va en contra de sus principios religiosos, culturales, entre otros.

La experiencia internacional ha señalado que el principal problema ante la no vacunación es la limitación de derechos de manera provisional con el fin de proteger la salud de los niños, niñas y adolescentes, NNA. Por ejemplo, se ha presentado el caso judicial en Canadá, en el que a un padre se le suspendió su derecho de visitas por no estar vacunado. Sin embargo, este derecho también le corresponde al hijo. Por otro lado, también se ha presentado un caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que los niños no pueden acceder a la educación porque sus padres han decidido no vacunarlos.

El problema jurídico se torna relevante, debido a que la vacunación es un aspecto multidisciplinario, que puede ser abordado no solo desde la medicina, sino también desde el ámbito del derecho, ya que la toma de decisiones con respecto a los hijos es un asunto que corresponde a sus padres y deberán ser ellos quienes actúen para proteger los intereses y derechos de sus representados. Sin embargo, esto no siempre ocurre y las actuaciones de los padres pueden ocasionar una vulneración de los derechos de sus hijos.

Adicionalmente, el problema planteado es importante porque al no tener jurisprudencia en el Ecuador sobre los temas de vacunación, es necesario estudiarlo a través del análisis de jurisprudencia extranjera para establecer parámetros a tomar en cuenta en los casos que se presenten tanto por los padres quienes en primer lugar toman las decisiones, y los jueces, para de esta forma evitar una vulneración de los derechos de los NNA.

Una vez establecido el problema jurídico, la pregunta de investigación del presente proyecto consiste en: sí ¿La decisión propia de los padres de no vacunarse, o bien de no vacunar a sus hijos NNA, vulnera los derechos de estos últimos?

⁵ Asociación Española de Pediatría, “MANUAL DE VACUNAS EN LÍNEA DE LA AEP”, Disponible en: <https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-1> (Último acceso: 21/03/2022).

Con el propósito de resolver la pregunta de investigación, es necesario abordar primero la titularidad de los Niños, niñas y adolescentes; segundo, el derecho a la salud; tercero, el principio del interés superior del niño; la patria potestad y los posibles derechos infringidos a través del análisis de jurisprudencia extranjera

En consecuencia, el objetivo de investigación será alcanzado mediante un estudio cualitativo de las normas, doctrina y jurisprudencia, con el empleo del método deductivo, ya que se realizará un abordaje de los principios generales que rigen la materia para posteriormente aplicarlos en el análisis de la jurisprudencia.

Para el presente trabajo se seleccionó fallos de distintos países. el caso de Canadá, caso Vavříčka y otros contra República Checa, caso No. GG15P00160 de Inglaterra, caso No. 1657/2021 de España, mismos que tratan sobre conflictos relativos al tema con el fin de observar los parámetros utilizados en las decisiones.

2. Marco Normativo

2.1. Normas Internacionales

Dentro del contexto de las normas Internacionales, es fundamental hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño⁶, en donde se menciona que los Estados parte deben tomar las medidas necesarias para garantizar la protección del niño, frente a las opiniones o creencias de sus padres, tutores o familiares⁷ y que, para ello, deben basarse en el interés superior del niño, mismo que comprende todo lo conducente a su salud, cuidado, bienestar y desarrollo⁸.

Así mismo, la Convención mencionada en el párrafo anterior, reconoce que los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel de salud posible y establece que el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas que sean necesarias para asegurar este derecho⁹.

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 21 de marzo de 1990.

⁷ Artículo 2, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ Artículo 3, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹ Artículo 24, Convención sobre los Derechos del Niño.

2.2. Normas Constitucionales

La Constitución del Ecuador en el artículo 44 prevé una corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, NNA, para que se garantice el pleno ejercicio de derechos; como una referencia de medida de tal protección, se establece el principio del interés superior, de conformidad con el cual, los derechos de los NNA prevalecen sobre los derechos de las demás personas y deberá considerarse su cumplimiento prioritario en los casos en que se presenten conflictos¹⁰.

De igual manera prescribe la protección corresponsable por las tres instancias mencionadas en el párrafo anterior, del desarrollo integral de los NNA, en donde se debe priorizar el despliegue pleno de sus capacidades y potencialidades en los diversos entornos en los que se desenvuelven, en el ámbito familiar, escolar, social y comunitario para la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivas y culturales¹¹.

En el caso de los NNA, la Constitución establece que tienen dos categorías de derechos, es decir, aquellos que son comunes a todas las personas y los que les son propios por la naturaleza derivada de su condición etaria, por lo que les reconoce los derechos a la integridad física y psíquica, así como a la salud integral y a la nutrición¹².

Con relación a la crianza de los hijos, la Constitución prevé un régimen integral de protección de los derechos de las personas integrantes de las familias, que promueve la corresponsabilidad de ambos progenitores y el cumplimiento de los derechos y deberes en condiciones de reciprocidad entre padres, madres, hijas e hijos¹³.

2.3. Normas Legales

Los principios más importantes que desarrolla la norma especializada, es decir, el Código de la Niñez y Adolescencia pertinentes para esta investigación son el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental; en conjunto con la institución de la patria potestad.

Por su parte, el interés superior del niño es un principio destinado a lograr el pleno ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico a los NNA, que vincula a las autoridades y las instituciones de orden público y privado, quienes deben ajustar sus

¹⁰ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, CRE, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Tercer Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

¹¹ Artículo 44, CRE, 2008.

¹² Artículo 45, CRE, 2008.

¹³ Artículo 69, CRE, 2008.

decisiones y acciones al logro de este cometido. La norma prescribe un necesario equilibrio entre los derechos y los deberes de los NNA, con el fin de que dicho principio se haga efectivo¹⁴.

De igual manera, es relevante considerar que este Código reafirma la corresponsabilidad de ambos progenitores tanto en el cuidado y mantenimiento del hogar familiar, así como en todos los aspectos relacionados con la crianza, cuidado, educación, desarrollo integral y protección del conjunto de derechos de los hijos¹⁵.

Igualmente, se determina el alcance de la patria potestad como conjunto de derechos y obligaciones de los padres con relación a sus hijos e hijas no emancipados, sobre su educación, cuidado, desarrollo integral, así como defensa de los derechos y obligaciones inherentes a estos¹⁶.

3. Marco Teórico

La presente investigación se centrará en analizar los problemas que surgen a partir de la objeción a la vacunación, sea de los propios padres por no encontrarse vacunados o bien con respecto a sus hijos NNA que se encuentran en la misma situación, para determinar si es que se vulneran los derechos de estos. Todo esto a partir de la idea de que los padres son quienes deben tomar las decisiones con el fin de proteger los derechos de sus hijos.

Por consiguiente, cuando se presentan desacuerdos entre ambos progenitores con relación a situaciones que afecten al NNA se deberá corresponder al interés superior del niño como principio fundamental y considerar que, si este tiene suficiente capacidad, su opinión sea escuchada¹⁸.

4. Estado de la literatura

De acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas por la Infancia, UNICEF, las vacunas representan uno de los avances más relevantes en materia de salud a nivel mundial. Por más de dos siglos, las vacunas han reducido el impacto y las reacciones adversas de enfermedades como la poliomielitis, la viruela, el sarampión, entre otras. Las vacunas salvan

¹⁴ Artículo 11, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 R.O. 737, 3 de enero de 2003, reformado por última vez Resolución de la Corte Constitucional 28 R.O. Suplemento 262 de 17 de enero de 2022.

¹⁵ Artículo 100, Código de la Niñez y Adolescencia.

¹⁶ Artículo 105, Código de la Niñez y Adolescencia.

más de cinco vidas por minuto, incluso antes de la llegada del COVID-19, han salvado hasta tres millones de vidas al año¹⁷.

Según Hortal y de Fabio, con el tiempo se ha aumentado la disponibilidad y efectividad de las vacunas. Sin embargo, la ventaja para la salud se produce con la repetición de inyecciones a medida que los niños crecen. No obstante, este es el motivo por el cual algunos padres comienzan a dudar sobre el valor de las vacunas¹⁸.

El rechazo hacia las vacunas se da por varios motivos, entre ellos que son potencialmente dañinas para la salud por las enfermedades que pueden producir, los efectos secundarios o la inefectividad de la vacunación frente a una enfermedad infecciosa¹⁹. Es por ello que, muchas personas deciden no vacunarse por miedo a las consecuencias que estas puedan provocar en su salud.

La decisión sobre la vacunación de los NNA corresponde a los padres o quienes ejercen la representación de estos, pero en la mayoría de los casos se ignora que además de proteger al niño se contribuye a la salud de la colectividad²⁰.

Para Eduardo Zannoni, las relaciones jurídicas que son contenido de la patria potestad son un derecho-deber. El poder paterno no se ejerce en el interés personal de los padres, sino en interés de los hijos²¹. Es por ello, que los padres al momento de decidir sobre la vacunación deben anteponer el bienestar de sus hijos al suyo propio, lo que se conoce como interés superior del niño.

En este sentido, en cuanto al principio del interés superior, Farith Simon, sostiene que el mismo ocupa un lugar fundamental en la legislación, jurisprudencia y doctrina contemporánea del derecho de familia y de los derechos de los NNA. Es imposible realizar un análisis de alguno de los componentes del derecho de familia sin examinarlo, y por ello se ha llegado a la conclusión de que es el eje en torno al cual giran todos los institutos del derecho de familia²².

¹⁷ UNICEF, “Inmunización”, Disponible en: <https://www.unicef.org/es/inmunizacion> (Último acceso: 25/02/2022).

¹⁸ María Hortal, José Di Fabio, “Rechazo y gestión en vacunaciones: sus claroscuros”. *Rev Panam Salud Pública* 43 (2019), 2.

¹⁹ *Ibidem.*, 2.

²⁰ *Ibidem.*, 2.

²¹ Eduardo Zannoni, *Derecho de familia* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978), 682.

²² Farith Simon, *Interés superior del niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva* (San Salvador: Concejo Nacional de la Judicatura, 2015), 5.

Por otro lado, Cecilia Grosman sostiene que los padres pueden tomar libremente las acciones que consideran adecuadas para sus hijos con el objeto de satisfacer los intereses y derechos intrínsecos de los NNA. Al verse estos derechos amenazados, el Estado interviene como garante de estos cuando por ejemplo su educación y salud corren riesgo. Es por ello que la educación básica es obligatoria, se deben realizar revisiones médicas, o se imponen planes de vacunación²³.

De este modo José Paja Burgoa, considera que existe una traba en el ejercicio del Derecho al más alto nivel posible de salud de los NNA consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño cuando los padres rechazan la asistencia médica de sus hijos, sea ésta de carácter preventivo como la inmunización o terapéutico como el empleo de antibióticos²⁴.

5. Los Niños, Niñas y Adolescentes como titulares de derechos

Los NNA son seres humanos completos que poseen dignidad y titularidad de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y que, por lo tanto, solo por el hecho de existir les deben ser reconocidos sus derechos²⁵. Así lo establece la Constitución del Ecuador en el artículo 45²⁶ y el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 15²⁷ que expresan que, los NNA son titulares de derechos.

La promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su pronta ratificación por parte de los Estados supuso un cambio sustancial a la concepción de la niñez para el derecho, lo cual generó que los Estados modifiquen su legislación para adaptarse a las disposiciones de este instrumento. El Comité de los Derechos del Niño interpreta el término “desarrollo” como un concepto que abarca el desarrollo físico, moral, mental, psicológico y social del niño, en consideración de que todos los derechos reconocidos en la Convención son encaminados a su desarrollo integral²⁸.

²³ Cecilia Grosman, *Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad: La convención sobre los derechos del niño, derechos personalísimos, la infancia abandonada, el interés superior del niño, derecho a la identidad, relación con ambos padres, niño discapacitado, la opinión del niño y defensa de sus derechos* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998), 48 y 49.

²⁴ José Paja, *LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO* (Madrid: Tecnos, 1998), 73.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, *OEA/Ser.LV/II.166* (2017), 114, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>.

²⁶ Artículo 45, CRE, 2008.

²⁷ Artículo 15, Código de la Niñez y Adolescencia.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, 30 y 31.

6. Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes

Dado lo expuesto, es necesario profundizar en el derecho a la salud con relación a los NNA, puesto que ellos son parte del grupo de atención prioritaria²⁹. Este derecho está reconocido constitucionalmente en el artículo 32 como parte de los derechos del buen vivir mismo que debe ser garantizado y tutelado por el Estado y que su realización depende del ejercicio de otros derechos³⁰.

El derecho a la salud está a su vez consagrado en varios instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud”³¹, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³², reconoce el derecho al nivel más alto de salud física y mental, que incluye medidas encaminadas a su garantía plena. La Convención sobre los Derechos del Niño por su parte, reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud³³.

En cuanto al disfrute del más alto nivel posible de salud, la Corte Constitucional, menciona que, no existe el derecho a estar sano sino a que las condiciones sean aptas para tener la mejor salud posible. Los medios necesarios para alcanzar este nivel más alto son: la prevención del ejercicio al derecho a la salud y la prevención de enfermedades, factores sociales de salud y al acceso a tratamiento³⁴.

Por otra parte, el derecho a la salud no solo incluye la atención médica y la provisión de un tratamiento, sino que también comprende la prevención de enfermedades, tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos³⁵. La prevención impone el establecimiento de proyectos enfocados al comportamiento de las personas con respecto a su salud, a través de la creación de condiciones que permitan una vida saludable³⁶.

²⁹ Artículo 35, CRE, 2008.

³⁰ Artículo 32, CRE, 2008.

³¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificado por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

³² Artículo 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³³ Artículo 24, Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁴ Sentencia 679-18-JP/20 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 05 de agosto de 2020, párr.72.

³⁵ Artículo 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁶ Carlos Lema, *Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud* (Madrid: Editorial Dykinson, 2022), 99 y 100.

Dado lo expuesto, las vacunas son de tipo preventivo que representan a su vez un beneficio individual y colectivo, puesto que, previenen a la persona de contraer una enfermedad y/o disminuyen el número de muertes, mientras protegen a la comunidad de un brote epidémico. Es por esta razón que la vacunación se vuelve de mayor interés frente a situaciones de emergencia sanitaria como las pandemias y epidemias al requerir de acciones urgentes³⁷.

Del análisis del contenido del derecho a la salud se desprende que las vacunas al prevenir una enfermedad, reducir el número de muertes, contribuyen a alcanzar el disfrute del más alto nivel de salud posible, lo que es necesario para hacer efectivo el derecho a la salud de la población.

En el Ecuador, actualmente el esquema de vacunación contempla un total de 19 tipos de vacunas que están disponibles para los NNA y 4 tipos exclusivos para los adultos³⁸. Estas vacunas no tienen el carácter de obligatoriedad, sino que únicamente se recomienda a las personas su aplicación para favorecer a su salud y al interés colectivo³⁹.

Ahora bien, en cuanto a la obligatoriedad de la vacunación contra el COVID-19 que es la epidemia que afecta actualmente al mundo entero, es importante mencionar que, el Ministerio de Salud tiene la facultad de declarar la obligatoriedad de las inmunizaciones que dependen de las condiciones de la realidad epidemiológica del país. Ante estas circunstancias, en diciembre de 2021, el Ministerio decretó su obligatoriedad⁴⁰. Esta facultad del Ministerio de Salud está reconocida en el artículo 6 numeral 4 de la ley Orgánica de Salud⁴¹.

³⁷ Adrián Pastrana y Adriana Mejía, “Vacunas, pandemia y Bioética: Algo para reflexionar”. *Milenaria, Ciencia Y Arte* 17 (2021), 6–9.

³⁸ Ministerio de Salud Pública, “Esquema de vacunación, (2021)”, Disponible en: https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2021/10/ESQUEMA-DE-VACUNACION%CC%81N.oct._2021.pdf (Último acceso: 22/03/2022).

³⁹ Ministerio de Salud Pública, “Misión de la Estrategia Nacional de Inmunizaciones (ENI)”, Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/mision-de-la-estrategia-nacional-de-inmunizaciones-eni/#:~:text=Misi%C3%B3n%20de%20la%20ENI,del%20Sistema%20Nacional%20de%20Salud> (Último acceso: 22/03/2022)

⁴⁰ Ministerio de Salud Pública, “Ecuador declara obligatoriedad de vacunarse contra COVID-19”, Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/ecuador-declara-obligatoriedad-vacunacion-contra-covid-19/#:~:text=Estos%20aspectos%20est%C3%A1n%20contemplados%20en,La%20medida%20tiene%20fundamento%20legal.> (Último acceso: 02/04/2022).

⁴¹ Artículo 6, Ley Orgánica de Salud, Ley 67 R.O. Suplemento 423, 22 de diciembre de 2006, reformado por última vez Ley 0 R.O. Suplemento N353, 23 de octubre de 2018.

La obligatoriedad de la vacunación contra el COVID-19 en Ecuador fue declarada en consideración de la situación epidemiológica del país, ocasionada por la expansión de la variante Omicrón que, si bien no produce una enfermedad grave, al dispersarse provoca contagios con mayor rapidez⁴².

El incumplimiento de la vacunación no acarrea ninguna sanción, es una medida que promueve e incentiva a las personas a vacunarse ya que, para las actividades no esenciales como centros comerciales, cines, eventos, entre otros es obligatoria la presentación del carné de vacunación. Esta medida ha sido implementada en otros países, como por ejemplo Europa, en donde para ingresar a restaurantes y evitar el sometimiento a restricciones es imprescindible contar con el pasaporte verde⁴³.

Por lo expuesto, cada persona tiene la facultad de decidir si vacunarse o no, la disposición de la vacunación en Ecuador contra el COVID-19 tiene la finalidad de promover esta medida para reducir el número de contagios, evitar la propagación del virus y disminuir el número de muertes a través de la reducción de restricciones.

No obstante, el derecho a la salud de los NNA, al ser parte del grupo de atención prioritaria, dicho grupo debe ser inmunizado con especial interés con el fin de proteger su desarrollo integral. El hecho de que los NNA no sean vacunados y con ello, su salud se ponga en riesgo, significa una vulneración a este derecho ya que la prevención configura uno de los elementos del derecho en cuestión.

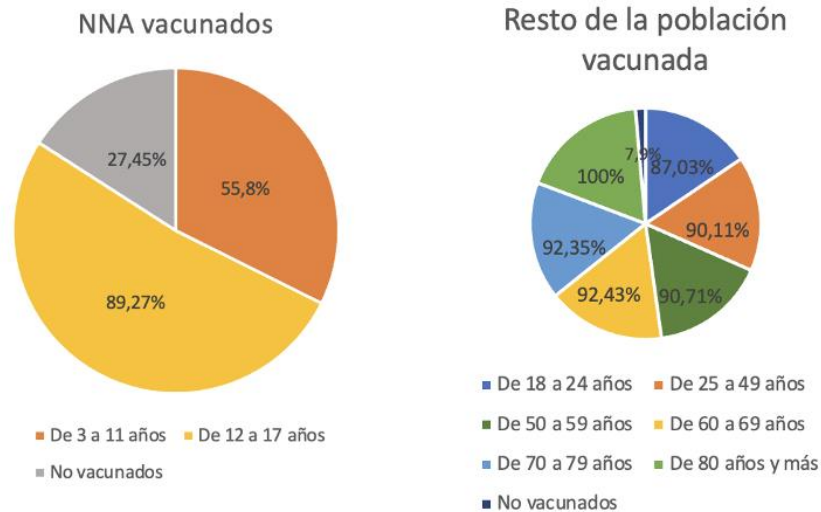
Sin embargo, como se puede observar en el siguiente gráfico, el porcentaje de NNA vacunados con dos dosis ha alcanzado el 55.8% y el 89.27%, respectivamente. Estas cifras son inferiores al resto de la población que alcanza el 92.10%. Estos datos constan en el vacunómetro con fecha de corte al 5 de abril de 2022⁴⁴.

⁴² Ministerio de Salud Pública, *Ecuador declara obligatoriedad de vacunarse contra COVID-19*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Ministerio de Salud Pública, “Vacunómetro”, Disponible en: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjg4ODQyZDItMTZiYi00ZjhmLWI0MzEtYWJlNzAxZDcwNWZlIiwidCI6IjcwNjIyMGRiLTliMjktNGU5MS1hODI1LTliNmIwNmQyNjlmMyJ9&pageName=ReportSection5e050ac003d0b042a320>. (Último acceso: 08/04/2022).

Gráfico No.1. Población vacunada



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de Salud Pública del Ecuador⁴⁵.

7. Interés superior del niño

Para comprender como se toman las decisiones cuando existe algún tipo de controversia entre las opiniones de los padres es necesario revisar el principio del interés superior del niño. En este sentido, al referirse a la niñez y adolescencia y sus relaciones, incluso las familiares, es imprescindible la noción de este principio para delimitar el “alcance del ejercicio de derechos, las reglas de protección y las decisiones que sobre ellos deben tomar las instituciones públicas y privadas, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁴⁶.

En cuanto a la toma de decisiones que pueden afectar derechos, el interés superior del niño exige aplicar el principio de proporcionalidad y realizar una ponderación. Para adoptar medidas es necesario considerar este principio, determinar los hechos y derechos que

⁴⁵ Ministerio de Salud Pública, Vacunómetro.

⁴⁶ Farith Simon, *Manual de Derecho de Familia*, 380.

se encuentran en conflicto⁴⁷. Además, es importante considerar que “En caso de conflictos de derechos, los derechos de los NNA prevalecerán sobre los derechos de sus progenitores”⁴⁸. Es decir, se deberá elegir la opción más favorable para el ejercicio de los derechos de los NNA.

El principio en mención pone énfasis en la calidad del NNA como sujeto de derecho, digno de protección y atención y por ello es necesario garantizar la satisfacción en el ejercicio de sus derechos y garantías. Para lograr tal objetivo, este principio no debe ser interpretado de forma estática, sino que deberá entenderse de manera dinámica y flexible⁴⁹. De esta forma, se debe hacer un análisis caso a caso.

De acuerdo con lo expresado, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 14, señala que la evaluación del principio en cuestión debe realizarse en atención a las circunstancias específicas de cada niño como edad, sexo, grado de madurez, experiencia, pertenencia a grupo minoritario, discapacidad y contexto social y cultural. Este último incluye la presencia o ausencia de padres, convivencia o no del niño con ellos, calidad de relación con familia o cuidadores, existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia o cuidadores⁵⁰.

Los padres como representantes de los NNA son quienes deben tomar las decisiones con el fin de hacer efectivos los derechos que les son reconocidos a estos para lograr su desarrollo integral. Por ello, es importante abordar la temática de la patria potestad como institución encaminada a proteger los intereses de los hijos.

8. Patria potestad

La definición provista por el CNA sobre la patria potestad, hace referencia no sólo al conjunto de derechos sino también a las obligaciones de los padres con respecto a sus hijos

⁴⁷ Sentencia 202-19-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de febrero de 2021, párr. 142.

⁴⁸ Sentencia 28-15-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 203.

⁴⁹ Andrés Acuña, “Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena”, *Opinión Jurídica*, 18 (36) (2019), 17-35

⁵⁰ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 mayo 2013, CRC/C/GC/14. párr. 48.

no emancipados, que abarca el cuidado, educación, desarrollo integral, defensa y garantía de los derechos según lo dispuesto en la Constitución y la ley⁵¹.

La doctrina vigente trata a la patria potestad como un conjunto de derechos-deberes con el fin de protección del NNA, de su educación y desarrollo en la vida y no únicamente a los derechos sobre el patrimonio del hijo y su representación legal⁵². Es decir, que los padres tienen una mayor responsabilidad sobre el desarrollo integral de sus hijos y por lo tanto sus decisiones deben ir encaminadas para lograr este propósito.

Cuando los padres conviven, suelen tomar las decisiones de forma conjunta sobre los aspectos más importantes en relación con sus hijos como por ejemplo la práctica de una religión o el sometimiento a intervenciones médicas. La toma de decisiones en este caso comprende el contenido de la patria potestad que normalmente es ejercida por ambos padres, aunque puede hacerlo uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos estos actos en casos de necesidad urgente o según el uso social⁵³.

Por otro lado, cuando ya no existe convivencia, como en el divorcio o la separación de los padres, la patria potestad toma una nueva dirección, como lo establece el artículo 307 del Código Civil⁵⁴. En estos casos, la patria potestad es ejercida por aquel padre a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo o hija⁵⁵.

Las decisiones que toman los padres con respecto a la salud difieren según su grado de importancia. Las mismas se sitúan en un continuo que va desde aquellas que son rutinarias hasta las que requieren una reflexión exhaustiva y tienen un alto nivel de implicación⁵⁶. Es pertinente tomar en consideración que la concepción acerca de someterse a distintos tratamientos o procesos médicos varían en función del criterio de las personas. Sin embargo, algunos de estos suelen ser importantes para gran parte de la población.

En cuanto a las decisiones relacionadas con la vacunación de los NNA, al ser un tema de salud tan importante, implica que sus padres lleguen a un acuerdo. Sin embargo, en

⁵¹ Artículo 105, Código de la Niñez y Adolescencia.

⁵² Farith Simon, *Manual de Derecho de Familia*, 272.

⁵³ Juan José Nevado, *El ejercicio de la Patria Potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores* (Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2021), 2.

⁵⁴ Artículo 37. Código Civil, R.O. suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez Ley 0 R.O. N° 377 561 de 19 de octubre de 2021.

⁵⁵ Farith Simon, *Manual de Derecho de Familia*, 287.

⁵⁶ Kaja Damjanović, Johanna Graeber, Sandra Ilić, Wing Y. Lam, Žan Lep,4, Sara Morales, Tero Pulkkinen y Loes Vingerhoets, “Parental Decision-Making on Childhood Vaccination”, *Front Psychol* 9:735 (2018), 2.

la actualidad, existen niños que no son vacunados debido a contraindicaciones médicas, por la insuficiente disponibilidad de vacunas y además, por la falta de acuerdo entre sus padres⁵⁷.

En conclusión, el hecho de que uno de los padres no se vacune o se oponga a la vacunación de su hijo, sin duda implica que no cumplen con su obligación como responsable del NNA ya que debe proteger su desarrollo integral y actuar en defensa de sus derechos. La no aplicación de la vacunación en estos dos supuestos impide que el NNA goce del nivel más alto del derecho a la salud, mismo que según ya se ha expuesto, es fundamental para su desarrollo integral.

9. Análisis de jurisprudencia comparada

Debido a que al momento no existe jurisprudencia en el Ecuador acerca de controversias entre los padres sobre la vacunación de los NNA, se hará referencia a cuatro casos de distintos países con el fin de señalar con mayor precisión cuales han sido los problemas surgidos por la no vacunación.

⁵⁷ Kaja Damjanović, Johanna Graeber, Sandra Ilić, Wing Y. Lam, Žan Lep,4, Sara Morales, Tero Pulkkinen y Loes Vingerhoets, “Parental Decision-Making on Childhood Vaccination”, 2.

Tabla No.1. Resumen de casos

País	Número de decisión	Tribunal	Problema jurídico	Decisión
Canadá	500-04-067178-153	Cour Supérieure Province de Québec District de Montréal	La madre pidió la suspensión del derecho de visitas del padre por no estar vacunado contra el COVID-19	Suspensión temporal del derecho de visitas por el interés superior del niño
	Caso Vavříčka y otros contra República Checa	Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Imposición de multas a padres que no cumplen con la disposición de obligatoriedad de vacunación infantil impuesta por el Estado y niños son privados del acceso al preescolar. Los demandantes alegan interferencia al derecho de la vida privada	El no admitir a los niños no vacunados al preescolar es una medida encaminada a proteger el derecho a la salud colectiva
Inglaterra	GG15P00160	Lincoln Family Court	Disparidad de criterios entre los progenitores sobre la decisión de vacunación de los niños: madre se opone a la misma por sus creencias	La inmunización debe realizarse en atención del mejor interés de los niños
España	1657/2021	Juzgado de Primera Instancia No. 6 de Santiago de Compostela	Disparidad de criterios entre los progenitores sobre la decisión de vacunación de los niños: padre se opone a la misma porque considera riesgosa para la salud de sus hijos	Se concede la toma de decisión en favor de la madre quien estaba a favor de la vacunación ya que el juzgado señala que esta medida es la más idónea para la proteger la salud de los niños

Fuente: Elaboración propia a partir de los casos jurisprudenciales

9.1. Caso No. 500-04-067178-153, Quebec, Canadá

La madre tenía la custodia y el padre el derecho de visitas. Ante esto el padre solicitó al Tribunal un cambio en el régimen de visitas en donde pedía un día más con su hijo de 12 años durante las vacaciones. Sin embargo, la madre se opuso y pidió la suspensión del derecho de visitas del padre ya que este no estaba vacunado contra el COVID-19, y consideraba que se ponía en peligro al niño.

El tribunal señala, que el interés superior del niño debe guiar todas las decisiones que se tomen con respecto a los NNA. En el caso en cuestión se debe evaluar si es que, en función de dicho principio, es pertinente que el padre esté en contacto con el NNA pese a que su progenitor no estaba vacunado contra el Covid-19⁵⁸. Por consiguiente, lo ideal para el niño hubiese sido tener contacto con su padre, debido a que el progenitor no está vacunado y se opone a las medidas sanitarias en el contexto actual de la pandemia⁵⁹.

El niño en cuestión ha sido vacunado con las dos dosis y debido a que la protección de la vacuna no implica una protección total, el hecho de que el padre no esté vacunado representa un peligro para su salud porque además existe una nueva variante que se está propagando con rapidez.

Adicionalmente, la madre tiene dos hijos de siete y cuatro años, quienes no se encuentran vacunados porque las vacunas solo han sido desarrolladas para niños a partir de cinco años para ese entonces. Por lo tanto, el Tribunal considera que, bajo estas circunstancias, no es el mejor interés de ninguno de estos niños que el señor tenga acceso a visitar a su hijo por el momento.

Por ende, el Tribunal toma la decisión de suspender el derecho de visitas de forma temporal basándose en el interés superior de estos niños. Sin embargo, esta suspensión según se expresa, debe ser por un período corto porque la situación relacionada con la pandemia está mejorando y es necesario reevaluar la situación a corto plazo.

⁵⁸ Caso No. 500-04-067178-153, Cour Supérieure Province de Québec District de Montréal, 23 de diciembre de 2021, párr. 9.

⁵⁹ Caso No. 500-04-067178-153, párr. 15.

Crítica de la sentencia

En cuanto a la restricción de derechos de forma provisional discutida en el caso bajo análisis, es necesario analizarlo para comprobar si esta es una decisión que cumple con el principio del interés superior del niño o si, por el contrario, existe una vulneración de derechos.

En primer lugar, las visitas son un derecho-deber, debido a que estas permiten ejercer el derecho del NNA de estar en contacto con el progenitor que no vive con él. Así se asegura el mantenimiento de un nivel de vida familiar, aunque sea de forma parcial⁶⁰. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 9 numeral 3, señala que los Estados miembros deben respetar el derecho del niño cuando se encuentre separado de uno o ambos padres a mantener contacto directo con ellos, de manera regular, salvo si esto se opone a su interés superior⁶¹.

Así mismo, este contacto con los padres en algunas ocasiones puede presentar efectos negativos que pueden ser de distinta índole, como, por ejemplo: daños a la vida, salud, tanto física como psicológica u otros derechos de los hijos. No es necesario que el daño esté consumado, sino que basta que de este genere temor de que pueda constituir para el niño un riesgo potencial⁶².

Esto quiere decir, que el derecho de visitas no es absoluto y su principal límite es el interés superior del niño. Ello no significa que ante la primacía de este principio en los temas que traten sobre NNA, los demás derechos sean ignorados, sino que el juzgador de la causa deberá realizar un análisis con el objetivo de evitar poner en riesgo al NNA.

Si bien, muchas personas rechazan la vacunación contra el COVID-19 porque consideran que, al ser un virus endémico, todas, incluso quienes están vacunadas son susceptibles de contagio. Sin embargo, un estudio realizado en Inglaterra demuestra que la inmunización protege no solo al vacunado sino también al resto de su familia. Este trabajo demuestra que los infectados después de haber sido vacunados reducían a la mitad la

⁶⁰ Farith Simon, *Manual de Familia*, 307

⁶¹ Artículo 9 numeral 3, Convención sobre los derechos del niño.

⁶² Marcela Acuña, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio* (Madrid: Dykinson, 2015), 275-276.

probabilidad de propagar el virus en su hogar. La muestra de este estudio consta de más de 300.000 familias y cerca de 1.500.000 de personas⁶³.

Es decir, que la persona vacunada protege a su familia porque evita que la probabilidad de contagio se extienda a dicho entorno. Aquello deja en claro que la vacuna es necesaria para protección personal y para el de la comunidad. Más aún los progenitores, están en la obligación de proteger la salud de sus hijos y cumplir con todas las medidas sanitarias establecidas, en donde las vacunas son parte de estas.

Sin embargo, también se puede evidenciar que la no vacunación del padre en el caso en cuestión significa una restricción al niño de su derecho de visitas puesto que dicha situación pone en riesgo a él y a los otros niños. Este hecho sin duda afecta de manera directa el derecho del niño a estar en contacto con su padre, porque tal como se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño, la familia es el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”⁶⁴.

Sin duda, la separación del niño de sus padres produce efectos graves y solo debe ser aplicada como última medida, es decir, esta restricción no puede llevarse a cabo si existen otras alternativas que no se inmiscuyan en la familia⁶⁵. Por ejemplo, una solución al caso bajo análisis sería la presentación de prueba negativa por parte del padre, puesto que de esta forma se tiene la certeza de que no está contagiado de COVID-19 a pesar de no estar vacunado.

La Administración de Alimentos y Medicamentos, conocida por sus siglas en inglés, FDA, aprobó dos tipos de pruebas para diagnosticar la infección de COVID-19. La primera de estas es la prueba RT-PCR que detecta el material genético del virus. La segunda prueba es la de antígenos que detecta algunas proteínas del virus. Sin embargo, la más efectiva entre estas pruebas es la RT-PCR⁶⁶.

⁶³ Ross J Harris, Jennifer A Hallal, Asad Zaidi, Nick J Andrews; J Kevin Dunbar, Gavin Dabrera, “Impact of vaccination on household transmission of SARS-COV-2 in England”, *N Engl J Med* 19 (2021),759-760, Disponible en: <https://static.poder360.com.br/2021/04/public-health-1stdose-abr2021.pdf>.

⁶⁴ Preámbulo, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶⁵ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N14 (2013), párr. 61.

⁶⁶ FDA, Coronavirus (COVID-19) Update: FDA Authorizes First Antigen Test to Help in the Rapid Detection of the Virus that Causes COVID-19 in Patients, Disponible en: <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/coronavirus-covid-19-update-fda-authorizes-first-antigen-test-help-rapid-detection-virus-causes> (Último acceso: 09/04/2022).

También en el derecho ecuatoriano, es fundamental escuchar la opinión del NNA. En este caso, dado que se trata de una situación en donde se discute sobre los derechos del NNA, la Corte Constitucional del Ecuador, con respecto a los derechos de los niños a ser escuchados, a dispuesto que el juez es quien debe examinar y evaluar en cada caso las condiciones específicas de estos y su interés superior para determinar su participación según corresponda, en la decisión de sus derechos ⁶⁷.

Adicionalmente, se deberá realizar una evaluación de la capacidad del niño de formarse un juicio propio, y la autoridad que deba adoptar la decisión debe tener en cuenta las opiniones de los NNA como factor relevante en la resolución, así como comunicar al NNA sobre los resultados del proceso y explicar la forma en la que se consideró su posición⁶⁸.

De lo expuesto con meridiana claridad, se puede deducir que la edad no es un factor que implique que las opiniones de los NNA sean descartadas, sino que, por el contrario, deberá evaluarse cada caso con el fin de que la decisión tomada sea la más adecuada a su interés superior. Los NNA al ser reconocidos como sujetos de derecho, sus padres o los jueces no deben actuar de manera deliberada al decidir sobre sus derechos.

En conclusión, en el presente caso, se produjo una vulneración al derecho de visitas, puesto que la intromisión en la familia debe ser una medida que se tome cuando no existan otras alternativas para proteger al NNA. Cuando no existan otras medidas, esta separación es arbitraria y produce efectos graves para su hijo porque de esta forma no se toma en cuenta lo que es mejor para su interés superior.

9.2. Caso Vavříčka y otros contra República Checa

Los demandantes, los señores Vavříčka, Novotná, Hornych, Brozik. Dubsky, Rolecek demandan a la República Checa por su política de vacunación obligatoria de niños, que impone multas a los padres que infringen esta disposición y privan a los niños no vacunados del derecho de asistir al preescolar. Los demandantes alegan que esto es una interferencia al derecho de la vida privada y que se violó el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶⁷ Caso No. 2691-18-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 42.

⁶⁸ Caso No. 2691-18-EP, párr. 45.

El Tribunal manifestó que el objetivo de esta política de vacunación obligatoria es precautelar la salud de la población, en especial para protección de las personas vacunadas y de aquellos que no podían recibirla debido a su situación médica y que por lo tanto, se encontraban en un estado de vulnerabilidad. El Tribunal expone que si bien en principio podría considerarse una interferencia a la vida privada, esta disminuye ya que la vacuna no puede ser impuesta a la fuerza, tal como lo establece la ley local⁶⁹.

El Tribunal menciona que los países miembros de la Convención Europea consideran que la vacunación es una de las medidas de salud más efectivas. En especial el Gobierno de la República Checa por medio de los informes de salud señala que es importante que se mantenga la vacunación obligatoria infantil para proteger la salud individual y pública por riesgo de que se disminuya la tasa de inmunización si se convierte en una recomendación.

Por lo expuesto, el Tribunal señala que la política adoptada por el gobierno checo, está en concordancia con el principio del interés superior del niño debido a que el objetivo es proteger a los niños contra enfermedades. En la mayoría de casos, este fin se puede lograr mediante la aplicación completa del calendario de vacunación y cuando los niños no pueden ser inmunizados, se protegen gracias a la cobertura de la vacunación en la población.

En cuanto a la no admisión de los niños al preescolar, se aduce que es una medida tomada con el propósito de proteger la salud de los mismos. Ello denota que la medida fue de protección y no punitiva. Dicha restricción fue originada como consecuencia de que los padres declinaron el cumplimiento de la disposición encaminada a cuidar de la salud de los niños. La medida en mención debe ser limitada en el tiempo⁷⁰.

El Tribunal concluyó que no hubo violación al artículo 8 de la Convención Europea porque las medidas impugnadas estaban dentro del campo de las competencias estatales orientadas a la protección de la salud desde una perspectiva global, en el entendido de que la política de vacunación era la opción que aportaba mayores beneficios desde el orden preventivo.

⁶⁹ Vavříčka and Others v. the Czech Republic, European Court of Human Rights, 08 de abril de 2021, 4.

⁷⁰ Vavříčka and Others v. the Czech Republic, 6.

Crítica de la sentencia

Respecto a la medida de prohibir el ingreso y asistencia a los centros de educación inicial, el Tribunal ha considerado que, si bien conlleva una limitación apreciable al proceso de socialización y de sustentación de la personalidad, esto no surge como consecuencia, de la decisión de los órganos del Estado, sino de los padres que se oponen a la inmunización de sus hijos.

Por tanto, debe inferirse que la decisión de los padres, respecto de la renuencia a la aplicación de los esquemas de vacunación acordados por los Estados, implica una responsabilidad sobre las consecuencias que pueden generar, considerando que se debe proteger a todo el contexto humano en el que los niños no vacunados se desarrollan debido a que existen algunos NNA que por contraindicaciones médicas no pueden ser inmunizados.

La educación es un derecho encaminado al desarrollo de la personalidad y de las capacidades del NNA para prepararlo para la vida adulta⁷¹. La educación es una herramienta necesaria no solo para la obtención de conocimientos académicos, sino para la socialización y la preparación para aprender a tomar decisiones autónomas.

Al ser un derecho fundamental para el desarrollo de los NNA, no puede ser limitado y para ello se deberá buscar otras alternativas que no produzcan una vulneración a este derecho. Por ejemplo, se deberá contar con un grupo multidisciplinario de especialistas con el fin de que se evalúen las consecuencias de las posibles soluciones⁷². Sin duda, una buena opción es contar con profesionales de la salud con la finalidad de que asesoren a los padres sobre la vacunación, sus beneficios, su seguridad, así como las reacciones del cuerpo y la manera de proceder ante las mismas.

Si no se puede encontrar una solución, con la finalidad de proteger el interés colectivo, la medida será la limitación únicamente temporal de este derecho porque de lo contrario, esta medida fuese arbitraria.

9.3. Caso No. GG15P00160 del Tribunal de Familia de Lincoln, Inglaterra.

La madre en este caso es BC, quien tiene la custodia de sus hijos y el padre es EF. Los dos niños son M, de cuatro años, y N, de dos años y medio. La progenitora se opone

⁷¹ Artículo 29, Convención sobre los Derechos de los Niños.

⁷² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N14 (2013), párr. 94.

radicalmente a la aplicación de todo tipo de vacunas a sus hijos por sus firmes creencias. Por otro lado, el padre, quiere que se vacunen por los beneficios que estas representan para los niños.

La madre se opone a las vacunas por diversos factores, entre ellos: porque su hijo M fue vacunado, pero tuvo reacciones adversas, por lo que cree que no sería seguro para él, ni para N. También considera que los demás niños están sanos, y sus hijos se beneficiarán de la protección de rebaño ya que las enfermedades que requieren inmunización son un caso raro que en el improbable contagio se pueden sobrellevar. Por último, como vegana, rechaza las pruebas con animales o los elementos de las vacunas basados en estos.

El Tribunal de Familia, señala que el principal objetivo de la vacunación es proteger al individuo que la recibe, y que cuando se llega a una cobertura alta se puede incluso eliminar el virus por completo, dado que, de no mantenerse un nivel alto, la enfermedad podría reaparecer. Además, son muy pocas las personas a las cuales se les contraindica la inmunización y en lugar de rechazarla, se debe buscar la recomendación de un especialista⁷³.

Del mismo modo, el Tribunal sostiene que no se elige entre los puntos de vista de los padres, sino que se toma las decisiones basadas en el bienestar del niño. Este órgano, no duda que existen ventajas de la vacunación, sino que lo adecuado es llevar a cabo un proceso de toma de decisiones que se fundamenten en el bienestar del NNA.

Además, el Tribunal hace referencia a la lista de verificación del bienestar. Uno de estos factores trata sobre las necesidades físicas de los niños. Si bien están sanos, al no estar vacunados, el nivel de protección es menor y la inmunidad de rebaño no es una garantía para evitar el riesgo de contagio⁷⁴. Otro factor es el daño. Aunque los niños no están en la categoría de mayor riesgo, el mismo aún persiste. Los efectos secundarios, si los hubiera, no contraindicarían la administración de la vacuna y las ventajas superan a las desventajas⁷⁵.

La decisión del Tribunal después de este análisis es que, en todas las circunstancias, la inmunización es en el mejor interés de los niños, ya sea por el acuerdo de sus padres o por orden del tribunal. Sin embargo, el Tribunal considera que este tema es delicado y que, por ello, es mejor que estas decisiones importantes sean tomadas por sus padres de forma

⁷³ Caso No. GG15P00160, Lincoln Family Court, 5 de diciembre de 2016, párr. 26.

⁷⁴ Caso No. GG15P00160, párr. 60.

⁷⁵ Caso No. GG15P00160, párr. 64.

conjunta de ser posible, pero en caso de desacuerdo, es necesaria la intervención del juez independiente y objetivo que se encuentra en el tribunal.

Crítica de la sentencia

Como se puede apreciar, en la presente Sentencia, no basta con que los niños estén sanos, sino que se deben seguir todas las recomendaciones médicas, en este caso, la aplicación de vacunas, que evita el contagio o mitiga sus efectos, con el objetivo de que los NNA puedan gozar del más alto nivel de salud que les es reconocido. Los padres para cumplir con dicho cometido deben en lugar de rechazar la vacuna, consultar con el pediatra quien después de realizar una evaluación médica al NNA, señalará cuales son los tratamientos necesarios para este.

Así mismo, el Comité de los Derechos del Niño, señala la importancia del principio del interés superior del niño en las decisiones que se tomen con respecto a la aplicación, negativa o suspensión de tratamientos y procedimientos médicos⁷⁶. Es decir, como se menciona en este caso, el Juez debe considerar lo que es mejor para el interés superior del niño y no para el interés de los padres.

Si bien en el presente caso, la madre al ser vegana se opone a todo tipo de procedimientos en donde se utilicen animales, se debe priorizar la salud de los dos niños frente al derecho de libertad de pensamiento de la madre, aunque ello implique la renuncia de sus creencias fundamentales. Sin embargo, esta decisión se encamina a la protección de sus hijos.

9.4. Decisión del Juzgado de Primera Instancia No. 6 de Santiago de Compostela, España.

El Fallo hace referencia a la disparidad de criterios entre ambos progenitores al momento de decidir respecto de la vacunación de sus hijos, uno de cuatro y otra de ocho años, en contra del COVID-19. En este caso, el padre se opone a la vacunación de sus hijos debido a que considera que puede significar un riesgo para la salud de estos, porque las

⁷⁶ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N15 (2013) Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

vacunas están aún en la fase de ensayo clínico al únicamente contar con una autorización provisional, sustentada en una situación de emergencia.

En este sentido se reafirmó dentro del sistema jurídico español, que el proceso de vacunación es voluntario y no está sometido a un estatus de obligatoriedad, si bien, se enfatiza que existe en este ordenamiento la posibilidad de toma de decisiones estatales, mismas que podrían acordar medidas coercitivas para asegurar la tutela de la salud pública, en los casos en que las condiciones así lo justifiquen, como en las epidemias⁷⁷.

El juzgado señala que el consentimiento por representación ocurre cuando: El paciente menor de edad no es capaz de comprender el alcance de la intervención, por lo que el consentimiento lo dará su representante, una vez escuchada su opinión si tiene doce años. En caso de que la decisión de su representante sea contraria a sus intereses, se debe poner los hechos en conocimiento del juez. Por último, la representación del paciente se hará a su favor y en respeto de su dignidad, lo cual requiere de su participación en la toma de decisiones⁷⁸.

En cuanto al mejor interés del paciente, se deberá evaluar cual es la mejor opción para la salud, vida y bienestar de este. En el caso de los NNA, se deberá atender a su interés superior, lo cual vincula a su representante legal y cuando su opinión sea contraria a este principio, la decisión deberá ser sometida al criterio del juez⁷⁹.

La toma de decisiones en temas de vacunación corresponde a ambos progenitores. En consecuencia, las controversias que se deriven del ejercicio de la potestad parental conjunta conllevan el derecho/deber de decidir lo más adecuado para sus hijos. Por otra parte, el juzgado considera que la judicialización de estos conflictos es inapropiada puesto que los progenitores deben acordar que es lo más beneficioso para sus hijos y, por consiguiente, ningún juez puede sustituirles⁸⁰.

Este juzgado señala que la vacunación es la medida más idónea para combatir la pandemia actual. Las medidas no farmacológicas como el distanciamiento social ayudan a no propagar el virus, pero algunas de estas no se pueden mantener de forma indefinida, ya que de hacerlo no se podría llegar nunca a la normalidad deseada. Se deja en claro que, entre

⁷⁷ Caso No 1657/2021, Juzgado de Primera Instancia No.6 de Santiago de Compostela, 24 de enero de 2021, 4.

⁷⁸ Caso No 1657/2021, 7.

⁷⁹ Caso No 1657/2021, 9.

⁸⁰ Caso No 1657/2021, 12.

todas las medidas disponibles, la vacuna es la más beneficiosa para el niño y es por ello que debe aplicarse esta por sobre las demás.

Debido a que las afirmaciones del padre en cuanto al supuesto riesgo que presentaban las vacunas, por el hecho de únicamente contar con autorización provisional no tienen sustento, dado que estas han sido aprobadas por la Autoridad Sanitaria europea, lo cual denota sus altos estándares de calidad, seguridad y eficacia.

Por ende, se acuerda el poder de toma de decisión en favor de la madre quien, era partícipe de las bondades de la vacunación como medio para favorecer la salud y el desarrollo integral, respecto de su hija de ocho años. Queda pendiente la decisión respecto de su segundo hijo, de cuatro años dado que no se encontraba demostrada la aptitud de este proceso para menores de cinco años.

Crítica de la sentencia

La vacunación en contra del COVID-19 es un aspecto que nace de la autonomía de la voluntad, entendiéndose que nadie puede ser obligado a vacunarse, pero existen situaciones de cuidado cuando no se tiene la capacidad de decisión como lo es el caso de los NNA, en el cual los padres pueden y deben tomar las decisiones más adecuadas para materializar los derechos de sus hijos. Es decir, el ejercicio de la patria potestad los obliga a actuar con responsabilidad parental y así evitar la judicialización de posibles conflictos.

Activar el órgano administrador de justicia para dirimir un conflicto derivado de la incapacidad de los progenitores de ejercer responsablemente la patria potestad, es en realidad un retroceso social que da cuenta del desconocimiento de los derechos que tienen los hijos en cualquier ordenamiento jurídico, que deben ser atendidos con rapidez. Sin embargo, en el caso particular del Ecuador si bien no se han presentado o al menos no se sabe de procesos judiciales sobre conflictos por vacunación de NNA, no quiere decir que no existan problemas al respecto.

En caso de existir algún proceso judicializado, el actor debe tener en cuenta la pretensión que pida, pues como se ha observado en la Decisión del Juzgado español, los jueces no pueden obligar a nadie a vacunarse.

Por esta razón, lo único que se hizo fue acordar que uno de los progenitores tome la decisión en función del interés superior de la niña de 8 años. En cuanto al niño de 4 años, se

suspendió cualquier requerimiento hasta que cumpla 5 años, en virtud de estar demostradas científicamente las ventajas de la vacuna desde esa edad.

Es importante mencionar que este Juzgado europeo hizo alusión al pronunciamiento y consentimiento de los NNA, pero la limitación que contiene la legislación española exige que sea a partir de los doce años. En el Ecuador, no existe limitación al derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, obviamente deberá tenerse en cuenta su edad y madurez.

La Corte Constitucional del Ecuador señala que si bien, el último inciso del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia indica que, a partir de los 12 años, la opinión del NNA es obligatoria para el juez⁸¹, aquello no obsta que el juzgador en conjunto con el equipo técnico respectivo se deba escuchar y tomar en consideración la opinión del NNA antes de los 12 años, según lo establecido en la Observación General No. 20 del Comité de los Derechos del Niño⁸² y con respecto a la edad⁸³.

De la misma manera, la bioética médica, establece algunos parámetros para que las decisiones de un individuo puedan ser consideradas autónomas y que sean respetadas, independientemente de su edad que no constituye un factor que implique la disminución de la autonomía y que por ello debe evaluarse cada caso en concreto, estas condiciones son las siguientes: Capacidad para comprender la información relevante sobre su condición, capacidad para comprender las posibles consecuencias de su decisión, capacidad para razonar desde la información importante y capacidad para comunicar su postura de forma clara⁸⁴.

Por lo anteriormente mencionado, los NNA podrían también decidir si vacunarse o no, en consideración que la edad no es una limitación para que sus decisiones sean tomadas en cuenta, sino que deberá hacerse un análisis caso a caso sobre la capacidad del niño de formarse un juicio propio.

En conclusión, la necesidad de la judicialización de estas situaciones depende de cada caso. Corresponde a los juzgadores propender a resolver estos conflictos en la etapa de conciliación o en su defecto motivar a las partes a derivar el problema a un centro de

⁸¹ Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

⁸² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N20 (2020) La aplicación de los derechos del niño y niña durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20.

⁸³ Caso No. 28-15-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 211.

⁸⁴ María Casado, *Nuevos materiales de Bioética y Derecho* (Ciudad de México: Distribuciones Fontamara S.A., 2007), 81.

mediación a fin de que la solución emane de sus voluntades y no de la imposición de un Juez y se debe tener siempre en cuenta que los padres son los responsables del bienestar de sus hijos que toda decisión sobre los mismos debe ser dirigida a su interés superior.

10. Recomendaciones

Incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia⁸⁵ de forma expresa, la manera en la que se debe proceder en caso de controversias sobre temas de salud del NNA por parte de los progenitores. Para ello el primer paso sería que los padres en ejercicio de la patria potestad sean los que tomen las decisiones a favor de sus hijos o en su defecto, acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos.

Para lograr este cometido, sería necesario promover que los especialistas puedan aconsejar a los padres en la toma de decisiones tan importantes para la salud de los NNA. En caso de no existir acuerdo, se deberá discutir estas controversias en proceso sumario, en donde el juez, deberá resolver en atención a los derechos de los NNA.

11. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se estudiaron los siguientes problemas: El primero de ellos es si la decisión de no vacunación de los padres con respecto a los NNA vulnera sus derechos. El segundo de ellos trata sobre si la decisión propia de no vacunación de los padres de igual manera vulnera los derechos de los NNA.

Con respecto al primer problema, se identificó que la no vacunación vulnera principalmente el derecho a la salud, ya que el mismo es un derecho integral que incluye la prevención de enfermedades y no basta únicamente que los niños se encuentren sanos, sino que se empleen todas las medidas necesarias para proteger su desarrollo. Además, al no existir otras alternativas que suplan la vacunación en los NNA, estas deben ser aplicadas con mayor interés a este grupo de atención prioritaria.

Así mismo, el análisis de la jurisprudencia extranjera demostró que la decisión de los padres de no vacunar a los NNA es la que vulnera derechos ya que con el fin de proteger la salud de este grupo etario es razonable que se limiten derechos como la educación analizada en el caso Vavříčka y otros contra República Checa. Sin embargo, todas las

⁸⁵ Código de la Niñez y Adolescencia.

decisiones que traten sobre los derechos de los NNA deben ser guiadas por el principio del interés superior y, por lo tanto, esta suspensión de derechos debe ser una medida que se tome cuando no existan otras alternativas disponibles.

Con relación a la segunda interrogante se concluyó que la decisión propia de no vacunación de los padres también vulnera los derechos de los NNA. La falta de inmunización de los padres pone en riesgo la salud de estos porque las personas no inmunizadas son más susceptibles de propagar el virus a su alrededor, como lo demuestra la ciencia.

De la misma forma, a través del análisis de jurisprudencia extranjera se comprobó que los padres no vacunados producen un riesgo a sus hijos. Sin embargo, también se demostró que se deben evaluar todas las alternativas disponibles con el objetivo de no suspender derechos y tener en cuenta que todas las decisiones deben ser fundamentadas en el interés superior del niño.

El análisis de la legislación nacional como internacional permitió establecer que los padres deben tomar las decisiones encaminadas a la protección de intereses y derechos de sus hijos y que la opinión de los NNA debe ser escuchada siempre que se discuta sobre sus derechos.

De igual manera, es importante que el juez realice un análisis caso a caso y de ser necesario, contar con un especialista en salud para que de esta manera las medidas adoptadas sean eficaces para la protección de salud sin implicar una vulneración de derechos de los NNA como el derecho de visitas o el derecho a la educación.

Las limitaciones para el desarrollo de este trabajo fueron la falta de material bibliográfico dada la relevancia actual del tema, así como la ausencia de jurisprudencia en el Ecuador. Estos obstáculos fueron enfrentados a partir del análisis de instituciones y conceptos vinculados con el tema en conjunto con el análisis de jurisprudencia extranjera.

Dado que la extensión de la investigación no permite desarrollar otros aspectos con respecto a la vacunación, se sugiere realizar nuevas investigaciones sobre la manera en la que el Estado puede actuar como garante de derechos con el fin de precautelar la salud de los NNA por medio de políticas públicas pertinentes.

Finalmente, los hallazgos de este trabajo sientan una base para que los padres en ejercicio de la patria potestad tomen las decisiones encaminadas a proteger los derechos e intereses de sus hijos incluso si ello va en contra de sus creencias. Por ende, al ser la patria

potestad un derecho-deber que corresponde a los padres, deben ser estos quienes toman las decisiones sobre sus hijos. Cuando existan diferencias, la primera alternativa a recurrir deberán ser los métodos alternativos de solución de conflictos. De no ser posible llegar a un acuerdo, este trabajo también sienta una línea para la actuación de los jueces en el caso de que lleguen a su conocimiento dichas situaciones con el fin de que de esta forma se evite vulnerar los derechos de los NNA.