



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL
DERECHO A LA LIBERTAD DE MOVILIDAD
DE LAS PERSONAS NO VACUNADAS
CONTRA EL COVID19**

Autora:

Gabriela Yamilé Moscoso Román

Directora:

Dra. María Cristina Serrano Crespo

**Cuenca – Ecuador
2022**

DEDICATORIA

A mis padres, Edmundo y Noemí, por el amor infinito,
la fortaleza y la paciencia.

A mis hermanos, María Elena y Shuty, por la
complicidad, la lealtad, las lágrimas y las risas.

A mis sobrinos, María José, Nicolás y Gabriel, por ser
la síntesis de la ternura y la inspiración para luchar por
un mundo más humano.

A mi tía Estela, por arroparme cuando niña y ser luz
eterna en mi camino.

Por y para ellos todo lo que soy.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis amados padres por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida y durante mi formación profesional, por amarme en mis peores días y en mi imperfecta humanidad, y por inspirarme a no perder la esperanza, sin su presencia nada fuese posible.

Mi agradecimiento más sincero para la Doctora María Cristina Serrano Crespo, por la guía y el apoyo brindado para el desarrollo del presente trabajo de titulación, sus enseñanzas y consejos fueron esenciales para ver cristalizado este sueño.

Agradezco finalmente a la Universidad del Azuay y a su cuerpo docente, por la formación profesional y humana que recibí durante estos años, dejándome vastos conocimientos para afrontar el mundo y los más altos ideales de justicia. Agradezco igualmente a mis compañeros, compañeras, y a las grandes amigas que me dejó la facultad, hicieron de estos años, un grato momento en mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda una problemática suscitada a raíz de la pandemia de Covid 19, siendo esta pandemia uno de los hitos trascendentales que marcaron la historia del último siglo, transformando la realidad de los Estados y sus ciudadanos, y trastocando todas las áreas en que se desenvuelven. La vacunación contra este virus, se ha considerado como la herramienta de lucha fundamental para contrarrestar sus efectos y permitir el desenvolvimiento normal de la cotidianeidad; sin embargo, esta medida ha suscitado problemáticas a nivel de derechos fundamentales, debido a que para su implementación se ha planteado restringir el derecho a la libertad de movilidad para aquellas personas que no han accedido a la vacunación, con el fin de masificarla y resguardar así el derecho a la salud. Por ello, se plantea comprobar si esta restricción cumple con los parámetros de proporcional, mediante el estudio autónomo de cada derecho, la determinación de su alcance y la aplicación de un ejercicio de ponderación.

Palabras Claves: Covid 19, vacunación, derecho a la salud, derecho a la libertad de movilidad, proporcionalidad, ponderación.

ABSTRACT

This study addresses a problem arising from the Covid 19 pandemic, this pandemic being one of the intangible milestones that marked the history of this century, transforming the reality of States and their citizens and disrupting all areas in that development. Vaccination against this virus has been considered the fundamental fighting tool to counteract its effects and allow the normal development of daily life; however, this measure has raised problems at the level of fundamental rights because, for its implementation, they proposed to restrict the right to freedom of mobility for those people who have not accessed vaccination, to massify it and thus protect the right to health. For this reason, it is proposed to verify if this restriction complies with the parameters of proportionality through the independent study of each request, the determination of its scope, and the application of a weighting exercise.

Keywords: Covid 19, vaccination, right to health, right to freedom of mobility, proportionality, weighting.



A handwritten signature in blue ink is located in the bottom right corner. The signature is highly stylized and cursive, appearing to be the name 'González'.

INDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN	III
ABSTRACT	III
.....	III
INDICE	IV
CAPÍTULO 1	1
1. EL DERECHO A LA SALUD	1
1.1. El concepto de salud	1
1.2. Salud individual, salud colectiva y salud pública	2
1.2.1. Salud individual	2
1.2.2. Salud Colectiva.	4
1.2.3. Salud Pública	5
1.3. El reconocimiento de la Salud como un derecho	7
1.4. El derecho a la salud en la normativa Ecuatoriana	12
1.5. El derecho a la salud de la óptica de la Corte Constitucional	20
1.6. El derecho a la salud desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	23
1.7. El derecho a la salud bajo el estándar de interés público	26
CAPÍTULO 2	30
2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE MOVILIDAD	30
2.1. El concepto de movilidad	30
2.2. El derecho a la libertad de movilidad	31
2.3. El derecho a la libertad de movilidad en el Ecuador	34
2.4. El derecho a la libertad de movilidad desde la óptica de la Corte Constitucional	38
2.5. El derecho a la libertad de movilidad desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	39
2.6. Las limitaciones al derecho a la libertad de movilidad	40
CAPÍTULO 3	45
3. La pandemia de Covid19 y sus principales impactos a nivel nacional e internacional	45
3.1. Breve reseña del origen y evolución de la pandemia de Covid- 19	45
3.2. Principales impactos de la pandemia a nivel internacional	46
3.2.1. Mortalidad	46

3.2.2.	Sistema de Salud	46
3.2.3.	Consecuencias a nivel Económico, Social y Cultural	47
3.3.	Principales impactos de la pandemia de Covid-19 en Ecuador	49
3.3.1.	Mortalidad	49
3.3.2.	Sistema de Salud	49
3.3.3.	Consecuencias a nivel Económico, Social y Cultural	50
3.3.4.	Mediadas para mitigar los efectos de la Pandemia	52
3.4.	Vacunación.....	55
3.4.1.	Historia de la vacunación	55
3.4.2.	Importancia de la vacunación.....	56
3.4.3.	La vacunación en Ecuador.....	58
3.4.4.	La Vacunación durante el Covid-19.....	59
3.4.5.	Marco Legal de la vacunación en Ecuador	60
3.4.6.	La obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19 en Ecuador	61
CAPÍTULO 4		66
La Ponderación de Derechos		66
4.1.	Conceptualización	66
4.1.1.	Las reglas y los principios	66
4.2.	El principio de proporcionalidad	67
4.3.	La ponderación	69
4.3.1.	Estructura de la ponderación	69
4.4.	La racionalidad en la ponderación.....	75
4.5.	La ponderación en Ecuador.....	76
CAPÍTULO 5		81
5.	Ejercicio de ponderación entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el Covid19.....	81
5.1.	Antecedentes	81
5.2.	Aplicación de la Ponderación	82
5.2.1.	Aplicación práctica	83
CONCLUSIONES.....		90
Bibliografía.....		93
Índice de Tablas y Figuras		
Tablas		
Tabla No.1.	Comparación de la mortalidad del Covid 19 entre los años 2020 y 2021.....	60

CAPÍTULO 1

1. EL DERECHO A LA SALUD

1.1. El concepto de salud

La conceptualización de la salud se ve influenciada por el desarrollo de la historia y los elementos sociológicos y antropológicos que determinaban a la civilización del momento; por ejemplo, en las sociedades hasta antes del siglo XX: “la condición de estar sano o enfermo era predominantemente atribuible a los designios divinos de corte netamente mágico-religioso” (Alcántara Moreno, 2008, p.96). Con el paso del tiempo y el avance de la ciencia su concepto fue evolucionando, sin embargo se lo llegó a concebir desde un punto de vista meramente médico y, desde ese enfoque el sistema de salud era únicamente asistencialista, pues se pensaba que salud era exclusivamente ausencia de enfermedad, ignorando el enfoque multidisciplinar desde el que debe analizársele, donde las intervenciones sanitarias “incluyen no sólo los servicios clínicos que se centran en su mayor parte en lo somático y lo psicológico, sino también en las intervenciones sociales tales como las de producción, distribución de la renta, consumo, vivienda, trabajo, ambiente, etc.” (Navarro en Alcántara Moreno, 2008, p. 101). Así la salud deja de ser un fenómeno enmarcado únicamente en el ámbito médico y se convierte en una realidad que involucra a todos los actores sociales y los diversos espacios en los que éstos se desenvuelven.

La Organización Mundial de la Salud define a la salud desde un punto de vista deontológico como: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (2006). Esta conceptualización es actualmente el punto de partida para abordar a la salud desde las diversas esferas, pero es importante notar que llega a ser bastante idealista, pues no es posible hablar de un completo estado de bienestar, toda vez que existen múltiples factores que influirán en el goce de la misma, quizá sea mejor hablar de un estado de bienestar adecuado o de bienestar funcional; notando también que esta definición proyecta una actuación estatal, los Estados, como máximos garantes del derecho a la salud, deben trazar los objetivos a cumplir, pues lograr ese estado de bienestar “es una meta que hay que tratar de alcanzar, más que un estado que se pueda alcanzar; sin embargo, es útil porque proporciona un marco para establecer objetivos de salud” (Rodríguez y Goldman en Alcántara Moreno, 2008, p. 103).

En conclusión, el concepto de Salud que aporta la Organización Mundial de la Salud

es idóneo, desde el punto de vista sistémico, ya que implica un estado de bienestar en el ser humano; sin embargo resulta idealista proponer que ésta sea un estado completo de bienestar. La existencia de múltiples factores genéticos, biológicos, sociales, culturales, ambientales influirán en el nivel de bienestar que pueda tener el sujeto; finalmente un logro importante que se generó con esta definición es que no se conceptualiza a la salud desde una visión exclusivamente médica, como ausencia de enfermedad; más bien se reconoce al ser humano como sujeto multidimensional. Podría entonces, definirse a la salud como, un estado funcional de bienestar físico, mental y social del ser humano, que le permite un desarrollo vital de manera integral como individuo y como ser social.

1.2. Salud individual, salud colectiva y salud pública

1.2.1. Salud individual

Luego de conceptualizar a la salud, es importante contextualizar los diversos enfoques que se le da como objeto de estudio, esto es entenderla desde la óptica individual, colectiva y pública. A la salud individual se la enfoca desde el abordaje de la OMS que ya ha sido descrito con anterioridad. Desde esta perspectiva se considera que es un estado funcional de bienestar que le corresponde al sujeto, por consiguiente, los estilos de vida que adopte van a ser determinantes en su ejercicio, por ello, varios autores indican que el pleno desarrollo de la salud individual depende de:

El estilo de vida, que corresponde al nivel individual, a las decisiones que cada quién toma como persona y sobre las cuales tiene una responsabilidad y conciencia directa, interviniendo en las mismas aspectos biológicos propios de cada individuo, además de hábitos o costumbres aprendidas mediante el proceso de socialización (Castellanos en Alcántara Moreno, 2008, p. 104).

Considerando esta posición la salud individual depende en gran medida de las decisiones individuales del sujeto, no obstante existen también aspectos biológicos, económicos y sociales que serán determinantes en el nivel de salud que tenga el individuo, por ello considerar que es responsabilidad exclusiva del mismo es errado. Se han generado también en torno al tema debates que analizan la autorresponsabilidad del sujeto para con su salud, y se ha llegado a plantear que el único responsable es el individuo, John Stuart Mill, escribió que “cada uno es el guardián natural de su salud, sea esta física, mental o espiritual”

(Mill en Puyol, 2014). En consecuencia a esta formulación, el individuo es el único garante de su estado de salud, de manera que éste debe responsabilizarse de cada decisión propia que ha influido y de ser el caso ha ocasionado peligro a la salud; si un individuo conoce sobre los riesgos que ciertos hábitos o estilos de vida conllevan es lógico que deba asumir sus consecuencias; razón por la que la atención sanitaria se restringiría para aquellas personas que por sus decisiones sufran un gravamen a la misma, obviamente esta concepción se forja desde un pensamiento extremadamente liberal que propone que la sanidad pública se reserve para el individuo responsable:

En una concepción liberal de la sanidad no se puede reclamar a los demás que contribuyan a sufragar los costes de la atención sanitaria que uno necesita. Si llevamos al extremo la defensa de la libertad individual en el ámbito de la salud, el enfermo que no dispone de recursos económicos suficientes o no ha contratado un seguro sanitario privado queda a merced únicamente de la caridad o la beneficencia de los demás. (Puyol, 2014, p.570)

Si el ser humano es el responsable de su salud, este debe costeársela, si un ciudadano es consiente y no lleva estilos de vida peligrosos, no existiría razón para que tenga que subsidiar mediante sus contribuciones a enfermos irresponsables, mismas que deberían destinarse únicamente para aquellos ciudadanos responsables que no pudieron evitar enfermarse por condiciones biológicas; si se utiliza el argumento de la autorresponsabilidad como condicionante de la salud individual, la lógica que se aplicaría para la atención en el sistema de sanidad pública sería excluyente, usando un criterio de atención totalmente subjetivo basado en la responsabilidad, que se verá afectado por los prejuicios y condicionantes que manejen las personas encargadas de aplicarlo; esto conllevaría a un sistema de salud discriminatorio, en el que los hospitales públicos atenderían únicamente a las personas que no han tenido responsabilidad en enfermarse, excluyendo a los individuos que de manera irresponsable descuidan su salud y enferman, debiendo éstos asumir sus costos, para no generar un gasto público por sus malas decisiones.

De esta manera se monopolizaría la atención sanitaria, empero se descuidaría una situación fundamental, la salud es un derecho y un bien en sí misma, entonces debe ser garantizada para todos los seres humanos independientemente de las decisiones que tomen. El autor Puyol considera que el valor de la salud no depende de circunstancias externas, o de los beneficios que podamos conseguir con ella, pues es buena por sí misma (2014). Es trascendental que el individuo como ser consciente y razonable sea responsable de su

acciones y decisiones, pero no se puede restringir su bienestar a su accionar, pues la salud es un bien en sí mismo y como tal debe ser garantizada independientemente del grado de responsabilidad que tenga el individuo para con ella.

1.2.2. Salud Colectiva.

El ser humano es un ser social, siendo indiscutible que las decisiones que toma impactan también en la vida de las personas que lo rodean; por lo tanto sería absurdo asumir que esta realidad no influye en el ámbito de la salud, como se describió en líneas anteriores, la salud dejó de ser considerada únicamente como la ausencia de enfermedad, y pasó a ser apreciada como un todo integral que abarca los diversas esferas del desarrollo de la persona; estas últimas décadas ha surgido un nuevo concepto que propone repensarla no solo desde el punto de vista individual sino más bien desde de la sociedad como conjunto, a esta idea se la concibe como Salud Colectiva:

La salud colectiva parte de reconocer que existe una relación dialéctica entre individuo y sociedad la cual marca el desarrollo humano de todos los sujetos, es decir, que no es posible pensar la existencia de un hombre fuera de un contexto geográfico, histórico y socio-cultural. (Velandia, 2005, p.94)

La concepción de la salud desde la esfera colectiva tuvo su inicio en la formulación del médico alemán Rudolf Virchow en el siglo XIX, la afirmación de Virchow fue que la medicina es una ciencia social, ampliando la idea de que la salud únicamente recaía en manos de los médicos, pues se comprende también como un fenómeno social y cultural, el comportamiento de la sociedad y de los diversos grupos que en ella se desarrollan, sus modos de vida como colectivo, sus prácticas, saberes, conocimientos y decisiones impactarán de manera directa el nivel de vida y el estado de salud de cada uno de sus individuos (García, 2010).

Para la autora Claudia Cortés García es por eso que las ciencias de la salud se acercaron a las ciencias sociales con el afán de buscar mejores condiciones de vida, así los determinantes socioculturales y las reacciones de la población frente a los procesos de salud-enfermedad, permitirán analizar y enfocar las acciones encaminadas a buscar el bienestar social desde dimensiones biológicas, ambientales, sociales y culturales (2010).

El planteamiento de la salud colectiva, que tomó fuerza a mediados del siglo pasado, busca entender la realidad del ser humano primero como un ser social, y partiendo de esta, su crítica mayor se forjó entorno al enfoque positivista de las ciencias médicas, en las que únicamente se consideraba a la salud como la antítesis de la enfermedad, ignorando el enfoque contextual que se debe analizar al estudiarla; la salud se entiende al comprender a la sociedad, analizarla únicamente desde un punto médico sería insuficiente e ignoraría que la multidisciplinariedad es la base para el desarrollo de las sociedades. Por consiguiente, repensarla como un fenómeno colectivo, nos permite comprender la importancia que tienen los determinantes sociales para el funcionamiento adecuado del sujeto y, a su vez, las realidades individuales para el funcionamiento correcto de la sociedad.

1.2.3. Salud Pública

La historia de la sanidad pública es de evolución, el descubrimiento de la agricultura permitió que los seres humanos puedan asentarse en comunidades pequeñas y empiecen a organizarse, a su vez, el mayor acceso a alimentos de modo continuo aumentó su esperanza de vida y su estado de salud, lo que coadyuvó a que las poblaciones empiecen a crecer y a organizar las ciudades; sin embargo, el crecimiento de ello trajo como consecuencia directa el aumento de enfermedades, sobretodo contagiosas (José & Borgaro, 1989).

El desarrollo de las ciudades estuvo plagado de una falta de higiene impensable en nuestros días; esto unido a las condiciones de pobreza que atravesaban las personas durante gran parte de la historia que comprende el medioevo, generó que la esperanza de vida decayera; conocido es que la peste bubónica llamada también peste negra acabó con más del 50% de la población europea de ese entonces, mal que inició a mediados del siglo XIV y se extendió hasta su último brote a inicios del siglo XVIII, durante este periodo de tiempo no existían sistemas de sanidad pública que permitieran contrarrestar los efectos letales que dejaba la muerte negra a su paso, reinaba en ese entonces la idea de que la divinidad era la única dadora de salud y enfermedad (Ibídem).

Es a inicios del siglo XVIII y con las ideas de la ilustración y el surgimiento de la revolución industrial que las sociedades tienen una visión menos divina de la enfermedad; por ejemplo el teólogo inglés Richard Price escribió: “de ninguna manera es propio considerar a nuestras enfermedades como la intención general de la naturaleza. Ellas son, sin duda, nuestra creación. En lugar de culpar al Creador de nuestras miserias, aprendamos

más a acusarnos y reprocharnos a nosotros mismos" (Price en José & Bórgaro, 1989, p. 7). Con el aumento de la producción en las sociedades se busca que las personas sean más fuertes, y con este objetivo el Estado empieza a asumir un rol protagónico en el cuidado y la defensa de sus ciudadanos:

En ese momento es cuando el Estado, para conservar las fuerzas productivas, toma mayor partido en el control del agua y la limpieza, agregando también algunos aspectos sobre el modo de vida, como el control de alimentos y de las enfermedades profesionales. (Ramos Domínguez, 2000)

En 1796, Edward Jenner crea una de las innovaciones médicas que permitieron mejorar drásticamente la calidad, condiciones y esperanza de vida de la humanidad, la vacuna contra la viruela, iniciando así una página en la historia de la sanidad pública; se considera que en el siglo XIX se generaron avances importantes para la medicina, aparecen nuevos equipos médicos, Pasteur en 1870 y Koch en 1882 realizan descubrimientos cardinales en bacteriología; además con la aparición de la medicina social se impulsa el desarrollo de la salud pública, iniciando valiosos programas de salud pública en Rusia y Alemania (Ibídem). A partir de allí, se inicia la creación de sistemas sanitarios en los diversos países del mundo; pero es importante anotar que cuando se habla de salud pública no se refiere exclusivamente a los sistemas sanitarios que se han desarrollado en cada país; si no a un conjunto de conocimientos y prácticas llevados a cabo por las diversas poblaciones del mundo que tienen como objetivo primordial salvaguardar el bienestar de sus miembros, podría definirse a la salud pública como:

La salud pública es la ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental, mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las enfermedades infecciosas y no infecciosas, así como las lesiones; educar al individuo en los principios de la higiene personal, organizar los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y para la rehabilitación, así como desarrollar la maquinaria social que le asegure a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud. (Osorio, 1998)

Para la Organización Mundial de la Salud, salud pública es:

La ciencia y el arte de impedir la enfermedad, prolongar la vida y fomentar la salud y eficiencia mediante el esfuerzo organizado de la comunidad para que el individuo

en particular y la comunidad en general se encuentren en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y longevidad. (Osorio, 1998)

Se puede notar que las definiciones de salud pública tienen en realidad una gran afinidad con las concepciones de salud colectiva que se han planteado en líneas anteriores, incluso hay autores que reflexionan que la salud colectiva es una nueva perspectiva de lo que llamamos salud pública, llamada, también salud pública alternativa, sobre todo porque se llegó a estimar que la salud pública en un momento dado dejó de cumplir con los objetivos con los que surgió, y se redujo únicamente a las políticas sanitarias aplicadas por el Estado, analizando que, las crisis de la salud pública se veían como una insolvencia para proteger y promover la salud en la sociedad, por ejemplo el caso de Ecuador, donde la salud pública se reducía a políticas ineficaces, insuficientes, desorganizadas de un Estado que descuidó sus obligaciones sociales (Granda, 2004).

Finalmente debemos anotar que, esta nueva mirada surge porque la salud pública convencional miró a la población como un objeto a ser intervenido desde la medicina exclusivamente.

Consecuentemente la Salud Pública no se reduce a los sistemas sanitarios organizados y reglados por los diversos Estados, si bien el Estado tiene la rectoría en salud pública; por ejemplo, en Ecuador el ente regente es el Estado a través del Ministerio de Salud Pública y, como tal, es el encargado de la regulación y control de las políticas sanitarias que rigen dentro del territorio; los sistemas sanitarios o sistemas de salud pública organizados por parte del Estado son parte indispensable de ella, pero no se reducen únicamente a estos, se consolida como un conjunto de prácticas colectivas de seres multidisciplinarios que tiene como fin salvaguardar el bienestar integral de cada miembro de la sociedad y de ésta en conjunto.

1.3. El reconocimiento de la Salud como un derecho

Los derechos humanos son exigencias que se derivan de la dignidad humana, son inherentes a ella y garantizan que, a prima facie, pertenecen a todos los individuos independientemente de cualquier característica que los distinga, raza, sexo, religión, orientación sexual, nacionalidad, por citar unos ejemplos; es por ello que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo primero determina: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (ONU, 1948), mientras que en su segundo

artículo detalla:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. (ONU, 1948)

El derecho a la salud es reconocido como un derecho de segunda generación; esto a partir de la creación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del cual el Estado ecuatoriano es suscriptor. Los llamados derechos de segunda generación, surgen sobretudo como una forma de reivindicación a raíz de las luchas sociales que prosperaron principalmente a partir del siglo XIX, estos derechos se reconocen y se positivizan por primera vez en las constituciones Mexicana de 1917 y de Weimar de 1919, que clamaban jornadas más justas de trabajo, derecho a remuneraciones y salarios dignos, mayor acceso a educación, mayor garantía de acceso a salud, vivienda; etc. Por eso la eficacia en el acceso a estos derechos requiere una mayor cobertura estatal, a diferencia de los derechos de primera generación por ejemplo; razón por la que a estos derechos se los considera como derechos de prestación, Robert Alexy manifiesta que existen los derechos de defensa, dentro de los que se incluirían a los derechos de primera generación; y por otra parte están los derechos de prestación en los que se incluyen a los denominados derechos segunda generación (Carmona, 2021).

Los derechos de defensa son aquellos que implican una acción negativa por parte del Estado; mientras que los derechos de segunda generación, categoría que comprende al derecho a la salud, se consideran como derechos de prestación, pues requieren una acción positiva por parte del Estado. Es importante señalar que existen críticas en torno a la clasificación de los derechos por generaciones, pues, si bien, desde un punto de vista conceptual, todos los derechos tienen igualdad jerárquica, algunos autores consideran que clasificarlos por generaciones conlleva la idea de que los derechos tienen distinto nivel, donde unos son más importantes que otros, atentando al principio de indivisibilidad de los derechos (Aguilar, 2009).

En torno a los derechos llamados de prestación se cuestiona la eficacia en la garantía de los mismos, pues su cumplimiento requiere de recursos económicos suficientes, debiendo ser garantizados por el Estado y por ello se han suscitado controversias por clasificarlos como

fundamentales; por ejemplo, para el autor Carmona:

Los derechos sociales de prestación (al menos, algunos de ellos) pueden considerarse derechos fundamentales si están reconocidos en las Constituciones (o si pueden deducirse de otras normas constitucionales que enuncien derechos o principios), y este reconocimiento constitucional es susceptible de protección jurisdiccional frente a los poderes públicos (incluido el legislador) y, en algunos casos frente a los particulares. (Ibídem)

Por ello se ha llegado a proponer que la justiciabilidad es una herramienta eficaz para garantizar el cumplimiento de este tipo de derechos; siendo esta justiciabilidad la posibilidad de exigibilidad del derecho, permitiendo reclamarlo por vía judicial. A pesar que resulta restrictivo mencionar que los derechos pertenecientes a la segunda categoría solo podrían efectivizarse mediante la justiciabilidad, esta es una herramienta idónea cuando su cumplimiento se ve reducido por falta de acción estatal, descuidando la función de garante que tiene el Estado; particularmente cuando la realidad fáctica del mismo expone que la posibilidad de garantizarlos se ve disminuida por la falta de recursos.

Tomando en cuenta el apartado anterior, que enuncia una de las clásicas distinciones que se ha hecho entre los derechos, como humanos y fundamentales, considerando que: “Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales” (Pérez en Aguilar, 2009, p. 24). Es decir, que los derechos fundamentales serían solo aquellos que han sido reconocidos por la Constitución de un Estado, por tanto, el derecho a la salud sería un derecho humano, que al estar reconocido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues se ha positivizado en la Constitución de la República, sería un derecho fundamental. Actualmente se ha criticado esta distinción, porque, si se toma en cuenta que en los órdenes internos de los Estados concurren una pluralidad de fuentes, donde operan tanto fuentes internas como internaciones, el individuo goza indistintamente de derechos que provienen del orden interno e internacional, siendo innecesaria la misma. Otro de los puntos que sustenta esta nueva visión es que por ejemplo, la jurisprudencia internacional especializada en derechos humanos, que se genera por las cortes y tribunales a lo que los Estados se adscriben voluntariamente, utilizan el término derechos fundamentales, para referirse en general a todos los derechos, independientemente si han sido positivizados o no por un orden jurídico interno, es decir, que este término se utiliza como sinónimo de derechos humanos (Aguilar, 2009).

Continuando con el desarrollo del capítulo, el derecho a la salud, ha sido reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25 consagra:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (ONU, 1948)

La Organización Mundial de la Salud constituida en el año de 1948 es actualmente el organismo internacional que se encarga de la gestión, promoción e intervención en políticas de salud a nivel mundial. Adicional a esto existen otras normativas internacionales que se han encargado de regularlo:

El Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales que entra en vigencia en el año de 1976, indica que todos los Estados miembros se comprometen a garantizar a las personas el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental (Asamblea General de la ONU, 1966).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 24 reconoce que todos los niños tienen derecho al más alto nivel posible de salud, al tratamiento de enfermedades y rehabilitación de la salud (UNICEF, 1989).

Se incluye también el Protocolo de San Salvador, es trascendental mencionar que en la Convención Americana de Derechos Humanos no se refiere directamente al derecho a la salud, únicamente indica que deben generarse acciones encaminadas a garantizar los denominados DESC, pero el Protocolo de San Salvador sí refiere sobre el derecho a la salud de manera específica en su artículo 10, en el primer inciso señala que toda persona tiene derecho a la salud, entendida el más alto nivel de bienestar físico, mental y social (Asamblea General de la OEA, 1988).

En el ámbito de la salud, uno de los instrumentos internacionales más importantes es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigencia a partir de 1976, pero es recién en el año 2000 en que se crea la Observación General No. 14, que desarrolló el derecho a la salud, descrito en el artículo 14 del mencionado pacto.

El aporte importante que genera esta Observación es que permite establecer el contenido mínimo esencial que tiene el derecho a la salud y los factores determinantes básicos del mismo.

En cuanto a su contenido mínimo esencial, que debe garantizarse en cualquier circunstancia, por cuanto es requerido para que este derecho tenga aplicación práctica, está: acceso a bienes y servicios de salud, medicamentos, asistencia médica, plan de salud pública de los Estados, educación en salud, es decir el acceso al disfrute de bienes y servicios que permitan alcanzar el mayor nivel de vida posible (Carmona, 2021).

Sumado a este aporte, la Observación General No. 14 incluye entre los factores necesarios para que el derecho a la salud sea efectivo: alimentación adecuada, nutrición, vivienda, acceso a agua potable, sanidad y saneamiento público, condiciones de trabajo dignas y seguras, ambiente sano, recalcando de esta manera la interdependencia que tiene el derecho a la salud con otros derechos, y a su vez la importancia que tiene el mismo para que otros derechos puedan efectivizarse; si una persona no goza de salud adecuada, el primer derecho que se altera es el derecho a la vida, pero a su vez se afecta su derecho al trabajo, educación, esparcimiento, por ejemplificar algunos; en definitiva el derecho a la salud es un bien en sí mismo y como ya se mencionó en líneas anteriores, su importancia no depende de la necesidad de esta para el ejercicio de otros derechos, pero tampoco es correcto desconocer que como bien en sí mismo es también un medio que permite el goce pleno del resto de derechos consagrados, por ello la importancia en su garantía y protección.

El derecho a la salud, desde el punto de vista de Franco Giraldo, tiene tres connotaciones: primero, un derecho fundamental, esto por su conexidad con el derecho a la vida, segundo, es asistencial, pues se basa en el acceso a servicios, este punto se relaciona de manera directa con la salud como un derecho prestacional, y tercero, como un derecho de índole colectivo por su relación con la salud pública (Franco & Álvarez, 2008).

Analizando la primera connotación del autor podría señalarse que, aunque esta es una postura adoptada por múltiples autores que consideran que como derecho fundamental únicamente se lo puede reconocer desde su interdependencia con el derecho a la vida, ya que de otra forma en lugar de un derecho llegaría a ser solo un servicio por la necesaria intervención del Estado para garantizarlo y de su subordinación a recursos estatales (Ibídem), considerarlo exclusivamente desde esta relación con el derecho a la vida sería desconocer que la salud es un bien en sí misma, es decir, la sola posibilidad de disfrutar de salud, entendida esta como un estado funcional de bienestar, basta para garantizarla como un derecho, caso contrario la salud sería vista meramente como un derecho instrumental, a pesar de que es necesario tener salud para el desarrollo integral y multidimensional de la vida individual y colectiva, es una afirmación insuficiente, porque el deterioro en la salud es un daño intrínseco por las molestias y afecciones a

nivel biológico que sufre el cuerpo; entonces la salud como derecho tiene relevancia per se, sin desconocer la conexión que tiene con otros derechos y su especial vinculación con el derecho a la vida. Es interesante analizar que el autor reconoce al derecho a la salud como fundamental por su conexidad con el derecho a la vida, pero no por la clásica distinción entre humano y fundamental.

Finalmente es relevante anotar que este derecho de ninguna manera implica el hecho de estar sano, pues existen múltiples factores que incidirán de manera directa sobre esta situación, sobretodo factores genéticos, ambientales y culturales; es por ello que debe entenderse desde la posibilidad de acceder a las condiciones necesarias que permitan un nivel funcional de bienestar físico y mental para llevar una vida digna, o para coadyuvar a tratar la ausencia de este nivel de bienestar funcional.

En conclusión, la salud es un derecho que proviene de la dignidad humana, ha sido reconocido por el derecho internacional, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, y un amplio número de pactos y tratados internacionales que han permitido desarrollarlo y garantizarlo, actualmente la distinción entre humano y fundamental pierde fuerza, por la convergencia entre el derecho interno e internacional, la amplitud del concepto de dignidad humana, el principio de cláusula abierta, por el desarrollo de la jurisprudencia internacional; este derecho se considera como un derecho de prestación, pues requiere una actuación positiva del Estado para garantizar las condiciones mínimas necesarias para que pueda efectivizarse. Se lo debe entender, no como el derecho a estar sano; si no como el derecho a acceder a las condiciones necesarias que permitan un nivel funcional de bienestar físico y mental para llevar una vida digna; o para coadyuvar a enfrentar la ausencia de este nivel de bienestar funcional; razón por la que para la garantía efectiva del mismo se requiere asegurar el ejercicio de otros derechos mediante una eficiente administración en salud pública y el desarrollo de políticas públicas adecuadas que permitan que toda la ciudadanía pueda acceder a los bienes necesarios para lograr cumplir con este nivel de bienestar.

1.4. El derecho a la salud en la normativa Ecuatoriana

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 32 de la Constitución, perteneciente a los denominados derechos del Sumak Kawsay o Buen Vivir, llamados así a partir de la promulgación de la Constitución Ecuatoriana del 2008. El derecho a la salud dentro del sistema jurídico ecuatoriano no gozaba de reconocimiento durante su historia republicana, el

autor Homero Izquierdo Muñoz, en una reseña de cómo fue la evolución de este derecho dentro del constitucionalismo ecuatoriano, indica que, desde la Constitución de 1830, hasta la Constitución de 1929 no se hacía referencia alguna a este derecho, la primera mención del mismo se realiza en la Constitución de 1929, que fue un hito importante en el alcance de derechos sociales, sobre todo aquellos derechos relacionados a los trabajadores, en el artículo 151 numeral 2 se describe por primera vez aspectos de asistencia, salubridad e higiene, sobre todo para los campesinos, obreros y trabajadores, asumiendo el Estado la responsabilidad de su regulación. La Constitución de 1945 es la primera que aborda el derecho a la salud de manera formal, determinando que dentro de los servicios ineludibles del Estado se encuentra la sanidad pública como garantía del derecho a la salud que tienen todos los habitantes del país, en la Constitución de 1978 no existe una referencia expresa al derecho a la salud; sin embargo en su artículo 19 numeral 14 se indica que el Estado debe garantizar el derecho a un nivel de vida que asegure la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios, incluyendo al derecho a la salud como parte de los derechos de la persona (Izquierdo,1989). La anterior Constitución de 1998, si reconocía el derecho a la salud y es la primera que dedica una sección a su regulación, en su artículo 42 invocaba:

El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia. (Asamblea Constituyente, 1998)

Además instituía una política de gratuidad en los programas y acciones de salud pública, de esta manera era responsabilidad del Estado la garantía al mismo.

Por último en la Constitución vigente, se reconoce a este derecho en el artículo 32, que reza:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin

exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Asamblea Constituyente, 2008)

Analizando el derecho a la salud en el marco constitucional ecuatoriano, tenemos que: es un derecho que debe ser garantizado por el Estado, el artículo 3 del cuerpo normativo que señala las obligaciones primordiales del Estado, coloca entre ellas garantizar y respetar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos reconocidos en ella y en instrumentos internacionales, haciendo especial relevancia a los derechos de salud, educación, seguridad social, alimentación y agua; entre los principios de aplicación de los derechos regulados en el artículo 11 de la Constitución, están: el principio de no restricción del contenido de los derechos, el principio de progresividad, el principio de cláusula abierta; en virtud del cual, además de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se reconocen todos los derechos derivados de la dignidad humana y los que provengan de los pueblos y nacionalidades, junto al principio de directa e inmediata aplicación de los derechos, y el reconocimiento al Estado como Estado de derechos, se fortalece la visión actual de que no existe una distinción elemental entre derechos humanos y fundamentales, pues como se entiende, al menos para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, estos tienen la misma garantía de protección; entre otros principios.

Se señala en el mismo artículo que el deber primordial del Estado es respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución; esto indica que, es suprema la importancia que se da en el texto constitucional a los derechos, por lo que incluso se reconoce al Ecuador como un Estado de derechos: “decir que el Estado ecuatoriano es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley” (Ávila Santamaría, 2012, p.6). Entonces, el mayor garante del derecho a la salud es el Estado ecuatoriano; cumple su función mediante prácticas y políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales, que se regulan en la parte orgánica de la Constitución.

Indica también el artículo aludido que el ejercicio del derecho a la salud se vincula con otros derechos, reconociendo el principio de interdependencia, regulado como uno sus principios de aplicación en el numeral 6 del artículo 11. Esta interrelación entre derechos garantiza el Sumak Kawsay o Buen Vivir, que es una cosmovisión que proviene de las

culturas indígenas, basada en la idea de la sociedad y la naturaleza como un todo, se lo ha definido como un estilo de vida armónico con los semejantes y con la naturaleza (Figueroa & Cujilema, 2018). Esta visión ha sido plasmada en todo el marco Constitucional, buscando proyectar a nivel normativo prácticas que permitan alcanzar este enfoque de vida dentro del Estado ecuatoriano.

En último lugar menciona que los principios que regirán este derecho son: equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional, demostrando así que la salud en Ecuador busca realizarse desde una visión de integralidad asociada a la vida como un todo armonioso.

Desde la perspectiva de algunos doctrinarios como Ramiro Ávila Santamaría, existen dos paradigmas que giran en torno al derecho a la salud, la salud como una mercancía y la salud integral desde la interculturalidad; es importante hacer mención a esta situación, pues se deduce que la Constitución del 2008 regula a la salud desde la segunda perspectiva.

La salud como mercancía es a consideración del autor, el sistema dominante en occidente, donde la finalidad del sistema de salud será la búsqueda de lucro y ganancia, consecuentemente la salud es un asunto meramente individual y alejado por completo de otras ciencias y de otros seres humanos (Ávila Santamaría, 2012).

La salud integral desde la interculturalidad involucra un modelo de sociedad que es copartícipe y horizontal, que busca una vida plena y armónica, tomando a la medicina como ciencia, los profesionales médicos y las medicinas serán exclusivamente canales que coadyuvan a alcanzar esta abundancia de vida. En este modelo el actor esencial de la salud es el ser humano que vive en colectividad (Ibídem).

Es por ello que en la Constitución del Ecuador se busca implantar este paradigma de salud desde la integralidad e interculturalidad, donde el centro del ejercicio de la misma es el ser humano entendido como un todo en armonía con la colectividad y con la naturaleza que lo rodea.

El derecho a la salud en su parte orgánica se encuentra regulado en nueve artículos, desde el 358 hasta el 366 de la Constitución; en los cuales se desarrolla sobretodo la manera en la que regirá el sistema de salud en Ecuador, a continuación se destacan de manera sucinta los principales puntos de este apartado:

1. El Sistema Nacional de Salud tiene por finalidad el desarrollo y recuperación de capacidades y potencialidades para el desarrollo de una vida saludable e integral tanto en las esferas individual como colectiva, este sistema de salud debe regirse

por los principios de inclusión y equidad social, que está desarrollado en el artículo 340 de la Constitución, donde se lo describe como un conjunto articulado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos constitucionales; regulan también este sistema la bioética, la enciclopedia de bioética, editada por Warren Reich la conceptualiza como: “Un estudio de manera sistemática de la conducta de las personas a la luz de principios morales y valores, dentro del ámbito de la atención en salud y las ciencias de la vida (Sánchez, 2014); suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.

2. Este sistema es multidimensional, pues abarca todas las esferas que se engloban dentro de la salud y las instituciones encargadas de las mismas, y tiene entre sus objetivos: promoción, prevención, recuperación y rehabilitación, propiciando la participación ciudadana y control social.

3. La atención en salud debe articular los diferentes niveles de atención, centrándose en la atención primaria; los niveles de atención en salud, en base al acuerdo ministerial No. 00005212, que expide las tipologías sustitutivas para homologar los establecimientos de salud por niveles de atención y servicios de apoyo del Sistema Nacional de Salud, clasifica en cuatro niveles de atención en salud y servicios de apoyo transversales: el artículo 5 determina que el primer nivel de atención es el más cercano a la población, prestando servicios de atención, promoción y recuperación de salud, prevención de enfermedades, rehabilitación y cuidados paliativos, los establecimientos que pertenecen a este nivel, son: puestos de salud, consultorio general, centro de salud A, B y C.

El segundo nivel de atención se conforma de aquellos establecimientos que prestan atención ambulatoria especializada y aquellos que requieren hospitalización, estos se los clasifica en dos; desde la atención ambulatoria están: consultorio de especialidades clínico-quirúrgico, centro de especialidades, centro clínico-quirúrgico ambulatorio (hospital del día); desde la atención hospitalaria están: hospital básico y hospital general.

El tercer nivel de atención es aquel que comprende a establecimientos que prestan servicios ambulatorios y hospitalarios especializados y de especialización, que resuelven problemas de salud de alta complejidad, se encuentran igualmente clasificados en dos, los que prestan servicios ambulatorios, que son los centros especializados; y los que prestan servicios de hospitalización, que son los hospitales especializados y los hospitales de especialidades.

El cuarto nivel, se conforma por aquellos establecimientos que prestan servicios especializados, su finalidad es concentrar la experimentación clínica en salud que no tiene suficiente evidencia para aplicar en la población, es de mínima cobertura y máxima complejidad, está integrado por los centros de especialización clínica de alta especialidad.

Finalmente se encuentran los servicios de apoyo, que son aquellos que se están dentro y fuera de los establecimientos de salud detallados y realizan acciones de apoyo tanto de diagnóstico y terapéutico, estos son: servicios de Radiología e Imagen, Laboratorios de Análisis Clínico, Laboratorios de Anatomía Patológica, Laboratorios Fisiológico Dinámico, Servicios de Sangre, Bancos de Tejidos y/o Células, Centros de Diagnóstico Integral, Centros de Rehabilitación Integral, Consultorio de Apoyo de Nutrición y Dietética (MSP. 2015).

Se conforma una Red Pública Integral de Salud por todo el conjunto articulado de establecimientos estatales, seguridad social y proveedores de salud del Estado.

4. El Estado ejerce la rectoría del sistema de salud mediante la autoridad sanitaria nacional que es la responsable de la formulación de la política nacional de salud pública que regulará todas las actividades relacionadas a la salud pública y las entidades encargadas de la misma.

5. La atención de la salud como un servicio público se brindará a través de entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejercen medicina ancestral alternativa y complementaria. Todos los servicios estatales de salud pública serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención.

6. Las responsabilidades del Estado en salud son:

6.1. Formular políticas públicas de prevención, promoción, curación, rehabilitación y atención integral.

6.2. Universalizar la atención en salud, mejorando su calidad y cobertura.

6.3. Fortalecer los servicios estatales de salud incorporándole talento humano y la infraestructura necesaria para lograrlo.

6.4. Garantizar prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción de las mismas.

6.5. Brindar cuidados especializados a los grupos de atención prioritaria.

6.6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, y garantizar la salud integral de las mujeres durante el embarazo, parto y post parto.

6.7. Garantizar la disponibilidad y el acceso a medicamentos de calidad

seguros y eficaces.

6.8. Promover el desarrollo integral del personal de salud. ´

7. Se reconoce a las adicciones como un problema de salud pública.

8. Se prohíbe negar la atención médica en situaciones de emergencia por cualquier establecimiento, sea este público o privado.

9. El financiamiento público en salud deberá ser oportuno, regular y suficiente, debe provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado, el Estado debe financiar a las entidades estatales de salud, y puede aportar financieramente a las entidades autónomas y privadas que no tengan fines de lucro, garanticen gratuidad en sus prestaciones, cumplan con políticas públicas, aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos (2008).

Se escribe que las reformas que implementa la Constitución del 2008 buscaban:

Por un lado, en organizar un Sistema Nacional de Salud que supere la fragmentación anterior, a los fines de constituir la Red Pública Integral de Salud; políticas encaminadas a fortalecer la atención primaria de salud, articulando la acción sobre los determinantes de la salud; y, consolidar las transformaciones, por medio del incremento del financiamiento. (Alarcón & Suárez, 2020, p.4)

La rectoría del Sistema de Salud Pública ecuatoriana la lleva el Ministerio de Salud Pública, que conforme se regula en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Salud:

La autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública, entidad a la que corresponde el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley; y, las normas que dicte para su plena vigencia serán obligatorias. (Congreso Nacional, 2006)

En cuanto al aparataje normativo que se despliega para garantizar el cumplimiento del derecho a la salud tenemos un cuerpo normativo basto, pero que no se ha desarrollado al nivel que requiere la Constitución para que el derecho a la salud se efectivice en la medida que lo garantiza; como la principal norma está, la Ley Orgánica de la Salud, que entró en vigencia en el año 2006 y tuvo su última modificación en el año 2015, es el cuerpo normativo que se encarga de regular de manera exclusiva el ejercicio del derecho a la salud en Ecuador, en el artículo 3 de esta norma se define a la salud como un completo estado de bienestar físico, mental y social, implantado en esta norma el concepto que ha sido creado por la OMS

y que ya fue analizado con antelación, además menciona que este derecho es inalienable, irrenunciable, intransigible, indivisible y que debe ser garantizado por el Estado.

Se encuentra también entre otros cuerpos normativos: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de Salud promulgada en el año 2011 que principalmente trata de regular el tratamiento de enfermedades raras o huérfanas y catastróficas, Ley Orgánica de Discapacidades promulgada en el año 2012, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células promulgada en el año 2011, Ley de Derecho y Amparo al Paciente publicada en el año de 1995, Ley de Medicamentos Genéricos de Uso Humano publicada en el año 2005, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, entre otras; además existen los reglamentos que se expiden en base a estas leyes; y los acuerdos ministeriales que emite el ente rector en Salud Pública.

Se buscaba la implementación de un Código Orgánico a la Salud que iba a ser el encargado de condensar la regulación normativa mencionada, para generar un cuerpo normativo que regule la salud en el territorio ecuatoriano de manera consensuada y sobretodo que esté acorde a las garantías constitucionales plasmadas en la Constitución del año 2008 y a la realidad social, este proyecto de ley fue presentado en el año 2016, aprobado por la Asamblea Nacional, pero fue vetado de forma total por el ejecutivo, no pudiendo ser debatido nuevamente durante un año por parte de la Asamblea Nacional. El veto al Código Orgánico de la Salud supone una traba en el avance real de este derecho, pues es menester regularlo desde una óptica actual que sea afín a las necesidades de la población y que permita garantizar materialmente el acceso al derecho a salud en Ecuador. Es importante recalcar que en Ecuador la mayoría de las normas que regulan la salud se promulgaron con antelación a la Constitución del 2008, por lo que su contenido no considera las normas constitucionales garantizadas en esta materia, es urgente y necesaria la reforma normativa en Ecuador con la implementación del Código Orgánico de la Salud que reduzca el abundante aparataje normativo, que en la mayoría de los casos se torna ineficiente y no es aplicable a la realidad del país.

Se considera finalmente que el Ecuador durante estos últimos años generó reformas importantes tendientes a universalizar la atención en la salud, no obstante esto no es un logro real para toda la población. La eficacia del Sistema de Salud debe medirse mediante la aplicación de políticas públicas y programas de salud, además del monitoreo constante del sistema que pueda implementarse desde las entidades estatales y centro educativos y de investigación, pues la diversificación y levantamiento de información permitirán tomar

mejores decisiones en beneficio del sistema de salud (Leónidas & Suárez, 2020). De esta manera el Estado tendrá herramientas que le permitan constatar los avances en salud dentro del territorio y tomar mejores decisiones, para por fin lograr materializar este derecho fundamental y esencial para el desarrollo de los ciudadanos y de la colectividad.

1.5. El derecho a la salud de la óptica de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, conforme dispone el artículo 429 de la Constitución, es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, el numeral primero del artículo 436 señala que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado, a través de sus dictámenes y sentencias que serán de carácter vinculante; es importante por ello recalcar que el contenido de los derechos no se agota en la norma constitucional, pues la misma reconoce que serán también de carácter vinculantes aquellos derechos que se regulen en Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los que provengan de la dignidad humana, siendo esta situación una consecuencia directa de que nuestro país es un Estado constitucional de derechos:

Si bien la Constitución es suprema como resultado primigenio de la voluntad ciudadana, dicha supremacía no puede violentar o transgredir el contenido esencial de los derechos fundamentales de su propio titular, reconociendo su dignidad como un elemento superior y anterior al Estado. (Caicedo, 2009, p.6)

La materialidad de los derechos en ocasiones debe garantizarse mediante la justiciabilidad de los mismos en casos concretos; por ello resulta interesante analizar el desarrollo que la Corte Constitucional ha dado a este derecho mediante sus sentencias, sabiendo que las mismas tienen carácter vinculante dentro del ordenamiento jurídico del país.

En la sentencia 364-16-SEP-CC, la Corte realiza una conceptualización del derecho a la salud, indicando que el mismo es de contenido complejo, pues implica una obligación estatal de actuar de modo preventivo mediante sus servicios y prestaciones que coadyuven a desarrollar las capacidades físicas y mentales necesarias; brindar atención y tratamiento médico de las enfermedades y proveer de medicamentos, por ello no es solo la ausencia de una enfermedad (Corte Constitucional, 2016). Entendiendo de esta forma al derecho a la

salud como un derecho complejo que debe abordarse desde la curación, pero también desde la prevención, determinando al Estado como su garante primigenio y principal, señala en este sentido la Corte:

De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. Por tanto, resulta necesario que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud (Ibídem, p.28)

En la sentencia No. 328-19- EP/20, la Corte lo conceptualiza también desde la interdependencia; “la salud es un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (Corte Constitucional, 2020), recalcando así su importancia para el desarrollo integral del individuo, tema que ya fue analizado en párrafos anteriores. Por otra parte en la sentencia No. 016-16-SEP-CC, tomando como referencia a la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la Corte desarrolla los cuatro elementos esenciales e interrelacionados que permiten su garantía: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; desarrollados de forma individual:

1. Disponibilidad: se entiende que el Estado debe contar con un número suficiente de bienes, servicios, centros, establecimientos públicos y programas de salud; estos incluyen también programas básicos de salud como agua potable limpia, condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas, todos aquellos establecimientos que se relacionan con la prestación del derecho a la salud; y además contar con suficiente personal médico capacitado.

2. Accesibilidad: posee cuatro dimensiones;

2.1. No discriminación en todos los bienes, servicios y establecimientos de salud, que deben ser accesibles a todos los sectores vulnerables de la población.

2.2. Accesibilidad física, que implica que todos los bienes, servicios y establecimientos de salud deben estar al alcance geográfico de toda la población en especial de poblaciones vulnerables y pertenecientes a minorías étnicas.

2.3. Accesibilidad económica, todos los bienes y servicios del Estado deben estar al alcance de todos los individuos del mismo, y todos los pagos que se hagan por concepto de salud deben basarse en un principio de equidad, asegurando que los servicios de salud principalmente los privados se encuentren al alcance de

todos los individuos,

2.4. Acceso a la información sobre salud, que se vincula de manera directa con el derecho a la educación en temas relacionados a esta.

3. Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y apropiados culturalmente, esto se refiere al respeto que se debe dar a la cultura de las minorías, pueblos y nacionalidades, además que deberán ser sensibles con los requisitos de género y ciclos de vida, respetar la confidencialidad; buscar siempre mejorar el estado de salud de las personas a las que trate.

4. Calidad: todos los establecimientos, así como los bienes y servicios de salud deberán contar con tecnología adecuada y de buena calidad, con personal médico capacitado, medicamentos y equipos hospitalarios comprobados científicamente, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas (Corte Constitucional, 2016).

En la sentencia No. 904-12-JP/19, la Corte señala que el derecho a la salud impone tres obligaciones generales, que son las de respetar, proteger y cumplir; respetar refiere a que el Estado debe evitar interferir directa o indirectamente en el goce de este derecho a sus ciudadanos; proteger establece que el Estado debe la asegurar la aplicación de garantías para precautelar la salud sin que terceros se lo impidan y; cumplir, obliga a los Estados a generar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, etc., que materialicen el derecho a la salud (Corte Constitucional, 2019).

Por último, en la sentencia No. 679-18 JP/20, la Corte manifiesta inicialmente que la concepción del derecho a la salud entendida solo desde la medicalización y atención en servicios hospitalarios es una visión restringida y fragmentada del mismo; las personas están conectadas y determinadas por sus entornos, que condicionan y afectan la vida plena y saludable; es por ello que el Estado tiene la obligación de formular de manera democratizadora políticas públicas que garanticen este derecho, buscando destinar los recursos financieros y humanos, y orientar el accionar estatal hacia la prevención de la enfermedad, además que las políticas públicas en salud no pueden formularse de manera aislada y dependen de otras políticas ambientales, de recursos naturales no renovables, financieras, educativas, entre otras; las mismas deben enfocarse desde el derecho al disfrute del nivel de vida más alto; luego que si la política en salud se ocupa solo de la atención hospitalaria y el tratamiento de la enfermedad, se desconocería la esencialidad de la

prevención y promoción en salud, y ello implicaría que el derecho no se garantice completamente (Corte Constitucional, 2020).

En resumen, este es un derecho complejo, interconectado, interdependiente y de responsabilidad estatal, que no se resume al tratamiento de enfermedades, si no que supera este esquema y se vincula con las diversas esferas del desarrollo humano y social.

1.6. El derecho a la salud desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante su tratamiento jurisprudencial ha desarrollado el derecho a la salud de manera progresiva, si bien este derecho no se encuentra reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos de manera individual, existe un reconocimiento genérico a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 26 de la prenombrada convención, de ahí que los derechos que pertenecen a los denominados Derechos Económicos Sociales y Culturales son objeto de protección por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, además el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos cuenta también con el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada también como Protocolo de San Salvador, que regula de manera expresa el derecho a la salud en su artículo 10, como el derecho al nivel más alto de bienestar físico, mental y social, y obliga a los Estados a reconocer a este derecho como un bien público y a adoptar medidas para garantizarlo (Asamblea General de la OEA, 1988); por ende este derecho es justificable ante el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El derecho a la salud desde el punto de vista de la Corte se ha desarrollado como un derecho prestacional, es decir es programático ya que requiere de gestión estatal para el ejercicio del mismo; la Corte bajo el principio de integralidad ha utilizado varios instrumentos internacionales con el afán de darle mayor alcance y protección (Nogueira en Sanabria Moyano et al., 2019); para algunos autores el derecho a la salud es justiciable ante la Corte desde dos corrientes o principios; por el principio de interdependencia y por el principio de interrelación, para la primera corriente autores como Pinto consideran que sería irrazonable que los DESC carezcan de obligatoriedad, pues iría en contra de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, también en este sentido el autor

Robles, ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que todos los derechos se encuentran relacionados, lo que implica que no existan corrientes para el reconocimiento y protección de los mismos; sobre el segundo principio el autor Ledesma opina, que el reconocimiento que realiza el artículo 26 de la Convención prohíbe la exclusión y limitación de cualquier efecto que pueda producir la misma; por consiguiente la Corte trata el derecho a la salud desde la interrelación con otros derechos; debido a eso el derecho a la salud sería justiciable indirectamente por medio del derecho a la vida y a la integridad personal, no obstante la Corte en sus sentencias lo analiza de manera autónoma (Sanabria Moyano et al., 2019).

Como derecho autónomo la Corte considera en primer lugar que, este se protege con el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además del reconocimiento que le han otorgado varias Constituciones de sus Estados miembros, caso de Ecuador, además de ser un derecho consagrado en el corpus iuris internacional, reconocido por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 100 de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y demás cuerpos normativos internacionales; por ello la Corte razona que este es un derecho humano fundamental y a su vez es indispensable para la realización de otros derechos, en este sentido resuelve que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, y este se efectiviza por la obligación estatal de asegurar el acceso universal a los servicios especializados de salud, una prestación médica de calidad y eficaz e impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población (CIDH, 2020). Esta visión de la Corte evidencia la postura de que no existe distinción entre el derecho humano y fundamental, demostrándolo mediante el desarrollo de su jurisprudencia.

En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Sentencia del 8 de marzo de 2018, la Corte concluye que las obligaciones que tienen los Estados para con este derecho son:

1. Regulación, en el sentido de que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios en salud, sean estos públicos o privados,
2. En segundo lugar, en base a la Observación General No. 14 del Comité DESC, se refiere a los elementos esenciales e interrelacionados que deben satisfacerse en materia de salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y

calidad; mismos que ya fueron analizados también por la Corte Constitucional del Ecuador y mencionados en líneas anteriores (CIDH, 2020).

Se desprende que para la Corte Interamericana el derecho a la salud es un derecho que debe garantizarse y puede ser justiciable por el reconocimiento que se ha hecho del mismo, sea de manera directa o indirecta, siendo los responsables primigenios de su garantía los Estados; el Estado es el garante principal del derecho a la salud, ya que es prestacional, en consecuencia todas aquellas vulneraciones que provengan de una deficiencia en la prestación de este sea en la esfera pública o privada serán imputables al Estado; en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, la Corte consideró que el Estado tiene el deber de regular y fiscalizar todas las asistencias que se den para garantizar el derecho a la salud a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente de si la entidad que brinda la atención corresponde al sector público o privado, la falta del deber de regular y fiscalizar por parte del Estado genera responsabilidad internacional, pues la salud es un bien público (Ibídem).

Consideración que se vuelve a realizar en el caso *Atavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia del 28 noviembre del 2011, en el que se determinó que por parte del Estado es necesario regular y fiscalizar los servicios de salud, para lograr la efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal (CIDH, 2020); en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, la Corte discurre sobre este tema:

La responsabilidad que se dé por parte del Estado puede surgir por la afectación indebida por acción u omisión de cualquier servidor público u órgano del Estado o de una institución pública, como también puede surgir de actos realizados por particulares causados a partir de la omisión del Estado de prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los bienes jurídicos tutelados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Sanabria Moyano et al., 2019, p.6)

En suma, la protección del Estado al derecho a la salud es un deber fundamental para garantizar el goce efectivo del mismo, el Estado debe fiscalizar a las entidades que presten servicios de salud, ya sea desde el ámbito público o privado; de esta manera se busca asegurar que la calidad en los mismos sea una garantía de protección a la salud.

Para la Corte el derecho a la salud debe garantizarse de manera universal, sin restricciones de ningún tipo, esto con independencia de la situación en la que se encuentre el sujeto, dispone así en la sentencia dictada en el Caso *Vera Vera y otros vs. Ecuador*,

sentencia del 19 de mayo de 2011, donde manifiesta que el Estado es responsable de brindar atención médica a todas aquellas personas que se encuentren bajo sujeción del mismo y será responsable de todas aquellas afectaciones a la salud que se generen por una inoportuna atención (Sanabria Moyano et al., 2019); en el caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, sentencia del 24 de octubre de 2012, la Corte determinó que la atención en salud debe ser accesible para todas las personas, especialmente para aquellas personas que atraviesan condiciones de vulnerabilidad, sin ningún tipo de discriminación (CIDH, 2020).

La salud es por lo tanto un derecho universal, interdependiente, que debe ser garantizado sin ningún tipo de discriminación por el Estado, responsable sea por acción u omisión ante una deficiente prestación del mismo, y su objetivo es permitir el mayor nivel de bienestar en el ser humano que coadyuve a llevar una vida plena.

1.7. El derecho a la salud bajo el estándar de interés público

Cuando la sociedad se enfrenta a una crisis general, esta crisis transforma la realidad de ese momento y las acciones se centran en mitigar los efectos de la misma, pues las afecciones que genere se convertirán en una situación de interés general y el Estado como garante del bienestar de sus ciudadanos convertirá a esa crisis en una situación de interés público que le obligará a tomar medidas para enfrentarla.

Por ello cuando el mundo enfrenta una crisis de salud causada por una epidemia o una pandemia, esa crisis se convierte en un asunto de interés público.

El concepto de interés público es uno de los conceptos de difícil determinación en materia jurídica, y lo es aún más determinar que situaciones llegarían a considerarse de interés público; como punto de partida es necesario al menos esbozar qué es el interés público, para el autor Nicolás López Calera, el interés como tal, se relaciona al deseo fuerte de algo que se considera como valioso y necesario, y el mismo se constituye desde la subjetividad, siendo entonces necesario soportar una prueba de objetividad para que este interés alcance un liderazgo moral y político de amplia respetabilidad, considerando que un interés es objetivo cuando existen muchos intereses subjetivos sobre esa misma situación (2010). Las sociedades se han formado gracias a la objetivación de intereses particulares de la mayoría de sus ciudadanos, intereses que con el desarrollo social se fueron normando y

transformando en normas jurídicas de convivencia, derechos y obligaciones que buscaban beneficiar al colectivo, Rousseau, en su conocida obra Contrato Social, escribió:

Si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, el acuerdo de estos mismos intereses es lo que lo ha hecho posible. Esto es lo que hay de común en estos diferentes intereses que forman el vínculo social; y si no existiese un punto en el cual se armonizasen todos ellos, no hubiese podido existir ninguna sociedad. Ahora bien; sólo sobre este interés común debe ser gobernada la sociedad. (Rousseau, 2007, p.53)

El concepto de interés público es importante porque permite instaurar dentro de la esfera jurídica que circunstancias deben ser atendidas de manera suprema por parte del Estado, prevaleciendo sobre un interés individual, con el afán de resguardar un bien general; pues se cree que lo que es público proviene semánticamente de aquello que le pertenece a un pueblo (Pulgarín-Arias & García Bustamante, 2019). Algunos autores consideran que cuando existen intereses comunes de múltiples sujetos, estos intereses son colectivos y para que los mismos sean públicos requieren intervención estatal: “Para que el interés colectivo pase a ser interés público –sostienen– es necesario que el Estado coloque determinados intereses colectivos entre sus fines propios” (Correa, 2006, p.4).

La salud, cuando existe una crisis que representa una afectación general a la población se convierte en un asunto de interés público, es un asunto que subyace no solo a un sujeto, si no a un colectivo; hay que recalcar que la salud requiere una prestación y desde esta óptica será siempre un asunto de interés estatal; sin embargo, cuando la sociedad se enfrenta a un problema de salud que rebasa el ámbito individual y representa un riesgo general ese asunto en particular alcanza una dimensión de interés social y se vuelve un asunto de interés público, toda amenaza al desarrollo habitual e idóneo del conglomerado social requiere de tratamiento estatal para garantizar el derecho a la misma en la mayor medida posible y mitigar sus efectos, caso de las epidemias y pandemias. Las epidemias y pandemias, definidas como: epidemia es un número de casos de una enfermedad que rebasa lo que se espera en un espacio geográfico determinado y durante un periodo de tiempo; cuando la epidemia traspasa el límite nacional y afecta a un extenso porcentaje de población, se convierte en pandemia (Peláez & Más Bermejo, 2020).

Entonces en los contextos señalados el derecho a la salud se vuelve un asunto de interés público, y esto se evidencia en lo prescrito por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Observando que las pandemias tienen el potencial de afectar gravemente el derecho a la salud directa e indirectamente, por el riesgo sanitario inherente en la transmisión y adquisición de la infección, la exposición sobre el personal de salud y la alta incidencia en la organización social y los sistemas de salud, saturando la asistencia sanitaria general. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p.6)

Destacando la importancia que adquiere el derecho a la salud ante estas crisis: “garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales” (Ibídem), por consiguiente la salud frente a situaciones de incidencia regional y global adquiere una connotación de protección prioritaria, pues su afectación limita el desarrollo normal de las sociedades por las medidas que se deben aplicar para salvaguardarlo, además de la incidencia que tiene en la calidad de vida de las personas, la necesidad de inversión es superior por parte del Estado, situación que se ha vivido de cerca a causa de la pandemia por Covid-19, que será tratada de manera específica posteriormente.

Finalmente, el derecho a la salud en épocas de epidemias y pandemias se debe analizar bajo el estándar de interés público, repasando los siguientes puntos:

1. El bien común es la finalidad de la actividad estatal, este es entonces el contenido esencial del interés público (Correa, 2006). La salud de la mayoría de la población es un bien común en el contexto de una pandemia, pues su importancia resulta suprema ante la posibilidad de perderla de manera masiva.

2. El interés público debe permitir el desarrollo de la dignidad humana (Ibídem), para que la dignidad humana sea posible el ser humano requiere de un desarrollo integral como sujeto y, sabiendo que los derechos son interdependientes, si el derecho a la salud se ve menoscabado, lo hace de igual manera el derecho a la vida, y luego se ven afectados otros derechos como el derecho al trabajo, educación, ocio, etc., por ello en el contexto de una pandemia el derecho a la salud es supremo.

3. Debe permitir fortalecer principios democráticos y la convivencia pluralista (Ibídem); la democratización de la salud durante una amenaza global es la manera idónea de coadyuvar a una sociedad armónica, equilibrada, justa y

participativa, pues sin ciudadanos sanos ningún país podrá desarrollarse de manera adecuada.

4. Comprende el interés público los procesos de decisión de las entidades públicas, administrativas, jurisdiccionales y fiscalizadoras (Ibídem); se demuestra este punto con todas las acciones estatales encaminadas a contrarrestar la pandemia, nacional e internacionalmente, los recursos destinados a mitigar sus efectos y el desarrollo jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales.

5. El interés público se convierte en una norma para evaluar derechos y deberes constitucionales y legales, pues los valores que se han materializado en las cartas fundamentales son el resultado de la interpretación de ese concepto (Ibídem); es el caso del derecho a la salud y su tratamiento durante pandemias y epidemias como derecho vital.

6. El interés público dependerá de los valores de la sociedad en un momento determinado (Ibídem). Actualmente el asunto de interés público no solo a nivel nacional, más bien a nivel global, es la pandemia causada por el Covid 19.

CAPÍTULO 2

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE MOVILIDAD

2.1. El concepto de movilidad

El ser humano desde su desarrollo como especie ha sido un ser en movimiento, esta es una característica innata a su propia naturaleza y que le ha permitido en un primer momento sobrevivir, luego organizarse y evolucionar; moverse le facilita obtener los medios necesarios para su desenvolvimiento, trabajar, educarse, conseguir alimentos, realizar actividades de ocio y esparcimiento, socializar, y muchas acciones vitales más; por ello es importante analizar esta condición humana que se constituye en una situación sine qua non para la vida misma. Se puede considerar que la movilidad es una posibilidad y una efectividad, posibilidad porque el sujeto puede realizar un desplazamiento ubicativo dentro de un territorio o entre territorios, y efectividad es el hecho de que realmente pueda realizar ese desplazamiento, sin impedimentos (Peña & Ausín, 2015). La posibilidad de moverse del ser humano es un medio y un fin en sí misma, es un medio porque le permite desarrollar las diversas actividades que integran la vida y son indispensables para que la misma se sustente, pero es también un fin porque el movimiento por sí solo es esencial como parte de la naturaleza humana (Ibídem). Se define a la movilidad en la Ley 9/2003 de la Movilidad de la Generalidad de Cataluña como “el conjunto de desplazamientos que las personas y los bienes deben hacer por motivo laboral, formativo, sanitario, social, cultural o de ocio, o por cualquier otro” (Mataix, 2010, p.17).

La idea de la movilidad trae también implícita la voluntariedad, a ninguna persona se la puede forzar a moverse de un lugar a otro si la persona no desea hacerlo, por ello este concepto viene directamente implicado del concepto de libertad, pues:

También lo está que el valor medial de la movilidad lo es para la realización de actividades que entran en el campo de la libertad humana. A salvo de tales vínculos, lo que no podemos admitir es que se reduzca la valiosidad del movimiento humano al de la voluntariedad libre o se crea que quien cercena o coarta la movilidad humana no está atentando contra ningún valor más que contra el de la libre voluntariedad. (Peña & Ausín, 2015, p.3)

La movilidad es la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, sea esto dentro del ámbito interno o externo de los Estados, la humanidad desde sus comienzos se ha movido,

por ello esta es innata a la naturaleza humana y además se vincula directamente con la libertad, pues hacerlo o no hacerlo se desprende de un acto totalmente voluntario del individuo, que lo ejercerá en función de su realidad y sus necesidades.

2.2. El derecho a la libertad de movilidad

La libertad de movilidad, es un derecho de contenido amplio y complejo, según la Organización Internacional del Migrante se sustenta en el ejercicio de la libre circulación, que consiste en la posibilidad de desplazarse por el territorio de un Estado, así como entrar y salir de él y escoger el lugar de residencia de forma libre (OIM, 2012). La regulación que se da a esta libertad es reciente, pues su reconocimiento se efectúa por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que, en el artículo 13 menciona que todos los seres humanos tienen el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, y que pueden salir de su país hacia cualquier otro y regresar al mismo (ONU, 1948). Consecuentemente la libertad de movilidad está asociada al tránsito, circulación y migración.

Un concepto importante que ha surgido a raíz del reconocimiento de este derecho y por la necesidad de regular los fenómenos migratorios de manera enfocada, ha sido el de movilidad humana, este es un concepto relativamente reciente que se refiere principalmente a la situación de migrante de las personas, que se han visto en la necesidad de desplazarse de manera voluntaria o forzosa de un lugar a otro, sea esto dentro del mismo territorio o fuera de él; se puede definir como aquella movilización de personas de un territorio a otro ejerciendo su derecho a circular libremente, este es un proceso complejo, que se da por diversas motivaciones ya sean voluntarias o forzosas, con la intención de permanecer en el lugar de destino durante un periodo extensivo o corto de tiempo, que puede ser a su vez circular y que implica un cruce de límites sean estos a nivel interno o a nivel externo (OIM, 2012).

En el intento de regular esta situación se reconoce como un grupo de atención prioritaria a las personas en condición de movilidad humana, en la Constitución del Ecuador se encuentra este reconocimiento a partir del artículo 40 hasta el artículo 42, además de todo el despliegue normativo que se realiza en torno a ella; si bien es interesante el tratamiento de la libertad de movilidad desde el punto de vista de migración o movilidad humana, por aspectos de pertinencia en el presente trabajo, se analizará el derecho a la libertad de movilidad desde el punto de vista de circulación y tránsito.

La libertad de movilidad como ya se enunció se encuentra reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la base sobre la que se funda este derecho es la circulación, es por eso que a la libertad de movilidad se le suele llamar también libertad de tránsito, libertad de circulación, libertad ambulatoria; por ello serán usados estos términos como sinónimos en el desarrollo de este trabajo.

La libertad de movilidad, que surge como una de las libertades primordiales del ser humano, sustentada principalmente en la libertad individual y en su afán de garantizarla, la declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los seres humanos tienen derecho a la libertad (ONU, 1948), y se reconoce de manera específica a la libertad de movilidad, garantizada en el artículo 13 que ya fue descrito en párrafos anteriores; este derecho contiene tres situaciones: circular libremente, elegir su residencia dentro de un Estado y entrar y salir libremente de él (Ibídem). La importancia de este derecho radica en que, permite a las personas realizar las actividades necesarias para el desarrollo integral de su vida, y su reconocimiento supone un freno a los excesos de poder, ya que “es un derecho humano, que encuentra amparo en el ámbito universal y regional ante los excesos del poder público de los Estados” (Guadarrama et al., 2020), y de su efectivización se ejercen otras libertades fundamentales y se cristalizan otros derechos humanos, es así que;

Su trascendencia, por tanto, no sólo se cifra en la propia sustantividad que lleva aparejada la proclamación de la libertad de circulación, sino también en la consideración de su disfrute a modo de presupuesto o condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos. (Arenas, 2005, p. 856)

Este derecho ha sido regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entra en vigencia 1966, el cual se crea por la necesidad de dar un marco regulatorio más fuerte que permita el desarrollo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se menciona en cuanto a este derecho que, toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger su residencia, además que podrá entrar y salir libremente de cualquier país.

También se ha reconocido este derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos que en el artículo 22 lo reconoce en los mismos términos que las normas ya citadas.

Este derecho se compone entonces de 3 puntos importantes:

El primero es la libre circulación de un individuo dentro del territorio de un Estado, se entiende que se puede transitar por todos los puntos que abarca este territorio sin ningún tipo de restricción, por ende, sin la necesidad de pasaportes, visas, salvoconductos o cualquier otro requisito semejante, en la Observación General No. 27 adoptada por el Comité de Derechos Humanos se refiere que, las personas en ejercicio de este derecho pueden circular libremente por todas las secciones que forman parte del territorio de un Estado, ir de una parte a otra y establecerse en ella de una manera libre y, que el disfrute de este derecho no debe depender de ningún motivo u objetivo en particular de la persona que desea circular (Comité de Derechos Humanos, 1999).

El segundo apartado de este derecho se refiere a la libertad de escoger una residencia, entendiendo a la residencia como: “el lugar donde una persona fija temporalmente su habitación” (Planiol y Ripert en Castillo, 2006, p. 204), podría considerarse que no únicamente se restringiría a la posibilidad de escoger su residencia dentro del territorio del Estado, si no que esto se ampliaría a la posibilidad de escoger su domicilio dentro del territorio del Estado, entendiendo que el domicilio es la residencia acompañada del ánimo real o presunto permanecer en ella; empero esta no es una diferencia relevante dentro del tema de estudio.

Finalmente abarca la posibilidad de salir libremente del territorio de un Estado, incluso del propio, en este sentido la Observación General No. 27 indica que esta libertad no depende de ningún fin en concreto y será por el plazo que el individuo decida permanecer fuera del país y en el lugar de destino que elija, y sustenta también la posibilidad de realizar un viaje temporal al extranjero o en los casos de inmigración indefinida (Comité de Derechos Humanos, 1999).

En suma, el derecho a la libertad de movilidad es un derecho de contenido amplio, que garantiza a las personas la posibilidad de moverse de manera libre, sin ningún tipo de requerimiento, por el territorio de un Estado, escoger su residencia y salir de cualquier país, inclusive del propio; se declara como derecho humano a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se lo ha recogido también en otros cuerpos normativos internacionales. Se debe recalcar que este derecho está garantizado en la Constitución de la República del Ecuador, su reconocimiento es importante porque es parte de la libertad individual del sujeto, además que con su ejercicio se garantiza el cumplimiento de otras libertades y derechos indispensables para el correcto desarrollo del individuo.

2.3. El derecho a la libertad de movilidad en el Ecuador

La Constitución reconoce a los derechos de libertad en el artículo 66, dentro de estos se encuentra en el numeral 14 el derecho a la libertad de movilidad, circulación o tránsito:

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligran por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados. (Asamblea Constituyente, 2008)

El derecho a transitar libremente, abarcaría todo el territorio nacional, considerando que este territorio:

Constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio supra yacente continental, insular y marítimo. (Asamblea Constituyente, 2008)

La ley Orgánica de Movilidad Humana señala que la libertad de movilidad implica “el amparo del Estado a la movilización de cualquier persona, familia o grupo humano, con la intención de circular y permanecer en el lugar de destino de manera temporal o definitiva” (Asamblea Nacional, 2017).

Si bien este derecho permite transitar libremente por el territorio nacional, el alcance de este territorio es bastante amplio y sin delimitación alguna, por lo que es importante establecer cuáles son los espacios de este territorio donde la circulación es efectivamente libre, en este sentido, se desarrollaría en aquellos espacios que tienen la característica de ser públicos, definidos como “aquel espacio de propiedad pública o privada, que es de libre,

aunque no necesariamente gratuito acceso de la población de una ciudad, comuna o vecindario, para que ésta pueda desarrollar actividades sociales, culturales, educativas, de contemplación y recreación” (León Balza, 1998). De ahí que el espacio público no se refiere únicamente a aquellos lugares que se han generado con recursos públicos y que son administrados por el Estado, más bien, a aquellos lugares que permiten la convivencia masiva de la población, independientemente del origen de la financiación, entonces, se debería incluir en este concepto a los espacios de propiedad privada que son accesibles al público, mientras que aquellos de propiedad pública que no son accesibles al público, se excluirían (Andrade et al., 2019); es decir que la publicidad de un espacio no se basa en el origen de sus recursos, así, público es aquel que genera un uso público y un comportamiento social activo o pasivo (Ibídem).

Por su parte la Constitución reconoce que: “las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad (...)” (Asamblea Constituyente, 2008), y la ley Orgánica de Ordenamiento territorial, uso y gestión del suelo define al espacio público como:

Son espacios de la ciudad donde todas las personas tienen derecho a estar y circular libremente, diseñados y construidos con fines y usos sociales recreacionales o de descanso, en los que ocurren actividades colectivas materiales o simbólicas de intercambio y diálogo entre los miembros de la comunidad. (Asamblea Nacional, 2016)

Esta concepción que se presenta en el ordenamiento jurídico del país, concibe al espacio público desde el punto de vista del uso común y general por parte de la población, tal como se detalló anteriormente.

Existen algunas clasificaciones sobre la conformación del espacio público, siendo menester indicar que estas clasificaciones no son taxativas ni unánimes, pues dependerán de las realidades que se consideren al realizarlas, y de la visión de los autores; una clasificación completa es la del autor Carmona, quien propone que los espacios públicos pueden ser: positivos, negativos, ambiguos y privados. Los espacios públicos positivos son usados de manera positiva y son manejados por los gobiernos, por ejemplo carreteras y vías en general, parques, plazas, plazoletas, edificios públicos destinados a la prestación de servicios públicos, edificios administrativos, canchas, museos, teatros, por poner unos ejemplos; los

negativos serían lugares que no pueden ser usados para actividades públicas, ya sea por cuestiones de seguridad y control, lugares restringidos al acceso de las personas como vertederos de basura o espacios reservados por cuestiones de gobierno; los ambiguos son los espacios de transición como las estaciones de tren, autobuses, el transporte público en general, edificios de uso religioso; y los que son privados, como restaurantes, centros comerciales, cines, teatros, centros de recreación, etc., siempre que provengan de financiación privada (Carmona en Andrade et al., 2019).

En síntesis, la libertad de moverse se garantizaría en todos los espacios públicos diversos, siendo estos los que se destinan a la concentración masiva de las personas independientemente del origen de su financiación; y cualquier limitación a la misma que no tenga un sustento jurídico, atentaría de manera directa y discriminatoria a este derecho; por tanto se considera que la preservación del espacio público es la base de la libertad de circulación, pues una sociedad que busque garantizar una igualdad de oportunidades para todas las personas, debe darle a cada individuo la posibilidad de hacer uso de los espacios necesarios para circular libremente (Florez, 2005).

Por último se refiere a que se podrá entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará conforme a la ley, la prohibición de salida del país podrá ser dictada únicamente por un juez competente; desde un primer vistazo a este apartado, la salida y entrada al país es libre, pero debe sujetarse a lo que la ley dispone, la ley encargada de regular esta materia es la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que establece que todas las personas que ingresen o salgan del país deben hacerlo por los puntos de control migratorio oficiales; en el artículo 123 se detallan los requisitos para el ingreso o salida del país, que son: documentos de viaje o identificación válidos y vigentes, registro de ingreso o salida de la autoridad de control migratorio, visa vigente para los casos requeridos por ley o por la autoridad de movilidad humana, además en el caso de niñas, niños y adolescentes deben estar acompañados de sus padres, tutores o quien ejerza la patria potestad, si el menor ingresa solo o acompañado de terceras personas requerirá una autorización especial para hacerlo (Asamblea Nacional, 2017).

Se señala también que no se podrá negar el ingreso libre al territorio ecuatoriano a todos sus ciudadanos. Por otra parte, la disposición constitucional es clara en el sentido de que este derecho podrá ser negado únicamente en aquellos casos en los que se ha ordenado por un juez competente. En este sentido, la prohibición de salida del país podrá darse únicamente por: orden de autoridad judicial competente, no contar con una visa vigente si

se pretende viajar a un país donde lo requiera, presentar documentación falsificada o adulterada, y otras que disponga la ley (Ibídem).

La prohibición de salida del país, cuando es dictada por un juez competente también se denomina arraigo, definido como un acto procesal de naturaleza precautoria que se produce, a petición de parte, cuando existiese un temor de que se oculte o ausente la persona que está siendo demandada o investigada, por lo cual en virtud de este arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio (García en Maldonado, 2013). Una diferencia entre el arraigo en materia civil y penal, es que si bien tienen como elemento sustancial la imposibilidad de abandonar un lugar, en materia civil la importancia de esta medida radica en que se buscará que la persona contra la que se haya entablado o vaya a entablarse una demanda, no se ausente del país (Hernández, 2008), mientras que en materia penal, esta medida se encamina sobre todo a tener a disposición al presunto delincuente mientras se buscan los medios de prueba idóneos para lograr la averiguación durante la investigación previa, buscando contar con todos los elementos del cuerpo del delito y proceder a la consignación respectiva, o en su defecto para levantar la medida cuando no existan indicios de responsabilidad suficientes (Alcántara en Álvarez, 2014).

Entre las causales por las que se puede dictar esta medida en la legislación del país, no siendo taxativas, sin embargo son las comunes, encontramos:

1. En materia de alimentos, en el caso de que se incumpla con el pago de dos o más pensiones alimenticias, sean estas sucesivas o no.
2. Dentro de las providencias preventivas reguladas en el Código Orgánico General de Procesos, se podrá pedir el arraigo siempre que el acreedor tema que el deudor se ausente del país para eludir el cumplimiento de una obligación.
3. En materia penal, dentro de las medidas para asegurar la presencia de la persona procesada, se encuentra la prohibición de ausentarse del país a pedido de la o él fiscal.

Consecuentemente la restricción para ausentarse del país está regulada normativamente, por lo que estas prohibiciones deben sujetarse a las disposiciones pertinentes.

2.4. El derecho a la libertad de movilidad desde la óptica de la Corte Constitucional

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha dado ampliamente en cuanto a las personas en condición de movilidad humana; por el contrario, no ha ahondado en su alcance desde la perspectiva que aborda este trabajo, tratándolo principalmente en los casos de estados de excepción.

En la sentencia No. 002-18-POJ-CC del año 2018, la Corte Constitucional manifiesta que el derecho a la libertad es una característica y condición que se le atribuye a todo ser humano por el simple hecho de serlo, es parte de la esencia misma de la persona y le permite elegir, dirigir y realizar su proyecto de vida en la esfera privada y social; y las únicas limitaciones que tendría serían las establecidas en la Constitución, la ley y como todos los derechos el respeto a los derechos del otro. La libertad permite la autodeterminación personal, la materialización de la voluntad para decidir cuándo y a dónde ir y permanecer, por ende su contenido es personal, físico y de tránsito, debiendo ser garantizado por parte del Estado (Corte Constitucional, 2018).

El derecho a la libertad es esencial y atribuible a la persona sin ningún tipo de condición, pues le permite desarrollarse íntegramente siendo una materialización de la voluntad, por lo tanto, su contenido desde esta voluntad es el derecho a la libertad de tránsito en el sentido de que puede ir y venir libremente.

La Corte fija además que las únicas formas de limitar este derecho son las establecidas en la Constitución, las leyes y el límite común a todos los derechos que es el derecho de los demás.

En la sentencia No. 639-19-JP/20 del año 2020, Ecuador reconoce el derecho a la libertad de movimiento, lo que involucra que una persona puede moverse libremente por el territorio ecuatoriano, imponiendo dos clases de obligaciones para las autoridades públicas, una positiva por la cual se deben brindar las condiciones necesarias para que el derecho pueda ejercerse, y una negativa en la que deben abstenerse de realizar cualquier acción que obstaculice este movimiento (Corte Constitucional, 2020).

La obligación positiva requiere que el Estado brinde las garantías suficientes para ejercer este derecho, en este sentido se entendería que los espacios en los que se movilizan las personas deben ser idóneos, seguros, accesibles, organizados.

La obligación negativa se entiende desde la inacción estatal, es decir, el Estado no puede restringir este derecho. Las personas pueden moverse libremente sin ninguna clase de impedimento o solicitud de requisitos especiales para hacerlo, salvo, como ya se mencionó, en aquellos casos determinados por la Constitución y las leyes, siempre y cuando estas no sean inconstitucionales.

2.5. El derecho a la libertad de movilidad desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el capítulo primero ya se trató sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos como institución, por lo que se abordará exclusivamente el tratamiento que hace esta en cuanto al derecho a la libre movilidad.

En el caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia No. 310804 del 31 de agosto de 2004, la Corte se refiere que este derecho es el de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse de manera libre en el lugar de su elección, y que no depende de ningún motivo u objetivo particular de la persona que lo ejerce, es además una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Asimismo señala que puede ser objeto de restricciones siempre que estas se encuentren expresamente fijadas por una ley, es decir, siempre en apego al principio de legalidad, en virtud de que la restricción tiene un alta incidencia en el desarrollo personal, por eso es indispensable que el Estado defina de manera precisa y mediante una ley los casos en los que se restringirá este derecho, pues de otro modo sin un tratamiento legal se impide la aplicación de tales restricciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).

En el caso Villa Jaramillo y otros vs. Colombia, sentencia del 27 de noviembre del 2008, la Corte declara que el derecho a la libre circulación contiene dos componentes básicos: uno es el derecho a circular libremente en el Estado y a escoger la residencia, y a ingresar, y dos, es permanecer y salir del país sin ninguna interferencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Un alcance importante que le da la Corte a este derecho, manifestándolo así en el caso *Moiwana vs Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, es que una vulneración se da también cuando el Estado no establece las garantías para poder ejercerlo, sobre todo en situaciones de peligro; en el caso *Villa Jaramillo vs. Colombia*, se ejemplifica esta situación al señalar que existe vulneración también cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos, independientemente de quien las realice, y el Estado no brinda las garantías

y seguridades necesarias para que la persona transite y resida de manera libre en el territorio del Estado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

La jurisprudencia de la Corte es amplia, sin embargo, en materia de libre movilidad las sentencias señaladas son a consideración de la autora, las que tratan este tema y son usadas por la misma Corte como fundamento dentro de otras sentencias al analizar este derecho; desde la visión de la Corte, el derecho a la libre movilidad se vincula con el libre desarrollo de la personalidad, teniendo dos componentes básicos, primero circulación y residencia, y segundo ingreso y salida del país; este derecho debe ser garantizado por el Estado y se constituye también como una vulneración en aquellos casos en los que no existan garantías por parte del Estado sobre todo para las personas que se encuentran en situaciones de peligro, y desde su visión este puede ser objeto de limitaciones pero siempre respondiendo a un principio de legalidad.

2.6. Las limitaciones al derecho a la libertad de movilidad

Los derechos no son ilimitados, porque la vida en sociedad exige límites para ser funcional y coadyuvar al desarrollo de todos sus miembros, “los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos- forzosa e inevitablemente- a ciertos límites” (Guzmán en Tórtora, 2010); sin embargo, los parámetros para su limitación son estrictos para evitar caer en arbitrariedades y vulneraciones sistemáticas.

Por consiguiente, cualquier límite a un derecho debe ser justificado, por más que la limitación parezca lógica y razonable. Las limitaciones a los derechos, según el autor Hugo Tórtora, pueden establecerse desde diversos criterios:

1. El primer criterio a considerarse es por las circunstancias que operen, pudiendo ser limitaciones ordinarias y extraordinarias.

Son ordinarias todas aquellas limitaciones que afecten al ejercicio de un derecho determinado dentro del mismo texto constitucional (Tórtora, 2010); por ejemplo, en el caso que nos ocupa, solo un juez competente puede impedir la salida del país de un ciudadano ecuatoriano.

Extraordinarias, también llamadas excepcionales, son aquellas que se producen solo durante una circunstancia de emergencia social o institucional y que dan curso a la declaratoria de los denominados estados de excepción (Ibídem), en el caso ecuatoriano el estado de excepción se encuentra regulado en los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución, indicando que el presidente podrá decretar estados de excepción dentro del país en casos de agresión, conflictos armados internacionales o internos, grave conmoción interna, calamidad pública, o desastre natural, se deberá observar además los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que ordene el estado de excepción deberá contener la causal, su motivación, ámbito territorial de aplicación, periodo de duración, medidas a aplicarse, derechos a suspenderse o limitarse y notificaciones correspondientes (Asamblea Constituyente, 2008). Existe una diferencia entre los términos limitar y suspender; por una parte limitar implica acortar los alcances del derecho; mientras que suspender se relaciona con diferir por algún tiempo, haciendo énfasis en la temporalidad (Guadarrama et al., 2020). Desde estas definiciones, se entiende que la diferencia fundamental se relaciona al alcance que se le da al derecho, porque en cuanto a la limitación se entiende que se restringe una parte o un alcance del derecho, pero no es total; mientras que en la suspensión podría ser de manera total pero siendo siempre temporal.

Los únicos derechos que podrán suspenderse o limitarse son: inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión y libertad de información (Asamblea Constituyente, 2008).

El derecho a la libertad de tránsito puede ser restringido, considerando esta regulación, pero siempre y cuando medie la declaratoria de estado de excepción.

2. El segundo criterio es según el origen de la limitación, estarían las que nacen con sustento en el derecho de las demás personas, las limitaciones materiales y las limitaciones positivas.

Las limitaciones en base a los derechos de las demás personas se basan en la “circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro” (Tórtora, 2010), es decir el límite natural de todo derecho, basado y sustentado en la misma dignidad humana.

Las limitaciones materiales, se relacionan más bien a la posibilidad de garantizar materialmente el cumplimiento de un derecho, situación que ocurre principalmente en el

caso de los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos son “derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado” (Arango en Tórtora, 2010).

Están también las limitaciones positivas, estas tienen su origen en el ordenamiento jurídico mismo, el cual las registra. El primer caso sería el de las Constituciones que explícitamente reconozcan limitaciones a ciertos derechos y en determinadas circunstancias, que se relaciona a las limitaciones ordinarias; pero también puede ser el caso que no tengan una regulación definida constitucionalmente y se deban hacer por medio del órgano legislativo, que será el que regularice legalmente esta limitación. Esta categoría es sumamente interesante porque de la lectura del texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se desprende que el derecho a la libertad de tránsito puede ser restringido pero siempre que sea por una ley. De igual manera, el reconocimiento constitucional de este derecho señala que será regulado conforme a la ley, por lo que se entiende que su tratamiento puede ser legal, pero **nunca inconstitucional**, para el autor Robert Alexy, una norma puede restringir un derecho solo si esta es constitucional (Alexy en Tórtora, 2010). Además solo podrá restringirse cuando quien dicte esa ley esté autorizado para ello, “el legislador u otra autoridad sólo podrán proceder a limitar un derecho fundamental, cuando previamente haya sido constitucionalmente habilitado para ello” (Ibídem).

Considerando este apartado, existen dos clases de restricciones, las que son directamente constitucionales, que se relacionarían con las ordinarias y extraordinarias, pues están implícitas en la misma norma constitucional, y las que se denominan indirectamente constitucionales y provienen de las leyes u otros textos normativos como los tratados internacionales ratificados por el Estado.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue adoptado y abierto para la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de ONU el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, siendo ratificado por 49 estados; Ecuador ratifica este tratado internacional en el año de 1969, siendo por lo tanto parte del ordenamiento jurídico del país. El artículo 12 numeral 3 del tratado, indica que el derecho a la libre circulación no puede ser objeto de restricciones, salvo que las mismas se encuentren previstas en la ley y sean necesarias para resguardar la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral y los derechos y libertades de terceros. El numeral cuarto del mismo artículo reza que ninguna persona podrá ser privada arbitrariamente del derecho a ingresar a su propio país (Asamblea General ONU, 1966). Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador el 21 de octubre de 1977, dispone las mismas

causales para restricciones del derecho, agregando que este derecho podrá restringirse también cuando sea necesario para prevenir infracciones penales. Es decir, esta restricción responde a un principio de legalidad, que se entiende también incorporado en la Constitución como ya se dijo.

Así mismo, en el dictamen No. 5-19-EE/19, la Corte Constitucional indica que, entre otros, el derecho a la libertad de movilidad solo puede ser objeto de restricciones siempre que estas se hallen previstas en la ley y solo si son necesarias en el marco de una sociedad democrática para reguardar el orden público, la seguridad nacional, la salud, la moral u otros derechos y libertades fundamentales (Corte Constitucional, 2019).

La limitación de derechos se relaciona también con la teoría del contenido esencial, que es bastante amplia y por lo tanto no será abordada de manera extensa, pero que en líneas someras se le clasifica desde tres perspectivas: absoluta, relativa y mixta.

La teoría absoluta propugna que existe un núcleo duro que debe ser salvaguardado siempre, este derecho se deberá preservar independientemente de la situación de cualquier negociación o debate (Sanchís, 2000), desde esta perspectiva los derechos son estáticos y se conformarían de dos partes, un núcleo duro y una zona de periferia o penumbra; el núcleo duro puede ser determinado en abstracto independientemente del caso o situación concreta (López, 2020), y este núcleo duro debe permanecer siempre, con antelación y luego de cualquier intervención legislativa y, a la vez junto a él, el derecho tendría también una zona de periferia o penumbra donde el legislador ejerce su competencia o su configuración legislativa (Ibídem).

La teoría relativa en contraste a la anterior alude que el contenido esencial del derecho es aquel que queda luego de que se da una limitación justificada (Sanchís, 2000), en esta teoría no existe un contenido que sea identificable en cada momento y circunstancia para cada derecho fundamental; esto debido a que todos los derechos tienen igual jerarquía y están relacionados entre sí (López, 2020). El contenido de los derechos es aquello que queda luego de un ejercicio de proporcionalidad o ponderación (Alexy en López, 2020).

Finalmente en la teoría mixta, como su propia definición lo sugiere, combina las dos teorías ya explicadas, en palabras breves, esta teoría detalla que el núcleo del derecho que postula la teoría absoluta permanece inmutable, sin embargo la periferia puede estar sometida a una intervención proporcional (López, 2020).

En cuanto al tratamiento constitucional, cabe discurrir que la Constitución por una parte parece insinuar que los derechos no pueden ser restringidos, pues en el numeral cuarto del artículo 11 se señala que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni garantías constitucionales, sin embargo, considerar esto es quimérico en virtud de que la norma Constitucional es somera y excluiría el hecho de que los derechos al estar interconectados y tener la misma jerarquía tienden a colisionar, por lo que se reflexiona más apropiado entender este apartado como una garantía de que las normas que regulen los derechos sean siempre constitucionales; agregando a lo anterior, que en el inciso 8 del mismo artículo consta que será inconstitucional cualquier acción u omisión que anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, por lo que su restricción deberá ser justificada y proporcional, entonces en el marco constitucional ecuatoriano se ha inclinado por la proporcionalidad como principio para establecer el contenido de los derechos y sus limitaciones.

Por lo expuesto, los derechos pueden ser objeto de limitaciones, algunas serán de carácter ordinario relacionadas a las directamente constitucionales que están ya incluidas en el propio texto del derecho, y otras de carácter extraordinario que son las que tiene su origen en el estado de excepción; estos límites son positivos, es decir que están directamente en la Constitución o en su defecto de modo indirecto mediante leyes dictadas por la autoridad competente para ello. Además se analizan estas restricciones en base a la teoría del contenido esencial de los derechos, siendo en el caso ecuatoriano aplicable la teoría relativa. El derecho a la libertad de movilidad tiene sus límites ordinarios en el sentido de que solo puede restringirse la salida del país por un juez competente, y extraordinarios en el estado de excepción, además que cualquier clase de restricción debe provenir de una ley acorde a la Constitución, o, en su defecto, de una justificación exigida por la aplicación de principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO 3

3. La pandemia de Covid19 y sus principales impactos a nivel nacional e internacional

3.1. Breve reseña del origen y evolución de la pandemia de Covid- 19

A finales del año 2019 en la ciudad de Wuhan en China se empiezan a presentar casos de neumonía atípica de tipo viral, con síntomas como tos seca y fiebre, pero que no eran compatibles con otros tipos de neumonías ya identificadas, principalmente entre los vendedores de un mercado de mariscos y vida silvestre, razón por la cual las autoridades Chinas ante el aumento de estos casos alertaron a la Organización Mundial de la Salud el 31 de diciembre del año 2019; luego de varios análisis clínicos a las personas que se veían afectadas por este tipo de neumonía se logró detectar que estos casos pertenecían a un nuevo coronavirus que era la causa de estas neumonías, este virus es una nueva cepa de los SARS-Cov, denominados como coronavirus por la forma de corona que poseen (Mojica & Morales, 2020).

El 10 de enero del año 2020, ante el aumento de casos, la OMS publica orientaciones técnicas y recomendaciones para que los diversos países puedan detectarlos y gestionarlos, las alertas se empezaron a desplegar en el momento en que se reportó el primer caso del virus fuera de China, ocurrido el 13 de enero de 2021 en Tailandia, el virus se expandió rápidamente y se reportaron las primeras muertes causadas por el mismo. La OMS el 30 de enero declara al nuevo virus como una emergencia de salud pública de preocupación internacional, denominándole como COVID-19, siendo causada por una nueva cepa de los llamados SARS-COV, en este caso por la nueva cepa del SARS-COV-2 determinado así por el Comité Internacional de Taxonomía de virus. El nuevo virus se esparció rápidamente por los diversos países del mundo y el 11 de marzo del año 2020 la OMS declaró a esta como una pandemia (Ibídem). Según el Directorio General de la OMS, en el mundo se confirmaban un estimado de 118.000 casos de Covid y un aproximado de 4.291 personas habrían perdido la vida a la fecha en que se declara la pandemia (Organización Panamericana de la Salud, 2020).

La pandemia de COVID 19, generó devastadoras consecuencias que se describirán a breves rasgos en las líneas siguientes.

3.2. Principales impactos de la pandemia a nivel internacional

3.2.1. Mortalidad

Una de las consecuencias principales y de mayor preocupación fue la mortalidad asociada al virus, si bien no es posible determinar de manera exacta del número de personas fallecidas a causa de este virus, se han realizado levantamientos de información por parte de los diversos países que ayudan a generar un estimado. Una de las regiones más golpeadas ha sido América Latina, según datos de la Organización Panamericana de la Salud al 08 de marzo del año 2022, se registraron un total de 2,652.042 muertes acumuladas en la región (Organización Panamericana de la Salud, 2022), por su parte la Revista Statista indica que al 25 de febrero del año 2022 en Europa el número de muertos por COVID es de 1,847.774 personas, en Asia el número sería de un aproximado de 1,230.525 personas, África registraría un estimado de 248.415 fallecidos y Oceanía sería el país que registra un número menor de fallecidos con 8.107 personas (Orús, 2022).

A pesar de los datos señalados, la Organización Mundial de la Salud considera que la realidad del número de muertes por Covid 19 sería al menos tres veces mayor al registrado, esta apreciación la hacen tomando en cuenta el excedente de muertes registradas en comparación con años como el 2019, por ejemplo, para finalizar el 2020 el número de muertes confirmadas por Covid 19 se ubicaba en 1,8 millones a nivel global, sin embargo, el excedente de ese año se ubicaba en 3,3 millones de muertes en relación al año anterior (OMS, 2021).

3.2.2. Sistema de Salud

La pandemia del COVID 19 permitió vislumbrar las enormes deficiencias de los sistemas sanitarios del mundo y su falta de preparación para confrontar problemáticas de impacto global; para el secretario General de las Naciones Unidas “la pandemia ha dejado en evidencia sistemas de salud totalmente inadecuados, enormes brechas en materia de protección social y grandes desigualdades estructurales entre los países y dentro de ellos” (Guterres, 2021). Para la Dra. María Neira, directora del programa de Salud Pública y medio Ambiente de la OMS, el COVID 19 ha doblegado a los países con los mejores sistemas sanitarios del mundo y la situación es más compleja en aquellos países en los que prevalece un modelo de sanidad privada, por ello luego de esta pandemia los países se verán obligados a incrementar el doble de los

porcentajes de su PIB en sanidad pública que el que se destina actualmente (Neira en Gispert y Castell-Florit, 2020).

Se evidenció la deficiencia en estos sistemas de salud por la respuesta tardía en materia de prevención y por la imposibilidad en algunos casos de acceder a los centros hospitalarios cuando era requerido; y junto a esto, un problema colateral que trajo consigo la pandemia de COVID 19 fue que se descuidó el tratamiento de otras enfermedades y programas en salud, según la Organización Mundial de la Salud, a causa del COVID 19, ha existido una interrupción en al menos el 67% de los países de los servicios de planificación familiar y anticoncepción, además, en la mayoría de casos se redirigieron a los profesionales médicos que estaban encargados de las diversas áreas médicas a atender los casos generados por COVID 19 (Enríquez y Sáenz, 2021). La OMS publicó una encuesta en el año 2020 que indicaba que a consecuencia de la pandemia de COVID 19 y los recursos médicos que se emplearon en mitigarla “53% de los países han interrumpido parcial o totalmente los programas de tratamiento de la hipertensión, la diabetes y las complicaciones relacionadas con esta enfermedad” (ONU, 2020). Por otra parte, el tratamiento de cáncer se ha visto afectado en un 42% de los países, y la atención a emergencias cardiovasculares han sufrido una afectación en el 31% de los países (Ibídem), además la reasignación del personal médico que se dedicaba a la atención de enfermedades no transmisibles, en el caso de América Latina, se estableció en un 89% de personal reasignado a atender los casos de Covid 19 (OPS, 2020). La OMS en un informe interino en el que se evaluó la provisión de 25 servicios esenciales en Salud en 105 países, concluyó que el 89% había sufrido cuando menos una disrupción en uno de estos servicios esenciales (Perman et al., 2020).

A breves rasgos se puede comprobar que además de la ineficiente respuesta de los servicios sanitarios del mundo para contrarrestar los efectos del COVID, la pandemia perjudicó la prestación y atención de otros servicios esenciales en salud, evidenciando a un sistema que no se encontraba preparado para afrontar problemas de salud generalizada y garantizar continuamente el tratamiento de las enfermedades ya conocidas, ocasionando un perjuicio aun mayor a la salud de la población.

3.2.3. Consecuencias a nivel Económico, Social y Cultural

Las consecuencias del COVID son transversales y se proyectaron en todas las esferas de la vida de los individuos y de los países. A nivel económico, según datos de la CEPAL se estima que en el 2020 se generó una retracción del producto interno bruto mundial de un 5,2%, constituyéndose como una de las recesiones mundiales más fuertes que ha sufrido la

economía durante las últimas décadas (Enríquez y Sáenz, 2021), según datos del Banco Mundial la recesión generada por la pandemia de Covid 19 es la más agresiva desde la segunda guerra mundial y, es la primera vez desde 1870 que tantos países experimentan una disminución del producto per cápita, lo que empujará a millones de personas a la pobreza extrema (Banco Mundial, 2020).

El desempleo juvenil durante el primer trimestre del 2021 se ubica en un 23,8%, siendo el nivel más alto desde el año 2006, representando un aumento de 3 puntos porcentuales con respecto al año 2019 (ONU, 2021). Se estima que en Latinoamérica y el Caribe aproximadamente un 41,000.000 personas se han quedado sin empleo (Becerra et al., 2021); otra de las consecuencias directas del COVID 19 ha sido el aumento del desempleo, subempleo, pero también ha reducido la calidad del trabajo mediante la reducción de salarios y el acceso a la seguridad social. El Covid ha representado asimismo una afectación a la educación, el Banco Mundial indica que antes de la pandemia alrededor de 258 millones de niños y jóvenes en edad escolar estaban fuera de la escuela, sin embargo, se suma a esa desalentadora cifra un aproximado de 72 millones de niños que debido a los cierres de las escuelas a causa de la crisis sanitaria se vieron afectados, según estimaciones del Banco Mundial la crisis sanitaria está agravando la crisis mundial de aprendizaje que ya existía, es decir que del 53% se podría incrementar a un 63% el porcentaje de niños en edad escolar, sobretodo de países de ingreso bajo y medio que se ven perjudicados por la pobreza de aprendizajes (Banco Mundial, 2020).

Otra problemática que repuntó a causa de la cuarentena ordenada para evitar la proliferación del virus fueron los casos de violencia intrafamiliar, según la Organización Mundial de la Salud, solo en Europa hasta el mes de mayo del año 2020 se registró un aumento de un 60% en las llamadas de auxilio de mujeres víctimas de violencia en comparación al año 2019 (Organización Mundial de la Salud, 2020). Datos de la OEA muestran que durante la pandemia, en las Américas, donde la violencia intrafamiliar y de género ya era un problema, existió un incremento de un 80% en las llamadas a servicios de auxilio (OEA, 2020).

Los daños colaterales causados por la pandemia de Covid 19 a nivel global son bastos y requieren de un análisis minucioso, pero a breves rasgos se puede comprobar las secuelas, primero en el aumento de la mortalidad global al menos hasta el año 2021, consecuencias que se vieron potenciadas por los débiles sistemas sanitarios, sobre todo de países en vías de desarrollo, la necesidad de atención de los casos de Covid 19 desplazó a la atención de otras

enfermedades, lo que agravó incluso más la crisis en la salud pública; las medidas encaminadas a mitigar los efectos de la pandemia que incluían cuarentenas y cierres de las fronteras representaron una afectación a la economía mundial, aumentando dramáticamente los índices de desempleo y subempleo, la deserción estudiantil y los casos de violencia intrafamiliar. La pandemia de Covid 19 significó la pérdida de vidas humanas, fuentes de empleo, trabajo digno y justo, escolaridad adecuada y una vida sin violencia; los efectos han sido devastadores para una sociedad sin preparación y previsión correcta.

3.3. Principales impactos de la pandemia de Covid-19 en Ecuador

3.3.1. Mortalidad

Según datos del Ministerio de Salud Pública, en Ecuador, hasta el 2 de marzo de 2022 se registra un total de fallecidos a causa del COVID 19 de 35,250 personas, sin embargo, el excedente de decesos registrado en el país, según el registro de datos del Registro Civil, desde el comienzo de la pandemia hasta el 2 de marzo de 2022 es de 84,747 personas, esto comparando el promedio histórico registrado entre 2015 y 2019. Se estima que en el año 2020 existió un incremento de 58% de defunciones en comparación con el año 2019, mientras que para el año 2021 se registró una reducción de la tasa de mortalidad en comparación con el año 2020 de 9.9% (Observatorio Social del Ecuador, 2022).

La tasa de mortalidad acumulada en Ecuador desde el inicio de la pandemia se ubicaría en 201.03 personas por cada 100.000 habitantes, durante el año 2020 la tasa de mortalidad se ubicaría en 266.4 por cada 100.000 habitantes, mientras que en el año 2021 existiría una reducción ubicándose en 201.9 por cada 100.000 habitantes (Ibídem). La tasa de letalidad por COVID-19 en Ecuador se ubica entre las más altas de la región, representado 9.5 puntos porcentuales (Parra & Carrera, 2021).

Una situación importante a notar es que las cifras de muertos varían dependiendo de la fuente de consulta, si bien no son variaciones desmesuradas, estas se presentan y no permiten determinar con precisión los datos.

3.3.2. Sistema de Salud

El Ministerio de Salud Pública, al ser el ente rector en salud, fue uno de los actores principales al frente de la pandemia en Ecuador, sin embargo sus actuaciones no fueron las más eficientes para evitar la propagación del virus y sobre todo la letalidad que dejaba a su paso, esto sobre todo en los primeros meses de la pandemia; en este contexto es

vital no olvidar los acontecimientos suscitados en Guayaquil cuando estalló el virus en Ecuador, y lo impactante que se tornaron las noticias e imágenes de cuerpos atestados en las calles de la ciudad, en palabras del autor Gallón,

No obstante, dos meses después la pandemia alcanzó ribetes insospechados e hizo que Guayaquil volviera a las portadas debido a los estragos causados por la covid-19. Imágenes y relatos de cuerpos de fallecidos dejados a su suerte en la intemperie debido a la saturación de espacio en hospitales y morgues en la ciudad ocuparon las primeras planas de diversos medios de comunicación tanto locales como internacionales durante las primeras semanas de abril. (Gallón en Chauca, 2021, p. 588)

Esto demuestra la mala gestión del gobierno ecuatoriano, al menos durante los primeros meses de pandemia, es decir, nuestro sistema sanitario no estaba preparado y tampoco lo está actualmente, para afrontar crisis generalizadas de salud, un síntoma más de la deficiente administración pública en nuestro país.

En Ecuador, según la evaluación socioeconómica llevada a cabo por la Secretaría Técnica Planifica Ecuador, durante el primer trimestre de la pandemia, las pérdidas acumuladas en el sector de salud, tanto público como privado, sumaban 870 millones de dólares, esto debido a que la prestación de servicios de salud asociados a las atenciones médicas por COVID 19 representaron un 83% de los costos totales durante ese periodo, significando un monto de 724, 69 millones de dólares en gastos (Mena y Casalí, 2021).

El presupuesto destinado para salud, según el Ministerio de Finanzas, para el año 2020 fue de 3.078, 68 millones de dólares y se ejecutó el 88,92%, lo que representó el 1,12% del Presupuesto General del Estado (Ministerio de Finanzas, 2021).

Según la CEPAL, en Ecuador el sector salud se sitúa tan solo en un 2,2% del PIB regional, esto dista bastamente del 6% que recomienda la Organización Panamericana de la Salud para universalizar los servicios de salud (CEPAL, 2021).

3.3.3. Consecuencias a nivel Económico, Social y Cultural

El Banco Central del Ecuador manifiesta que a nivel económico la pandemia causada por el Covid 19 representó una caída del producto interno bruto de 7,8 % al cerrar el 2020, comportamiento que se explica por factores como la reducción del 7% del gasto de consumo final de los hogares, reducción del gasto de consumo final del gobierno en general del 6.1%, y la contracción de las exportaciones de bienes y servicios en un 2.1% (Banco Central del

Ecuador, 2021), en comparación con el periodo previo a la pandemia, las exportaciones de bienes y servicios presentaron una caída del 2,1 % respecto del año 2019, mientras que para el 2021 existió una recuperación de 2,8% del producto interno bruto del país, lo que indica una recuperación económica durante el 2021 (Banco Central del Ecuador, 2021). Se proyecta en el 2022, según la CEPAL, un crecimiento económico de 2,6 puntos porcentuales (CEPAL, 2021), resultado de la recuperación progresiva, consecuencia de la reactivación en la economía debido al control de la pandemia.

El desempleo es un problema social, además de ser un síntoma de la grave crisis económica que enfrenta un país, es un factor sustancial para el aumento de la pobreza, acarreando todos los problemas que junto a ella devienen; según datos del INEC, en Ecuador, se estima que para finalizar junio del 2020 la tasa de desempleo se disparó al 13.30% del total de ecuatorianos en edad de trabajar, que representan el 71.1% del total de la población, mientras que el subempleo se sitúa en un 34.5%, siendo el porcentaje de empleo adecuado tan solo del 16,7% (INEC, 2020). Para mayo del 2021 el INEC presentó cifras más alentadoras, pues el desempleo se ubicó en 6,3% a nivel nacional, es decir que en comparación con el año 2020 existió una disminución de 7 puntos porcentuales en la tasa de desempleo, de igual manera el empleo adecuado presentó un aumento notable ubicándose en 31,5%, y el subempleo se ubicó en 23,1 %, evidenciando una notable mejoría en comparación con el año 2020, año en que la pandemia tuvo su punto más álgido (INEC, 2021).

Otras de las graves consecuencias del COVID 19 fue la afectación a los sistemas educativos, y a la calidad de educación, buscando mitigar los efectos de la pandemia se dio el cierre de centros educativos y la virtualidad de las clases. Según datos de la UNICEF, para febrero del 2021 en Ecuador alrededor de 90.000 niños ya están fuera del sistema educativo, esto debido a que “cuando se pierde el contacto, hay más posibilidades de que los niños abandonen el sistema educativo” (UNICEF, 2021), sumado a esto la educación virtual ha resultado devastadora en términos pedagógicos, pues los sistemas educativos no estaban preparados y tampoco contaban con los medios necesarios para que esta sea de calidad, la UNICEF indica que 6 de cada 10 niños han afirmado que estaban aprendiendo menos desde el inicio de la pandemia y esto se torna más alarmante porque no todos los niños contaban con los equipamientos necesarios para acceder a las clases en líneas, pues 1 de cada 8 niños en Ecuador, cuentan con los implementos necesarios de uso personal para acceder a la virtualidad (Ibídem).

La tasa de pobreza en Ecuador creció más de siete puntos porcentuales durante el año 2020, mientras que para finales del 2019 esta se ubicaba en un 25%, para finales del año 2020 se ubicó en un 32.4%, y la tasa de pobreza extrema en un 14.9% (Banco Central del Ecuador, 2020). Para el año 2021 el INEC indica que la tasa de pobreza se ubicó en 32.2%, es decir, en comparación con el año anterior existió una reducción tan solo del 02%, mientras que la pobreza extrema se ubicó en un 8.4%, lo que significó una reducción de 6.5% (INEC, 2021).

En cuanto al aumento de los índices de violencia intrafamiliar y de género, según estadísticas del ECU 911, se generó un aumento del 47% de llamadas por violencia solo hasta el mes de abril del año 2020 (Montero et al., 2020), entre el 12 de marzo y el 16 de abril de 2020, se han reportado 7.954 llamadas de alerta por violencia intrafamiliar (El Comercio, 2020), mientras que en el año 2021 las llamadas de auxilio por casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar suman un total de 103.516 (ECU 911, 2021); empero se debe considerar que durante el confinamiento muchos casos de estos no fueron reportados debido a que las víctimas pasaron más tiempo con sus agresores imposibilitando solicitar auxilio.

3.3.4. Mediadas para mitigar los efectos de la Pandemia

El abrupto avance de los casos de Covid 19 generó que los distintos gobiernos tomen medidas emergentes para contrarrestar la situación, en el caso de nuestro país, con el afán de retrasar el avance del virus se dictaron varios decretos de declaratoria de estado de excepción y varios decretos de renovación de estos.

El 16 de marzo de 2020 se dicta el Decreto Ejecutivo 1017, publicado en el Registro Oficial, suplemento No. 163 de fecha 17 de marzo de 2020, mediante el cual se declara el estado de emergencia sanitaria por calamidad pública, entre las medidas dispuestas por este se encontraron; la suspensión de derechos de libertad de movilidad, asociación y reunión, prohibición de eventos de afluencia masiva, toque de queda, cuarentena obligatoria, suspensión de la jornada laboral presencial e implementación gradual de la modalidad de teletrabajo, además se dispuso la cremación obligatoria para los cuerpos de personas que fallecieron a causa del Covid 19, entre otras (Registro Oficial, 2020), este estado de excepción se renovó mediante Decreto Ejecutivo no. 1052, expedido en fecha 15 de mayo de 2020, publicado en el Registro Oficial No. 209, tercer suplemento, de fecha 22 de mayo de 2020, se renovó por calamidad pública debido al aumento de casos y el número de

mueritos a causa del Covid 19, una medida interesante que adopta aquí el gobierno es la semaforización de los cantones y en base a ella se dispusieron las restricciones de derechos como la libertad de movilidad (Registro Oficial, 2020).

El segundo estado de excepción se dicta mediante Decreto Ejecutivo No. 1074 de fecha 15 de junio de 2020, publicado en el Registro Oficial No. 225 segundo suplemento, en fecha 16 de junio de 2020, se declara nuevamente por calamidad pública, las medidas decretas son similares a las del decreto anterior, suspender derechos como la libertad de movilidad, asociación y reunión, toque de queda, limitación de los eventos de concentración masiva, etc.; este se renueva mediante el Decreto Ejecutivo No. 1126 expedido en fecha 15 de agosto de 2020, publicado en el Registro Oficial No. 279 segundo suplemento, en fecha 1 de septiembre de 2020, se renueva nuevamente por calamidad pública con el afán de buscar el control de la enfermedad.

El 21 de diciembre de 2020 se decreta el tercer estado de excepción, mediante Decreto Ejecutivo No. 1217, publicado en el Registro Oficial no. 355, cuarto suplemento, en fecha 22 de diciembre de 2020, nuevamente se dicta este decreto por calamidad pública, debido al gran incremento de los casos de COVID y al advenimiento de una nueva variante más virulenta (Registro Oficial, 2020), es importante señalar que de este estado de excepción la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1217 mediante el dictamen No. 7-20-EE/20, el argumento de la Corte se fundamentó en que la declaratoria de estado de excepción se da frente a situaciones actuales, pero para ese momento la pandemia de Covid 19 ya no era una situación actual y desconocida, además que estos tienen la caracterización de ser temporales, indicando que ya no permitirán que se vuelva a declarar un estado de excepción sobre los mismos hechos que han establecido la calamidad pública en las dos ocasiones anteriores y que incluso fueron renovados; por ello la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo No. 1217(Corte Constitucional, 2020).

En estos estados de excepción, se dictaron principalmente medidas encaminadas a restringir la libertad de movilidad y de asociación y reunión, pues su afán era evitar que por la aglomeración de personas se disparesen los contagios de Covid 19 y se sature el sistema de salud público.

Además de las medidas dispuestas mediante los decretos de estado de excepción, el Comité de Operaciones de Emergencia (COE) Nacional dispuso también varias medidas

encaminadas a la contención de la pandemia. El artículo 389 de la Constitución refiere sobre la Gestión de Riesgos, donde indica que es responsabilidad del Estado proteger a la ciudadanía de los efectos negativos ante los riesgos de origen natural o antrópico. El Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos, se compone por todas las unidades de gestión de riesgos de las instituciones públicas y privadas, en los ámbitos local, regional y nacional, el Estado es quien ejerce la rectoría a través del organismo técnico determinado en la ley, entre sus funciones se encuentran:

1. Identificar riesgos existentes potenciales que puedan afectar al territorio.
2. Generar, democratizar y difundir información para gestionar el riesgo.
3. Asegurar que las entidades públicas y privadas incorporen la gestión de riesgos en su planificación.
4. Fortalecer capacidades para identificar riesgos e informarlos.
5. Articular instituciones para que coordinen acciones para prevenir y mitigar los efectos de los riesgos.
6. Realizar y coordinar acciones necesarias para reducir la vulnerabilidad y prevenir y mitigar los efectos derivados de los desastres o emergencias en el territorio nacional.
7. Garantizar financiamiento suficiente.

El COE nacional es la entidad encargada de la gestión de riesgos dentro de nuestro país, como se enumera entre sus actividades se encuentran, las de identificar y gestionar los diversos riesgos que se puedan presentar dentro del territorio nacional, es por eso que con motivo de la pandemia de Covid 19 estuvo activo, tanto a nivel nacional, como regional y cantonal, dictando diversas medidas encaminadas a mitigar los efectos del COVID 19. Entre las medidas dictadas por el COE Nacional, anotando que la mayoría fueron las dictaminadas con los estados de excepción, estaban, entre otras, aislamientos obligatorios preventivos para las personas que ingresen de otros países, obligatoriedad de sanitización de los diversos lugares públicos, se activa una línea telefónica 171 para el reporte y seguimiento de casos de Covid 19, asistencia psicológica para las personas que padezcan Covid o tengan familiares que lo padezcan, obligatoriedad del uso de mascarillas y de controles de temperatura para ingresar a lugares públicos, etc.

Es de anotar también que conforme la región y la ciudad, los COEs locales dictaron mediadas que se adoptaron a las realidades; sin embargo, un hecho que es interesante

recalcar es que estas medidas en muchos casos llegaron a restringir derechos, pues se dictaron incluso cuando ya no regían decretos de estados de excepción, resaltando que el COE no está facultado para restringir derechos, por lo que en algunos casos estas medidas fueron inconstitucionales.

3.4. Vacunación

La vacunación constituye uno de los hitos más importantes en la historia de la salud pública, su descubrimiento y consecuente aplicación ha permitido elevar la esperanza y la calidad de vida de la humanidad, erradicando varias enfermedades que cobraron la vida de millares de personas.

3.4.1. Historia de la vacunación

La vacunación es un proceso que busca inducir una enfermedad o generar protección frente a la misma, estimulando el organismo para que produzca anticuerpos y respuestas inmunitarias generadas por la reacción de la vacuna, esto con el objetivo de que frente a la infección natural, el cuerpo genere una respuesta similar (Galindo et al., 2010), las vacunas se las puede definir como “una suspensión de microorganismos vivos, atenuados, inactivados o sus fracciones, administradas para inducir inmunidad y prevenir enfermedades infecciosas o sus secuelas” (Moreno en Galindo et al., p. 151).

Los datos más antiguos de vacunación de los que se tiene registro datan del siglo VII, pues budistas indios ingirieron veneno de serpiente para ser inmunes a los efectos que una mordedura podía provocar (Castillo en Berdasquera et al., 2000). El hito fundamental que significó un antes y un después en la salud pública, y que inició el estudio y avance en la vacunación fue el descubrimiento del médico inglés Edward Jenner, a quien se le conoce actualmente como el padre de la vacunación, mientras era estudiante escuchó que una campesina de Berkeley en Escocia, sostenía que ella no podía contraer la enfermedad de la viruela pues se había infectado con la viruela del ganado mientras se dedicaba a ordeñar vacas, luego de graduarse como médico dedicó algunos años a la investigación de este suceso y en el 14 de mayo de 1796 inoculó al niño James Phipps con la linfa de una pústula de viruela obtenida de la ordeñadora Sara Nelms, quien había contraído la enfermedad, posteriormente para comprobar si era realmente eficiente su descubrimiento infectó al mismo niño con el virus de la viruela humana y este nunca enfermó, estos resultados lo publica en 1798 en *Variolae Vaccine*, 10 años luego esta vacunación se había extendido por el mundo (Plotkin en Berdasquera et al., 2000).

Para el año de 1885, los avances realizados en materia de inmunología y microbiología habían sido importantes, en este año el químico y biólogo francés Louis Pasteur descubre la vacuna antirrábica inoculando a Joseph Meister con esta (Berdasquera et al., 2000), este mismo año el bacteriólogo James Ferrán descubre la vacuna anticolérica probándola con buenos resultados en la epidemia de Alicante (Parish en Berdasquera et al., 2000).

En 1896 Fraenkel, Beumer, Peiper y Wrigth, inician con la vacunación antitifoídica con fines preventivos (Berdasquera et al., 2000). En 1922 se descubre la vacuna contra la tuberculosis (BCG), que se denomina de esta manera en honor a sus descubridores Albert Calmette y Camile Guerin (Galindo en Berdasquera et al., 2000).

Para 1923 se desarrolla la vacuna contra la difteria por Gastón Ramón, y en ese mismo año, la vacuna contra la tos ferina es descubierta por Thorvald Madsen (Berdasquera et al., 2000). En 1932 Sawver, Kitchen y Lloyds encuentran la vacuna contra la fiebre amarilla y, en 1954 se descubre la vacuna contra la poliomielitis (Galindo en Berdasquera et al., 2000).

En 1966, Hilleman junto a sus colaboradores descubren la vacuna antiparotídica de virus vivos atenuados, y al año siguiente Auslien descubre la vacuna contra el neumococo, Gotschlich en 1968 realiza la vacuna antimeningocócica C, y en 1971 la antimeningocócica A (Berdasquera et al., 2000). David Smith en 1970 descubre la vacuna contra el Haemophilus influenzae, y 3 años después Takahasi descubre la vacuna contra la varicela. Maupas y Hilleman desarrollan la vacuna contra la hepatitis B en 1976. La médico Cubana Concepción de la Campa, descubre en 1987 la vacuna contra el meningococo B (Galindo en Berdasquera et al., 2000).

3.4.2. Importancia de la vacunación

“Hoy en día podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que la vacunación, junto con la potabilización de las aguas, es la medida preventiva más eficaz para disminuir la morbi-mortalidad de un gran número de enfermedades” (Cáceres, 2021).

Uno de los logros más destacables de la vacunación es que ha permitido controlar varias enfermedades y erradicar algunas de ellas, evitando su mortalidad y sus efectos a la salud, como es el caso de la viruela, antes de la vacunación la viruela era una enfermedad que afectaba indiferentemente a niños y adultos produciendo una mortalidad de un 30% a nivel mundial, los esfuerzos por controlar esta enfermedad empiezan a partir de 1948, y en 1967 la OMS lanza la campaña de vacunación contra la viruela a nivel mundial, declarándola erradicada en 1979 (Ibídem).

Los programas de vacunación desarrollados han tenido un éxito indiscutible, entre el 2000 y el 2018 las muertes por sarampión han disminuido en un 73% a nivel mundial, según la Organización Panamericana de la Salud en Latinoamérica y el Caribe, entre 2006 y 2011 se evitaron 174.000 muertes de niños menores de 5 años gracias a los programas de vacunación (Valenzuela, 2020).

En el año de 1988, la Organización Mundial de la Salud estimó que 787.000 recién nacidos morían por tétanos neonatal, lo que representaba un 6.7% de 1000 nacidos vivos, siendo un grave problema de salud pública, por ello en 1991 se lanza una estrategia para la eliminación del tétano neonatal y maternal, que buscaba la inmunización de mujeres embarazadas con la vacuna antitetánica y también de mujeres en edad fértil con dosis de esta, como resultado de esta estrategia se evidenció la reducción del 92% del número de nacidos muertos debido al tétano, y se ha evitado la parálisis de 8 millones de personas en el mundo; en el caso de la polio para el 2012 se consideraba como una endemia solo en 3 países, comparándolo con 1988 que se consideraba una endemia en 125 países en el mundo, por eso se supone como una de las enfermedades próximas a erradicarse (Cáceres, 2012).

Es importante destacar que la eficacia de las vacunas se evidencia primero por la prevención y reducción de las tasas de mortalidad, pero además, se debe destacar el impacto económico de las mismas, se estima que por cada dólar invertido en vacunación se devuelven \$16 dólares en ahorros en cuanto atención médica y aumento de productividad económica. Se estima que los programas de inmunización entre el 2001 y el 2020, en un estudio realizado en 73 países, han evitado 20 millones de muertes y ahorrado 350.000 millones de dólares en costos de enfermedades (Cabezas, 2019).

Por ello el esfuerzo que se realiza por la inoculación de las personas, sobre todo en la infancia, es vital, pues la vacunación masiva a permitido luchar contra enfermedades prevenibles y que han diezmando poblaciones a lo largo de la historia; sin embargo, una preocupación hoy en día es el avance de los movimientos anti vacunas, que han provocado el rebrote de enfermedades que estaban cercanas a ser erradicadas, los brotes de estas enfermedades inmune prevenibles se han dado en comunidades no vacunadas, por ejemplo, en Berlín entre octubre de 2014 y agosto de 2015, se registraron 1344 casos de sarampión, mientras que en 2018 inició un brote de sarampión en comunidades judío ortodoxas de Nueva York (Ibídem), es decir que la decisión de no inocularse en estas poblaciones tiene un repercusión fuerte, sobre todo si se toma en cuenta el sarampión estaba cerca de ser erradicado.

3.4.3. La vacunación en Ecuador

En nuestro país las primeras acciones de vacunación se inician a partir del año 1942 aproximadamente, en el año de 1943 arranca la campaña de protección masiva antivariólica mediante la vacuna DT (mixta o doble), que previene las enfermedades de tétanos y difteria, luego indica la protección a niños con la vacuna BCG, indicada en la prevención de la tuberculosis, en 1972 se desarrolla la primera campaña de prevención de la enfermedad anti poliomielítica, y en 1974 inicia la lucha contra el sarampión, no obstante, estas campañas de vacunación no eran permanentes y solían realizarse frente a brotes de estas enfermedades, en consecuencia su eficacia era escasa. Ecuador a partir de diciembre del año 1976 constituyó el Programa Ampliado de Inmunizaciones PAI por sus siglas, este programa se basa en las resoluciones WHA 27.57, aprobada en mayo de 1974 y WHA 30.53 de 1977 por la Asamblea Mundial de la Salud, siendo el primer país latinoamericano en implementar este programa y aplicar las recomendaciones de la Asamblea de la Salud de la OMS y el plan decenal de salud para las Américas, su implementación fue progresiva, primero en las provincias de Pichincha, Manabí, Carchi e Imbabura, y para 1982 se amplió en todo el país, siguiendo las normas técnico-administrativas elaboradas por el PAI; y a partir de 1978 se implementa del carnet de vacunación en el que se registran el control de las vacunas y las dosis recibidas por los niños menores de 5 años (Vásconez et al., 2007).

El Ministerio de Salud Pública es el ente rector en materia de Salud, encargado de la política de salud en el país y el responsable de organizar, gestionar y garantizar los programas de vacunación, la Ley Orgánica de la Salud señala en el artículo 52, que es competencia de la autoridad sanitaria nacional proveer a los establecimientos de salud de los biológicos e insumos para enfermedades inmunoprevenibles que se contemplan en el esquema básico de vacunación, esta debe ser de forma oportuna, permanente y gratuita (Asamblea Nacional, 2015).

Formalmente el Estado ecuatoriano es el garante del derecho a la salud y como tal debe asegurar a todas las personas el acceso a los esquemas de vacunación completos, con vacunas seguras y gratuitas. El descubrimiento de las vacunas y desarrollo e implementación de campañas de vacunación ha sido uno de los hitos que han transformado la salud pública en el mundo, elevando la esperanza de vida y mejorando su calidad, controlando y en algunos casos erradicando enfermedades mortales o que generaban secuelas irreversibles, es por ello que la vacunación es vital para el desarrollo de una sociedad sostenible y de un país seguro;

mientras mayor sea el acceso de la población a estos programas mayor será el goce y disfrute del derecho a la salud en el Estado, además que la inversión realizada en estos procesos es menor a los elevados gastos que le representa al Estado el tratamiento de este tipo de enfermedades prevenibles.

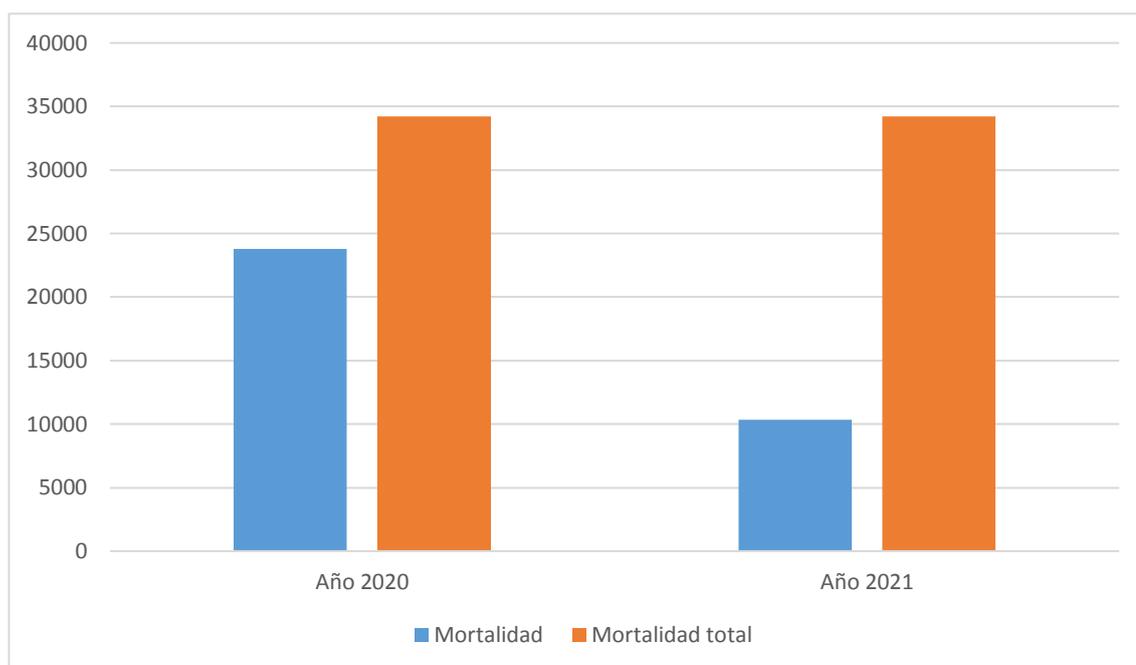
3.4.4. La Vacunación durante el Covid-19

Una de las medidas primordiales y más esperadas para frenar el aumento de casos de COVID-19 y, sobre todo la mortalidad asociada al mismo, ha sido la vacunación masiva de la población, a nivel global la política de vacunación que se ha implementado ha permitido relajar las medidas de bioseguridad en los diversos países, reduciendo las restricciones impuestas, permitiendo abrir fronteras y reanimar el turismo, lo que evidentemente ha generado una recuperación económica de los países.

En Ecuador la política de vacunación contra el Covid-19, denominada Plan Vacunarse, empezó en el mes de enero del año 2021, siendo los primeros vacunados el personal de salud, y paulatinamente las vacunas se aplicaron a personas en mayor contacto humano, personas que se encontraban en alguna situación de vulnerabilidad, para posteriormente generalizarla a toda la población. Según datos del Observatorio Social del Ecuador, en nuestro país el 78% de la población se encuentra completamente vacunada, el 6.6% se encuentra parcialmente vacunada y el 27.4% tiene colocado el refuerzo, es decir que 13.65 millones de personas están completamente vacunadas, esto para el 14 de marzo del 2022 (Observatorio Social del Ecuador, 2022).

La mortalidad generada por el virus ha presentado una notable disminución en el año 2021, año en que se inició la campaña de vacunación.

Figura 1



Comparación de la mortalidad del Covid 19 entre los años 2020 y 2021

Fuente de la información. Ministerio de Salud Pública

Elaboración: propia

Si comparamos el número de fallecidos por año con el promedio total de fallecidos, tomando en cuenta que los datos se basan en información oficial, sin considerar los excedentes de defunciones, el año 2020 es el que mayor número de muertes registra, que representaría el 69,515% del total, el año 2021 representaría el 30,253%; si bien el año 2022 todavía no concibe una cifra total, considerando el número existente durante el primer trimestre del 2022, se realizó una estimación de todos los trimestres del año arrojando un porcentaje del 0,92%; consecuentemente la reducción porcentual en el número de muertes entre el 2020 y 2021 sería de 39,26 puntos.

3.4.5. Marco Legal de la vacunación en Ecuador

Es indudable la importancia que ha adquirido la política de vacunación a nivel global, siendo una de las medidas sanitarias de mayor eficacia para la lucha contra la transmisión y mortalidad asociada a varias enfermedades prevenibles; pero a pesar del éxito que han representado las vacunas en la historia de la sanidad pública, todavía existen conflictos a nivel social en cuanto a su aplicación, por lo que ha sido necesaria la injerencia jurídica para regularlos. En Ecuador, el marco jurídico que regula la vacunación es casi inexistente,

situación que se concluye luego de una revisión al aparatage normativo del país. No existe una norma que imponga de manera explícita que la vacunación tiene el carácter de obligatorio, siendo por tanto voluntaria, si bien, la Ley Orgánica de la Salud atribuye al Ministerio de Salud Pública la posibilidad de determinar la obligatoriedad de ciertas vacunas cuando lo creyere conveniente, esta ley no determina el modo en que debe declararse esta obligatoriedad, ni los efectos y alcances de la misma, siendo una anomia en el marco jurídico ecuatoriano.

Por ejemplo en países como Italia, mediante la denominada Ley Lorenzin, se impone la obligatoriedad de vacunación para menores de 5 años, contra enfermedades como la varicela, poliomielitis, sarampión, rubeola, y parotiditis, impidiendo el acceso a guarderías y escuelas a los niños que no estén inmunizados e imponiendo multas a los padres que no hayan vacunados a sus hijos (BBC, 2019), en el caso de Francia se impone la obligatoriedad de la vacunación contra la difteria, tétanos y poliomielitis, mediante el Código de Salud Pública (El País, 2019).

Es decir, los países que han declarado la obligatoriedad de la vacunación contra determinadas enfermedades lo han hecho mediante leyes en las que se han establecido de manera clara, los alcances, efectos y las sanciones aplicables en los casos de incumplimiento.

En Ecuador, el 20 de marzo del año 2012 el Ministerio de Salud Pública, mediante el acuerdo ministerial No. 00000461 acordó disponer la implementación obligatoria del esquema de inmunizaciones establecido por el mismo Ministerio, indicando que será de cumplimiento obligatorio por las instituciones públicas, privadas y profesionales del sector de la Salud, disponiendo la utilización obligatoria del formato de carnet de vacunación vigente; sin embargo, este acuerdo ministerial no determina como se efectivizará la disposición, como se garantizará su cumplimiento, tampoco dispone de sanciones para quien no cumpla con él mismo y, esto resulta lógico considerando que el Ministerio de Salud Pública no tiene competencia para ello (Ministerio de Salud Pública, 2012).

3.4.6. La obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19 en Ecuador

En el marco de la pandemia de Covid-19, el Ministerio de Salud Pública mediante un documento al que lo denominó Lineamientos de Obligatoriedad de la Vacunación contra el SARS Cov-2, emitido el 23 de diciembre del año 2021, declaró obligatoria la vacunación contra el Covid-19 en Ecuador.

En esta disposición se indica como obligatoria esta vacunación para todas las personas dentro del territorio ecuatoriano, en cuanto a lineamientos, en términos generales, se implanta que las vacunas son de acceso universal y gratuito, que se realizará en los centros médicos habilitados para el efecto. Con base al numeral 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Salud, se declara la obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19 en el territorio nacional, indicando además que se emitirá un certificado de vacunación, y que serán las autoridades competentes las encargadas de vigilar el cumplimiento de estos lineamientos mediante el control del mismo para la realización de actividades no esenciales, exceptuando aquellas dedicadas a la salud, educación, trabajo y servicios públicos. A partir de la emisión de estos lineamientos, se solicitó el carnet de vacunación en centros comerciales, restaurantes, cines, entidades del sistema financiero, entidades públicas, aeropuertos, transporte público, entre otras, para el ingreso a sus instalaciones.

La base legal que se utiliza es la Constitución y la Ley Orgánica de Salud. La referencia realizada a la Constitución inicia señalando que en ella se reconoce y garantiza el derecho a la salud, citando al numeral 1 del artículo 3, que trata sobre la garantía sin discriminación de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, al artículo 32 sobre la garantía del derecho a la salud y los principios que rigen el mismo, al numeral 7 del artículo 83 sobre la promoción del bien común y la anteposición de intereses generales sobre particulares, cita sin embargo el numeral 2 del artículo 85, en base al cual, cuando la prevalencia del interés general sobre el particular vulnera o amenace con vulnerar derechos, estas políticas deberán reformularse o adaptarse a medidas que concilien los derechos en conflicto, a los artículos 358 y 359 que refieren sobre el Sistema Nacional de Salud y su composición, el artículo 361 y 362 que establecen que la rectoría del Sistema Nacional de Salud se ejerce a través de la autoridad sanitaria nacional, y el artículo 363 que indica que entre las responsabilidades del Estado se encuentra asegurar el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces (Ministerio de Salud Pública, 2021).

En cuanto al marco constitucional que se utiliza para justificar la implantación de la obligatoriedad de la vacunación, el derecho a la salud es un derecho constitucional de prestación y debe ser garantizado por el Estado, por lo que resulta correcta la apreciación que se realiza en este sentido; se cita luego el numeral 7 del artículo 83 sobre la prevalencia del interés general sobre el particular, que para el caso resulta evidente y sería una de las bases sobre la que se sustentaría la vacunación masiva, pero se contradice al citar el numeral

2 del artículo 85, porque este apartado regula sobre la necesidad de reformular políticas públicas cuando estas de alguna manera vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales como consecuencia de la prevalencia de este interés, es decir, están afectando de manera directa a un derecho constitucional con la implementación de la vacunación obligatoria, por lo que de su misma motivación se colige que deberían reformular la política para conciliar los dos derechos en cuestión, siendo inoportuno la cita y referencia que se realiza a este apartado.

En los artículos 358 y 359 únicamente aluden a la composición del sistema Nacional de Salud, y siendo así no hay nada que observar en este sentido. La rectoría del Sistema Nacional de Salud regulado en los artículos 361 y 362, señalan que la autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública y son competentes para formular, regular, normar y controlar la política de salud y su prestación, en ningún momento la Constitución le da competencia para restringir derechos, por lo que desde esta situación se estaría extralimitando. La Ley Orgánica de Salud, también se usa como fundamento dentro del marco legal, en este cuerpo normativo se determina que el ente rector de salud, esto es, la Autoridad Sanitaria Nacional, es el Ministerio de Salud Pública, y que en el numeral 4 del artículo 6 se señalan entre las responsabilidades de este, declarar la obligatoriedad de las inmunizaciones contra determinadas enfermedades, en los términos y condiciones que la realidad epidemiológica nacional y local así lo requiera, definir las normas y el esquema básico de inmunizaciones y, proveer sin costo los elementos necesarios para cumplirlo, por tanto, entre una de las facultades que se le otorga al Ministerio de Salud Pública es declarar la obligatoriedad de la vacunación en casos determinados acorde a la realidad que puede afrontar el país; es interesante notar que si bien la ley faculta al Ministerio de Salud Pública la declaración de vacunas de carácter obligatorio, la ley no faculta a este ente para exigir la presentación de certificados de vacunación como documentos habilitantes para el ejercicio de derechos.

Resulta lógica la falta de competencia del Ministerio de Salud Pública, considerando que al menos formalmente, según lo dispone el numeral cuarto de la Constitución de la República, ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos, además en consonancia al análisis realizado en el capítulo segundo de este trabajo, sobre los límites al derecho a la libre movilidad, que es el derecho que de manera directa se ha limitado en este caso, se busca restringir un derecho mediante un documento al que ni siquiera se le ha dado el carácter de acuerdo ministerial, se expuso ya, que la limitación a este derecho podría ser

de manera ordinaria mediante la misma norma constitucional, situación que no ocurre en el caso ecuatoriano, tampoco se ha impuesto como una limitación extraordinaria por medio de un estado de excepción, y dentro de las limitaciones positivas, tomando en cuenta al Pacto de Derechos Civiles y Políticos por el cual la limitación operaría solo cuando medie una ley que de manera clara y específica la contenga; ya son dos años desde el inicio de la pandemia y Ecuador no tiene ninguna ley para gestionarla, y mucho menos ha promulgado una ley que contenga la obligación clara de que se impone la restricción a la libre movilidad de personas no vacunadas contra el Covid -19, por lo que esta categoría tampoco aplica en el caso. Por consiguiente, por más que el fundamento se encuentre en este artículo de la Ley Orgánica de la Salud, la ley únicamente faculta al Ministerio de Salud Pública a establecer el carácter de obligatorias de ciertas vacunas, pero no faculta para que imponga sanciones para aquellas personas que no acceden a ellas y mucho menos faculta al Ministerio de Salud Pública para que restrinja derechos, como el caso del derecho a la libertad de movilidad para las personas no vacunadas contra el Covid-19, mediante la exigencia de un certificado de vacunación para circular de manera libre por ciertos establecimientos relacionados con actividades no esenciales (Ibídem).

La obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19 ha sido ya declarada en algunos países, pero la aplicación de esta medida ha sido objeto de debate legislativo, en el caso de Francia se aprobó la Ley del pase de vacunación, mediante la cual se impone la obligación de presentar el certificado de vacunación para acceder a restaurantes, cines, teatros y para tomar trenes de larga distancia, limitando el acceso de aquellas personas que no accedan a la vacunación o que no hayan completado el esquema, además de la imposición de sanciones para quien presente un certificado de vacunación falso (DW, 2022), por su parte el parlamento alemán se encuentra actualmente debatiendo sobre la ley que declararía obligatoria la vacunación contra el Covid-19 en su territorio, y, en el caso de Italia se impone la obligatoriedad de la vacunación para personas que trabajen en el área de salud, siendo este un requisito para acceder a sus puestos de trabajo (Chadwick, 2021).

Ecuador ha declarado la obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19, y, en base a esta declaración ha procedido a restringir derechos, sin embargo, es cuestionable la forma en que se ha realizado, pues, el Ministerio de Salud Pública se atribuye funciones que no le corresponden para restringir derechos, considerando que estos desde una primera vista son irreductibles y, si presentan un conflicto deben resolverse aplicando el principio de

proporcionalidad, pero no ignorando el aparato constitucional como se ha hecho en este caso.

CAPÍTULO 4

La Ponderación de Derechos

4.1. Conceptualización

4.1.1. Las reglas y los principios

Ponderar viene del latín *Pondus*, que significa Peso. Uno de los elementos centrales de la ponderación son los principios, que tiene una clara distinción de las reglas, esta distinción se desarrolló principalmente por Ronald Dworkin y sus críticas frente a la teoría positivista de H.L.A Hart, mediante la cual el autor utilizaba a los principios con un claro enfoque anti positivista (Bodorowski, s.f). Surge a mediados del siglo XX, si bien ya existieron algunas nociones sobre los principios, sobretodo en relación a los principios del derecho, la concepción de principio de manera clara surge a raíz del desarrollo del autor. La tesis de Dworkin nace a raíz del positivismo rígido que existía, y su desarrollo se cimentó en dos sentencias de la jurisprudencia estadounidense, *Riggs vs Palmer* y *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, de 1889 y 1960 respectivamente, en las que las decisiones se fundamentaron no en base a reglas, si no en base a principios; en el caso de las reglas estas se aplican en el sentido de todo o nada mediante el método de subsunción, es decir, que si los hechos se adaptan a la regla, esta se aplica, caso contrario, no; en el caso de los principios su aplicación se basa en el sistema de los pesos, en pocas palabras, de su importancia, porque estos colisionan y la primacía de uno u otro depende de la importancia que se le dé en ese caso concreto (Rentería, 2017).

Dworkin sentó las bases para el desarrollo de la teoría de los principios, pero fue el alemán Robert Alexy quien la elevó al nivel que hoy conocemos, este autor mencionó que las constituciones modernas tienen dos tipos de normas, por una parte estarían las que constituyen y organizan los poderes del Estado, pues se enfocan en la atribución de poder; y por otra, las que limitan y dirigen el poder, que serían los derechos fundamentales, y frente a este tipo de normas hay dos teorías, una rigurosa denominada teoría de las reglas y, una amplia denominada teoría de los principios (Alexy, 2009).

Alexy señala que según la primera teoría, las normas que garantizan los derechos fundamentales, se diferencian de manera esencial de otras que conforman el sistema jurídico, porque se encuentran en la cúspide del mismo, pero no existe ninguna diferencia estructural; al hacer el análisis de la segunda teoría, Alexy describe que los derechos fundamentales se insertan en un marco más grande y señala que en Alemania con la

resolución del caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló completamente este amplio marco (Ibídem).

En el caso al que se refiere el autor, Erich Lüth motivó al público para boicotear las películas de Veit Harlan que se realizaron después de 1945, porque este fue uno de los más fervientes nazis, especialmente con su película *El judío Suss*, el tribunal de primera instancia de Hamburgo resolvió que no se debía hacer el llamado al boicot, porque se atentaba contra el artículo 826 del Código Civil que prohíbe causar daño a propósito, Lüth promovió una queja constitucional. El Tribunal Constitucional consideró que el llamado al boicot de Lüth estaba protegido por la libertad de expresión, en disonancia a la consideración del tribunal de primera instancia, por ello cuando una norma del derecho civil conlleve a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que exista una ponderación de principios constitucionales en colisión. En base a esto debía primar la libertad de expresión, por lo que Lüth ganó (Alexy, 2009).

Esta sentencia enlazó tres ideas fundamentales:

1. Los derechos fundamentales no solo tienen un carácter de reglas, sino también de principios.
2. Los principios valen para todos los ámbitos del derecho, y desde esta perspectiva irradian todo el sistema jurídico.
3. De la estructura de los principios se desprende que unos con otros tienden a colisionar, y estas colisiones solo podrán resolverse mediante ponderación.

4.2. **El principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, al que se lo denomina también proporcionalidad en sentido amplio, ha adquirido importancia en el derecho Constitucional de los últimos tiempos, sobre todo por el desarrollo del Tribunal Federal Alemán, constituyéndose como un límite para las limitaciones, pues, los derechos actuarían como límites a las limitaciones que a ellos se los puedan imponer, ya sea por excesos, omisiones o acciones que de manera injustificada anulen su ejercicio, elevando a su vez la pretensión de ejercicio del derecho (Clérigo, s.f). Para Ramiro Ávila Santamaría, el principio de proporcionalidad es el que permite legitimar la intervención del Estado sobre los Derechos Humanos (Ávila, 2008). Este principio de proporcionalidad, se constituye de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido; los principios como mandatos de

optimización se refieren al hecho de que, los principios exigen la máxima realización posible en base a las posibilidades fácticas y jurídicas, los dos primeros subprincipios estarían relacionadas a la realización de las posibilidades fácticas y el tercer subprincipio a las posibilidades jurídicas (Alexy, 2003).

El subprincipio de adecuación, o idoneidad, busca establecer una relación de medio-fin, por tanto, la restricción que sufre un derecho debe ser útil para lograr el fin perseguido (Clérigo, s.f). Excluyendo el empleo de medios que perjudiquen la realización de al menos uno de los principios (Alexy, 2009).

El segundo subprincipio de necesidad, va a examinar si la intervención es indispensable por no existir un instrumento más moderado para su consecución, es por ello que entre las posibilidades que existan para lograr el fin, deberá optarse por aquella que sea menos gravosa o restrictiva de los derechos (Clérigo, s.f), consecuentemente, de entre los medios que promuevan a uno de los principios, se debe escoger el que sea menos invasivo para el otro principio (Alexy, 2009).

Por ello, la medida que se adopte, deberá ser útil para lograr el fin que se persigue con la misma, excluyendo aquellos que no garanticen ninguno de los derechos, y deberá ser de entre todas las que existan, la que represente un coste menor para el derecho que se afectaría con su aplicación. Se busca en resumidas cuentas optimizar las medidas que se apliquen.

El tercer subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, denominado también ponderación, busca la optimización en cuanto a las posibilidades jurídicas, y que se relaciona con la denominada ley de la ponderación (Ibídem). Se podría considerar entonces que la ponderación es parte del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y es el paso último para establecerla.

Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. (Cuello et al., 2017)

4.3. La ponderación

Los derechos fundamentales se consideran entonces como normas tipo principio. La ponderación es la forma en la que se aplican los principios, por cuanto se ha convertido en un principio metodológico indispensable en el ejercicio de la función jurisdiccional, sobre todo por los tribunales constitucionales encargados de la aplicación de los mismos (Bernal, 2003). A estos principios se los categoriza como mandatos de optimización, verbigracia de que requieren la realización en medida de las más altas posibilidades tanto fácticas como jurídicas (Alexy, 2009). Al ser los derechos requeridos de realización en la mayor medida posible, estos tienen a confrontarse con otros principios, lo que genera una colisión, si a prima facie son relevantes dos o más normas que en un caso en concreto sean incompatibles entre sí, a saber, la ponderación permite resolver esta incompatibilidad de las normas prima facie, no va a resolver por tanto todas las posibles colisiones que se presenten entre los principios, si no en un caso concreto (Ibídem).

Uno de los aspectos centrales del enfoque de ALEXY está dado por el hecho de que los principios, por constituir mandatos de optimización, no tienen un carácter definitivo, sino sólo prima facie. Si un principio exige una acción para un caso, dicha acción será la que definitivamente deberá ser realizada sólo luego de considerar a los principios opuestos y a las posibilidades fácticas. Las reglas, por su parte, parecen tener un carácter definitivo. (Caminos, 2014, p.56)

4.3.1. Estructura de la ponderación

La ponderación se estructura de los siguientes elementos:

1. La ley de la ponderación.- se resume en: “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (Alexy, 2009, p. 9), esta ley se comprende de tres pasos:

1.1. Debe constatar el grado de incumplimiento de uno de los principios.

1.2. La importancia de la realización del otro principio.

1.3. Comprobar si la importancia en la realización de uno de los principios justifica la no realización del otro.

El primer y segundo principio son análogos, pues en los dos se tiende a instaurar el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios y la importancia de satisfacción del otro (Bernal, 2003). Alexy ha expresado que la afectación de estos principios puede

dimensionarse por tres intensidades: leve, moderada y grave, o sea, se ha de medir la intensidad de la intervención a uno de esos principios y el peso de las razones por las cuales se ha preferir el otro, Alexy usa un ejemplo, sobre la obligación que tienen los productores y distribuidores de tabaco de colocar en las etiquetas de sus productos que fumar produce problemas a la salud, en este caso existiría una intervención en la libertad de profesión u oficio, pero esta intervención se la podría catalogar como leve, mientras que las razones que estarían justificando esta intervención se relacionarían con proteger la salud de la población frente a los efectos que puede generar el cigarrillo, dimensionándola como grave, siendo así, se fijaría la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de las razones que justifican la intervención como grave (Alexy, 2003). Es importante acotar que esta valoración siempre se la realiza en concreto.

En cuanto a las escalas de intervención, Alexy menciona que a las mismas se las podría identificar con letras, leve (l), moderada (m), grave (g), y que esta afectación es distinta si se refiere a los derechos de protección, que podríamos llamarlos también como derechos de prestación, que son principalmente aquellos que requieren de una acción estatal, o a los derechos de defensa que exigen más bien una omisión por parte del Estado. Para el autor cuando se refieran a los derechos de defensa, cualquier afectación se la podría considerar como una intervención, por ello en lugar de decir grado de afectación, propone denominar intensidad de la intervención, mientras que cuando se habla de no satisfacción, se estaría más bien refiriendo a los derechos de protección, por ello, si bien en este sentido también existe una intervención del Estado al no realizar dicha satisfacción, los derechos de protección exigen un actuar positivo, por ello Alexy se refiere a esta como intervención por medio de una no satisfacción (Alexy, 2003). Empero esto se centra más que nada en cuestiones de lenguaje que no implica un tratamiento al tema que nos ocupa, y por ello el mismo autor menciona que utilizar intervención aplicaría para ambos tipos de derechos. Robert Alexy afirma que las intervenciones en los principios siempre son concretas, en tal caso, la magnitud de dicha intervención será también concreta.

Para referirnos a la intervención en un derecho se puede utilizar la variable I_{Pi} (I se refiere a intensidad y Pi sería el principio) y obviamente a esta se le otorgará una intensidad, el autor señala que existe otra variable que se debe considerar que se relaciona a un peso en abstracto, que estaría ligado a la concepción social, es decir, cuando existe una colisión en cuanto a derechos fundamentales estos derechos tienen la misma relevancia desde el punto de vista constitucional; a pesar de ello, hay ocasiones en las que es la sociedad la que le

otorga una relevancia por los valores morales que primen en ella (Bernal, 2003), esto es, si frente al principio que se analiza existiese la variable del peso en abstracto a la misma se la identificaría con la letra G, y la variable final sería GPI, pero si el principio no tiene esta variable sería solo IPI, cabe anotar que si los dos principios han sido reconocidos con este peso abstracto entonces esta variable se eliminaría (Alexy, 2003).

Otros autores consideran que cuando se trata de derechos fundamentales los pesos abstractos no son relevantes en la aplicación práctica, pues, todos se refieren a derechos de igualdad jerárquica,

Sin embargo, es importante acotar que cuando se emplea la ponderación para interpretar derechos fundamentales, los pesos abstractos no son relevantes. En efecto, todos los derechos fundamentales al deducirse de la dignidad humana, tienen el mismo peso abstracto y se encuentran, en principio, a un mismo nivel. (Portocarrero, 2017)

Alexy estima que puede también agregarse al final de la variable la letra C, para resaltar que es un caso en concreto, pero como la ponderación siempre refiere a estos casos, este particular podría obviarse. Incluso por razones de economía, a la intensidad de la intervención podría solo referirse como Ii, llegando a ser sinónimo con IPI, o IPIc.

La primera variante se referirá a la intensidad y la segunda a la magnitud de valoración, que es importancia de la satisfacción del otro principio, identificándola de igual manera como L, M, G.

Que tan intensa sea la restricción de uno de los principios dependerá de que tan importante sea la satisfacción del otro. Al momento de aplicar la ley de la ponderación se tomará en cuenta que se trata de dos principios que se encuentran en colisión, y como tal tienen un mismo rango;

De los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en Pi tenga en la satisfacción del principio contrario, que debe denotarse con Pj, La importancia concreta de la satisfacción de Pj se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre Pj la omisión de la intervención en Pi. (Alexy, 2003, p. 23)

En cuanto a la importancia de la intervención se la podría determinar con la variante W, entonces sería WPj, para referirse a la importancia. Se determinó en el párrafo anterior que esto se hará mediante valores que se asignen a las letras L, M, G, que determinarán el grado de intervención, y la importancia (Alexy, 2003).

Además existe otra premisa que debe considerarse y es la seguridad de las premisas empíricas respecto a la importancia de satisfacer P_j y de intervenir P_i , a esta variable de la definirá como S , y se expresa de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy en Portocarrero, 2017, p. 216). Los valores que se le adscribirían a su vez a la variable S son, seguro (s), plausible (p) y no evidentemente falso (e), pudiendo agregar valores de 2°, 2-1, 2-2, respectivamente.

La tercera arista de la ley de ponderación, mediante la cual se evidenciaría la aplicación de las dos primeras, en cuanto a la intensidad de las afectaciones e importancia, y se obtendría el resultado, se lograría mediante el empleo de la denominada fórmula de peso.

2. Fórmula de peso

La fórmula de peso es la que va a generar el resultado de la ponderación, poniendo en práctica las variantes definidas. Para esta fórmula a cada elemento de la triada se le va a dar un valor, por ejemplo, leve puede ser 1, moderada 2 y grave 3. Alexy presenta una fórmula a la que denomina diferencial, en esta fórmula se deben obtener las diferencias que se generen en base a la intervención y a la importancia (Alexy, 2003).

La fórmula en un primer momento se reflejaría:

$$P_{i,j} = I_{P_i} - W_{P_j}, \text{ si se le agregan valores } = I_{P_i} \cdot 2 \text{ y } W_{P_j} \cdot 1, P_{i,j} = 2 - 1 = 1$$

La fórmula se aplica para cada principio para establecer la relación condicional.

En los casos de empate ninguno de los principios puede prevalecer frente al otro.

Suele emplearse también los valores en base a series geométricas, la ventaja es que se pueden aumentar los valores de manera gradual, dependiendo tanto de la intensidad como de la importancia. En este caso se aplicaría una fórmula de cociente.

$I_{P_i} \cdot g$

$W_{P_j} \cdot m$

A esta fórmula se la considera un tanto más precisa, porque en ella se han de agregar además los valores correspondientes a aquellas que tengan pesos abstractos y los que se

refieren a la seguridad empírica. Alexy, sin embargo señaló, que las dos variables que son los pesos abstractos, y la seguridad empírica han de usarse solo cuando estos factores son desiguales, porque si las dos variables son iguales es inútil (Ibídem).

Aplicando valores sería:

$IP_i=3$

$WP_j=1$

Dando como resultado 3

En cuanto a la forma en que se han de entender los resultados, Alexy explica:

“En los casos en los cuales P_i precede a P_j , $G_{i,j}$ recibe un valor mayor que 1” (Alexy, 2009, p. 28).

“En los casos de primacía de P_j , el peso concreto de P_i desciende por debajo de 1” (Ibídem).

Es decir si $P_i > 1$ y P_j es < 1 , prima el principio P_i y la solución que presenta, pero si $P_i < 1$ y $P_j > 1$, prima el principio P_j y la solución que este presenta.

La aplicación de la fórmula se complica cuando se han de evidenciar más de dos principios en colisión, que se resolvería mediante una fórmula de acumulación aditiva, que no se abordará.

En base al resultado que se obtenga de la aplicación de la fórmula, se determinará el grado de satisfacción de cada principio y la intensidad de su afectación, definiendo finalmente el derecho que deberá primar, luego de la aplicación en concreto a cada principio.

3. La ley de colisión

La ley de colisión es la representación formal del resultado de la ponderación. Esta ley manifiesta una precedencia condicionada entre dos principios lo que genera una regla aplicable en un caso en concreto, en base a esta ley toda ponderación generará finalmente una norma concreta a la que se subsumirán las circunstancias del caso en concreto (Portocarrero, 2017). La ley de la colisión enuncia:

Si el principio P_i en las circunstancias particulares C , tiene precedencia sobre el principio P_j : $(P_i \succ P_j) C$, y si el principio P_i , en las circunstancias C deriva la

consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C-> R. (Alexy en Portocarrero, 2017, p.218)

Siendo en ese momento el punto en el que se intersectan la ponderación y subsunción, dejando sin efecto la afirmación de que las dos son contrarias.

4. Las cargas de argumentación

Las cargas de argumentación se refieren a la exigencia de fundamentación y el respeto a los precedentes. Se vinculan con la exigencia de fundamentación, pues cualquier afectación que se genere a un derecho fundamental o a un bien colectivo debe contar con argumentos que la justifiquen (Portocarrero, 2017). En cuanto al respeto de precedentes, cuando existan casos que sean análogos, la argumentación exige que de no existir argumentos para justificar una solución distinta, los casos análogos deberán ser resueltos de la misma manera (Ibídem).

Para Portocarrero, las cargas de argumentación tendrían un aspecto estático y uno dinámico, el dinámico se reflejaría en la posibilidad de intervenir en el ámbito de los principios siempre que existan argumentos suficientes que no impliquen una desproporción; mientras que el estático sería una fuerza estabilizadora de las decisiones judiciales, debido a que deberán mantenerse inalterables en casos futuros análogos, siempre que no existan argumentos que justifiquen su cambio, según Alexy quien se quiera apartar de un precedente, tiene una carga argumentativa en contra (Portocarrero, 2017).

Estas cargas de argumentación se aplican de igual manera en aquellos casos en los que luego de la aplicación de la fórmula de peso existe un empate, porque los principios son idénticos, en este sentido, Alexy parece dar dos criterios acerca de cómo se debe aplicar la carga de argumentación, por una parte en el capítulo denominado Teoría de los Derechos Fundamentales y otra en el que se denomina el Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales.

En la Teoría de los Derechos Fundamentales, Alexy defiende que la carga argumentativa se genera a favor de la libertad e igualdad jurídica, que en este caso coincidiría con el famoso “in dubio pro libertate”, con base a esto, se asume que ningún principio que vaya en contra de estos, podría prevalecer sobre ellos, a menos que tengan razones más fuertes que lo justifiquen (Bernal, 2003). Por lo que se entiende que en el caso de empate, si los principios opuestos a la libertad e igualdad jurídica no tuviesen razones mayores, y tuviesen en su defecto un peso igual, deberá darse la precedencia a los primeros.

En el Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales, Alexy presenta una carga argumentativa por la cual, en caso de empate, es la decisión que se está enjuiciando la que aparecería como no desproporcionada, es decir, que los empates juegan a favor del acto que se enjuicia y cuando este acto es la ley, juegan a favor de la ley, por ello, a favor del legislador; consecuentemente cuando se encuentre en colisión una ley, esta deberá declararse constitucional por haberse producido dentro de la competencia que da la Constitución al legislador (Ibídem).

Si consideramos estas dos posturas en los casos de empate, se podrían entender que la carga de argumentación a favor de la libertad e igualdad jurídica se presentaría cuando estén en colisión estos principios, y en los otros casos se aplicaría la segunda carga de argumentación.

4.4. La racionalidad en la ponderación

Una de las principales críticas a la ponderación se centra en la racionalidad para aplicar las variantes que permiten obtener el resultado, pues se considera que responde a un criterio de subjetividad de los jueces.

Uno de los críticos de la ponderación es Habermas, su primera crítica se dirige a la idea de los derechos fundamentales como principios, pues para él, desde esta perspectiva, se les está dando a los derechos fundamentales la caracterización de valores, y estos deben ser concretizados, ocasionando que la interpretación de los derechos fundamentales se oriente a fines externos, radicando el problema en que perderían su carácter deontológico alcanzando solo un carácter teleológico; además que los valores y su grado de importancia radicarían en el contexto en que sean reconocidos y se validarían solo para la persona o el grupo de personas para el que sea reconocidos, a diferencia de las normas que determinan que es bueno para todos dentro del marco jurídico vigente (Portocarrero, 2015). Al momento que la jurisdicción constitucional asume la idea de que los derechos fundamentales se los puede reconstruir como principios, se tornan en una instancia autoritaria y esta reconstrucción de los derechos fundamentales como valores-principios elimina su carácter de deber ser, y al perder este carácter, pierden a la vez su fuerza vinculante, quedando la aplicación de los principios sujeta a la escala de valores que el aplicador de justicia conciba en su interpretación (Ibídem).

Según esta primera crítica, el problema se centraría en el ablandamiento de los derechos fundamentales, y la irracionalidad, pues se ponderaría en base a la subjetividad.

La segunda objeción trataría sobre un problema conceptual, para Habermas con la ponderación el derecho es sacado del ámbito de lo que es válido e inválido, correcto e incorrecto, o justificado y se centraría más bien en representaciones ideales como la mayor o menor adecuación o conceptos como la discrecionalidad (Alexy, 2009), esto ocasionaría la pérdida de la categoría de corrección, el derecho necesariamente está vinculado a la pretensión de corrección, pues si la ponderación estuviese en contra de esta, no tendría lugar en el derecho (Ibídem).

El autor Alexy refuta estas críticas usando como ejemplo el caso de la revista Titanic, en este se valoró la libertad de expresión de la revista, frente el derecho a la personalidad del oficial parapléjico al que se le denominó asesino nato y posteriormente inválido. El Tribunal Constitucional Federal Alemán realizó una ponderación, para la cual determinó la intensidad en el perjuicio a estos derechos, la intervención en el derecho a la libertad de expresión fue considerada como más grave por la indemnización que requería, que la afectación al derecho a la personalidad con la determinación de asesino nato, a la que se atribuyó una intensidad de afectación media, pues esta revista tenía la característica de ser satírica. Con sustento en estas gradaciones, fue más desproporcionada la intervención en el derecho a libertad de expresión que la intervención en el derecho a la personalidad. Una intervención a un derecho fundamental es desproporcionada si no está justificada por otra igualmente intensa intervención en otro principio (Alexy, 2009).

Esta regla, que puede denominarse “regla de desproporcionalidad”, establece una relación para los juicios sobre grados de intensidad y el juicio sobre la proporcionalidad. Los primeros son las razones para el juicio sobre la proporción y la desproporción. Los juicios de proporcionalidad, como todos, enarbolan una pretensión de corrección y ésta tiene como razones los juicios de grados de intensidad sobre los que se apoya; esto basta para no desterrar la ponderación del reino de lo justificado. (Alexy, 2009, p. 12)

4.5. La ponderación en Ecuador

La Constitución de Ecuador indica en el artículo once numeral ocho, que el desarrollo de los derechos será de manera progresiva mediante normas, jurisprudencia y políticas públicas, este artículo está directamente relacionado con la teoría del contenido esencial de

los derechos, que ya fue descrita en el capítulo segundo, pero que en forma sucinta se comentará; cuando se habla de contenido esencial de los derechos se refiere a aquella parte indisponible del derecho, sin la cual este se desnaturaliza o se desconfigura, buscando dividir lo que es indisponible en un derecho fundamental de aquello que es disponible, se divide en tres teorías, la primera es la teoría absoluta, que propugna que el contenido esencial de los derechos tiene un núcleo fijo, inmutable y ex ante, que se establece para los derechos y debe permanecer independientemente de cualquier intervención legislativa que se realice, pudiendo intervenir solo en la zona de periferia.

La teoría relativa considera que el contenido de los derechos no se determina ex ante, no es inmutable y tampoco determinado en abstracto, pues muchas veces los derechos se relacionan en los casos concretos y por ello su contenido no puede ser predeterminado, en consecuencia, el contenido esencial de un derecho será determinado en concreto luego de la aplicación del principio de proporcionalidad mediante la ponderación.

La teoría mixta combina los dos postulados citados.

Principalmente la teoría relativa es la que permitiría la aplicación de la denominada ponderación, esta se encuentra dentro de las reglas para la solución de antinomias y conforma las técnicas de interpretación constitucional.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, fija en el artículo tres los métodos para la interpretación de la Constitución, señalando que las normas constitucionales deben interpretarse en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y que en los casos de duda, en el sentido que más favorezca a la vigencia de los derechos reconocidos en la misma y que respete la voluntad del constituyente, esto en concordancia al artículo 427 de la Constitución que norma que se deberá interpretar al tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, acorde a lo que se denomina interpretación literal de las normas, esta forma de interpretación busca encontrar el sentido de una norma en el texto de la misma (Anchondo, 2012), en los casos de duda se interpretará en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos, acorde al denominado método de interpretación sistemático, este busca extraer del texto de la norma una interpretación que sea acorde con el contenido global de la norma a la que pertenece (Ibídem), y que mejor respete la voluntad del constituyente conforme al denominado método histórico, este busca entender cuál es el sentido que pudo influir en la creación de esa norma,

es decir, averiguar que buscaba el legislador al crearla (Anchondo, 2012); y según los principios generales de interpretación constitucional.

Entre los métodos y reglas de interpretación constitucional que se establecen en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se encuentran:

1. Regla de solución de antinomias.- cuando existan contradicciones entre normas jurídicas se deberá aplicar la norma competente, jerárquicamente superior, especial o posterior.

2. Principio de proporcionalidad.-

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.-

Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- en virtud de la cual las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que regulen con el fin de no hacerlas inoperantes, ineficientes o contrarias a principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- las normas jurídicas deberán interpretarse a partir del contexto global del texto normativo con el fin de lograr entre las normas coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- las normas se deberán entender a partir del fin que persiga el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es clara se atenderá a su tenor literal, sin perjuicio del uso de otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación.- cuando fuere necesario, la interpretación se realizará atendiendo a los principios generales del derecho, la equidad, así como a los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación (Asamblea Nacional, 2020).

Como se puede apreciar del numeral dos y tres, se prescribe al principio de proporcionalidad y a la ponderación como métodos de interpretación constitucional, al referir al principio de proporcionalidad señala que se deberá evaluar que la medida a emplearse cumpla con los subprincipios de idoneidad, necesidad, y que esta demuestre un equilibrio entre la protección y restricción constitucional, es decir, cumpla con el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

En cuanto a la ponderación se refiere que se la realizará en el caso concreto, y deberá cumplir con la denominada ley de ponderación.

Una cuestión que genera incógnita es que si la proporcionalidad y la ponderación como métodos de interpretación constitucional son autónomos, o de la realización del uno, depende la realización del otro. Por la descripción de la ley podría entenderse que son dos métodos diversos, pues los describe de manera separada; no obstante al describir la proporcionalidad incluye como uno de sus pasos el cumplimiento de la ponderación, y esto podría entenderse puesto que para autores como Bernal Pulido, la ponderación es parte del principio de proporcionalidad al ser su tercer subprincipio, que exige que cualquier intervención en un derecho fundamental reporte tales ventajas al mismo, que permitan justificar las desventajas de dicha intervención (Bernal Pulido, 2007).

Otros autores consideran que la ponderación tiene un ámbito de aplicación de mayor amplitud que el principio de proporcionalidad, porque el principio de proporcionalidad no puede resolver cualquier contradicción entre principios (Baquerizo, 2019). A decir del autor Arroyo, la ponderación se convierte en un método decisorio que se genera ante un conflicto de normas que no se resuelve mediante establecimiento de una relación de preferencia incondicionada (Arroyo, 2014), es decir, para solucionarla se ha de aplicar una relación de preferencia condicionada que es justamente la que se establece en la ley de ponderación; mientras que la proporcionalidad es más bien un método de control de decisiones que adopta el poder público (Ibídem).

Se entendería que, la ponderación permite una aplicación basta, en el sentido que forma parte de la proporcionalidad, pero puede aplicarse también de forma autónoma, dando

como resultado determinar la proporcionalidad de una medida, corroborando esto porque la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la describe, primero como parte del principio de proporcionalidad y luego de manera autónoma.

Es importante destacar que es toda la regulación que se plantea en este sentido, no existe un desarrollo mayor sobre la forma en que se ha de proceder ni tampoco los casos en que se aplica, además que no especifica si esto deberá hacerlo exclusivamente la Corte Constitucional o en su defecto los administradores de justicia en general.

Si tomamos en cuenta el artículo 436 de la Constitución, en el numeral primero indica que entre las funciones de la Corte Constitucional, está ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos mediante sus dictámenes y sentencias, en las que sus decisiones serán vinculantes, por lo que se deduce que esta función le compete a la Corte Constitucional, además de notar que el desarrollo de la ponderación como uno de los métodos de interpretación surge principalmente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, estando desde esta visión la Corte Constitucional facultada en este caso para hacerlo.

Ahora, si se toma en cuenta el artículo once sobre los principios de aplicación de los derechos, que en el numeral 5 menciona que, en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, se podría entender que esta es una interpretación que no se reduce a la Corte Constitucional.

CAPÍTULO 5

5. Ejercicio de ponderación entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el Covid 19

5.1. Antecedentes

La pandemia de Covid 19 ha sido uno de los eventos trascendentales que la humanidad ha experimentado durante este último siglo, la sociedad se vio enfrentada a una enfermedad nueva que cambió de manera drástica su vida, los Estados y sus gobiernos no se encontraban preparados para enfrentar las consecuencias de esta crisis sanitaria mundial, implementando diversas medidas para contrarrestar los efectos que causaba, siendo estos devastadores no solo para la salud y los sistemas sanitarios, si no en general para las diversas aristas que suponen el desarrollo de los países. La vacunación fue una de las medidas de éxito que permitió frenar los números de contagios, reducir la letalidad asociada al virus y la mortalidad que presentaba, además de coadyuvar a que los Estados relajen las medidas que se encaminaron a la contención del virus, lo que permitió un respiro para sus golpeadas economías; sin embargo, la implementación de esta medida trajo consigo una consecuencia interesante, la exigencia de presentar este carnet de vacunación para el ingreso a lugares públicos, incluso en Ecuador la vacunación se declaró como obligatoria mediante un documento denominado Lineamientos de Obligatoriedad de la Vacunación contra el SARS Cov-2, emitido el 23 de diciembre del año 2021 por el Ministerio de Salud Pública, si bien la Ley Orgánica de Salud atribuye al Ministerio de Salud Pública la posibilidad de declarar como obligatorias ciertas inmunizaciones cuando la realidad epidemiológica lo requiera, esta ley no atribuye la facultad de exigir la presentación de documentos de vacunación para el ejercicio de ningún derecho, incluido en esto la libertad de movilidad en lugares públicos, por lo tanto no es competente para restringir este derecho, peor aún por medio de un documento que no cumple con los criterios requeridos para que la restricción sea constitucional. Empero, a pesar de que se cuestiona la forma en que se implementó la obligatoriedad de la vacunación contra el Covid 19 y la competencia del Ministerio de Salud Pública para determinarla, esta obligatoriedad y el requerimiento del carnet de vacunación para el ejercicio de la libre movilidad están vigentes y por lo tanto se consideran válidas.

Durante el desarrollo de este trabajo de titulación se ha tratado de entender cuál es el alcance que tienen dos derechos que, a entender de la autora, se han confrontado con la

implementación de esta medida, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el Covid 19, a su vez se ha tratado de reflejar las consecuencias que el virus ha dejado y las virtudes que ha tenido la vacunación en este sentido. La implementación de esta medida, ¿es proporcional?, tomando como premisa que busca resguardar el derecho a la salud de la población, pero restringe a su vez otro derecho como es la libertad de movilidad, es importante tomar en cuenta que los derechos no son ilimitados, por lo tanto son susceptibles de restricción, pero lo que se cuestiona es más bien la forma en que se lo hace, por ello con el afán de averiguar este supuesto se plantea desarrollar a continuación un ejercicio de ponderación o de proporcionalidad en estricto sentido, que tomará como fundamento el desarrollo de los cuatro primeros capítulos.

5.2. Aplicación de la Ponderación

La ponderación de derechos como método de interpretación constitucional se analizó ya, así como la forma en que ha de aplicarse, esta tiene una máxima que es la denominada Ley de Ponderación, por la cual: “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (Alexy, 2009, p. 9).

Se ha señalado que se compone de tres pasos, siendo el tercer paso en el que se establece la relación condicionada de los dos primeros pasos para obtener el resultado.

- El primer paso se refiere a constatar el grado de incumplimiento o la intensidad de intervención de uno de los principios.
- El segundo se establece en el sentido de determinar la importancia de la realización o satisfacción del otro principio.
- El tercer paso, es la aplicación de la fórmula de peso, que establece la relación condicionada entre las variantes de los dos primeros pasos.

Las variables que se utilizarán son las siguientes:

I-> Intensidad de la intervención de uno de los principios

W-> Importancia de la realización de uno de los principios

i-> Principio 1, Salud

j-> Principio 2, Libertad de movilidad

1. Intervención o incumplimiento de los principios

En el caso que nos ocupa, el principio que está siendo intervenido es el derecho a la libertad de movilidad, a esta variable se la identificará como IP_j, mientras que el derecho a la salud como IP_i.

2. Importancia de la satisfacción de los principios

En cuanto a la importancia de satisfacción o realización de los principios, se le va a asignar la variable WPI para salud, en este caso la importancia recaerá en el derecho de salud, refiriéndose al principio a la libertad de movilidad como WP_j.

Para la valoración de cada una de las variables se aplicará la escala tríadica propuesta por Robert Alexy, que se compone de las siguientes intensidades: leve que se identificará con la letra L y se le asignará un valor de 1, moderada que se identificará con la letra M y se asignará un valor de 2, y grave que se identificará con la letra G y se asignará un valor de 4.

3. Fórmula de peso

Las variables que representan a la intensidad de la intervención y a la importancia de la satisfacción, tienen una relación condicionada. Para aplicar la fórmula de peso se utilizará la fórmula del cociente, esta fórmula además contendría los valores de los pesos abstractos, y la variable de la seguridad de las premisas empíricas.

A la seguridad de las premisas empíricas se identificará con la letra S, y se les darán los siguientes valores, S seguro y el valor será 1, P plausible y el valor será ½ y E no evidentemente falso y el valor será ¼.

Se anota que la aplicación de cada variable se realizará para cada uno de los principios, para establecer una relación condicional por cada variable hasta obtener finalmente el resultado.

5.2.1. Aplicación práctica

1. Intervención en los principios

El análisis de cada uno de los derechos ya se realizó de manera autónoma en los capítulos primero y segundo, y son estos análisis los que servirán de base para el valor que se le acredita a cada una de las premisas, presentando a continuación un resumen somero de cada uno.

El derecho a la Salud es un derecho humano reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 25, por el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 11, por la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 24, en el Protocolo de San Salvador en el artículo 10 y desarrollado ampliamente en la Observación General número 4. En términos generales el derecho a la salud se refiere a lograr un nivel de vida adecuado que asegure condiciones de vida dignas, esto se realiza mediante el acceso a una alimentación adecuada, agua, vivienda, etc., y a su vez se interrelaciona de manera directa con el derecho a la vida, siendo la salud un bien en sí mismo, pero también el conducto para el ejercicio de otros derechos. En la Constitución Ecuatoriana el derecho a la salud se reconoce en el artículo 32, y en estos términos se convierte en un derecho de prestación, pues el responsable de garantizarlo es el Estado, esto se recalca con la disposición del artículo 3 numeral 1, que señala, que entre los deberes primordiales del Estado se encuentra garantizar sin discriminación el goce de los derechos reconocidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales, en particular, entre otros, se encuentra el derecho a la salud. La parte orgánica de la Constitución entre los artículo 358 y 366, regula la forma en que se garantizará este derecho mediante la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, siendo el ente rector de este el Ministerio de Salud Pública. Cuando existe un problema de salud pública, este se convierte en una cuestión de interés público, por el perjuicio general que ocasiona a la salud de la población y al desarrollo normal del Estado.

Según datos de la OMS, por ejemplo, para terminar el 2020, el Covid 19 representó un total de 1,8 millones de muertes a nivel global, pero tomando en cuenta el excedente de ese año que se ubicó en 3 millones de muertos, las cifras son importantes; a nivel nacional se estima, según datos del Ministerio de Salud Pública, que el costo de vidas humanas como consecuencia de esta pandemia fue de un aproximado de 35,550 personas, esto hasta inicios del mes de marzo de 2022, pero existiendo un excedente de 84,747 personas, teniendo una tasa de mortalidad del 9,9% aproximadamente, sin anotar los costes a nivel económico, social y cultural que le representó al Estado la contención de la pandemia y el contagio masivo que implicó la misma. Por otra parte uno de los hitos fundamentales que marcaron la historia de la salud pública, ha sido el desarrollo de la vacunación, como uno de los medios idóneos para prevenir enfermedades y evitar muertes masivas; aplicada al Covid 19, la política de vacunación masiva, representaría una reducción del 69,515% del total de muertes durante el año 2020 a un 30,253% para el año 2021, si bien para el 2022 todavía no puede reflejarse una cifra oficial, considerando el número de muertes existente durante el primer trimestre del 2022, y proyectando esto en los otros tres trimestres, se realizó una estimación

que arroja un porcentaje del 0,92%; consecuentemente la reducción porcentual en el número de muertes entre el 2020 y 2021 sería de 39,26 puntos, y con el 2022 de 68,595%. En cuanto a cifras de contagio de la enfermedad, para el mes de abril del 2022, se ha mantenido una cifra constante de 32,52 personas por cada cien mil habitantes, una cifra baja en comparación con los años anteriores, garantizar el acceso a la vacunación y la disposición social a realizarla, ha sido y es vital para frenar el avance de los casos de coronavirus, reducir su letalidad y evitar la mortalidad, y consecuentemente superar la pandemia, (todas estas cifras se desarrollaron de manera extendida en el capítulo 3).

Es por eso, que tomando como fundamento los capítulos primero y tercero, se considera que cualquier intervención que se realice sobre el derecho a la salud, en este caso, se intervendría el mismo en el momento en que una persona no accede a la vacunación, o en aquellos casos en que el Estado omitiere garantizar este derecho por insuficiencia en la provisión de vacunas, por la importancia que estas tienen sobre la salud y consecuentemente sobre la vida de los individuos, como ya se ha demostrado, la intensidad de una intervención de esta naturaleza se estima como grave, por lo que se le otorga un valor de 4.

$IP_i = G = 4$

En cuanto al derecho a la libertad de movilidad encontramos que es un derecho de contenido amplio y complejo, reconocido también como un derecho humano por parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 13, la libertad de movilidad parte de la noción de libertad del ser humano, consagrándose como una de las libertades fundamentales, y que engloba tres aspectos importantes, la libertad de moverse o circular por el territorio de un Estado, la posibilidad de entrar y salir de él, y de establecer la residencia de manera libre dentro del mismo. Se encuentra regulado también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desarrollado de manera extensa en la Observación General Número 27. En el ámbito nacional es reconocido por la Constitución dentro del catálogo de derechos de libertad, en el numeral 14 del artículo 66, que garantiza la posibilidad de transitar de manera libre por el territorio del Estado, y, entrar y salir de él sin restricciones, salvo que la prohibición de salida sea impuesta por un juez competente; los lugares de este territorio por los cuales se podría transitar de manera libre serían aquellos a los que se los cataloga como lugares públicos, que en esencia, son aquellos que independientemente del origen de su financiación permiten un uso público, y un comportamiento social activo o pasivo. Las limitaciones a este derecho son posibles, pero siempre y cuando sean justificadas, pudiendo ser ordinarias, las que se establezcan dentro

del mismo texto constitucional, como la prohibición de salida del país por un juez competente, extraordinarias, las que se realizan mediante los denominados estados de excepción, las limitaciones positivas que se realizan mediante leyes, en el caso ecuatoriano, no existen limitaciones positivas en este sentido; por ende cualquier limitación que salga de este ámbito se consideraría inconstitucional, consecuentemente con el denominado documento “Lineamientos de obligatoriedad de la vacunación contra el SARS Cov-2”, se restringe el derecho a la libertad de movilidad por una autoridad incompetente y mediante un documento que no alcanza el carácter de ley, el análisis de este particular ya fue desarrollado de manera amplia en el capítulo 3. Sin embargo, estas restricciones son vigentes, se han generado de manera amplia y todavía se siguen generando, pues se exige el carnet de vacunación para ingresar a lugares públicos, impidiendo el ingreso de aquellas personas que no porten el mismo; por ello sopesar este principio y su grado de afectación resulta importante para evidenciar si esta medida sería proporcional, o llega a vulnerar derechos de manera arbitraria.

La libertad de movilidad es una libertad básica y fundamental, no obstante, la intensidad en la afectación al mismo, en virtud de la exigencia de un certificado de vacunación para ingresar a un lugar público es leve, pues si se toma en consideración las cifras que representa la vacunación en cuanto a niveles de contagio, letalidad y mortalidad del virus, se refleja el éxito de la medida, siendo, como se ha demostrado, una medida idónea y necesaria, que no omite por ello una restricción al derecho a libertad de movilidad, pero que lo interviene de manera mínima, y únicamente para actividades no esenciales. Es por ello que se le otorga un valor de 1.

$$\begin{array}{cc}
 \text{IP}_j = L = 1 & \\
 \text{IP}_i, j = G & \text{IP}_j, i = L \\
 \hline
 L & G \\
 \text{IP}_i, j = 4 & \text{IP}_j, i = 1 \\
 \hline
 \frac{\quad}{1} = 4 & \frac{\quad}{4} = 0.25
 \end{array}$$

La intensidad de la intervención del principio IP_j , que se está sacrificando, es de 0.25, es decir menor a 1, mientras que la intensidad de la intervención sería superior en el principio

IPi, con un valor de 4, por tanto mayor a 1. “En los casos en los cuales Pi precede a Pj, Pi,j recibe un valor mayor que 1” (Alexy, 2009, 28), en este caso la intensidad de la intervención es superior para el principio IPi, pues este ostenta un valor superior a 1.

2. Importancia de la satisfacción

Tomando en cuenta las cifras expuestas, podría considerarse que la importancia en la intervención en cuanto al principio a la salud es grave, pues la vacunación ha frenado los contagios, la letalidad y mortalidad asociada al virus, y en el sentido se protege la salud resguardando también la vida, por lo que se le atribuye una valoración de Grave, mientras que la importancia en cuanto al derecho a la libertad de movilidad se podría considerar Leve, pues la exigencia de presentar un carnet de vacunación no es un limitante sustancial para el ejercicio de este derecho, ya que lo limita solo para actividades no esenciales.

$$WP_i = \text{Grave} = 4$$

$$WP_j = \text{Leve} = 1$$

$$WP_i, j = G$$

$$WP_j, i = L$$

L

G

$$WP_i, j = 4$$

$$WP_j, i = 1$$

$$\frac{\quad}{1} = 4$$

$$\frac{\quad}{4} = 0.25$$

1

4

La importancia de la intervención es superior para WP_i , con un valor de 4, siendo mayor que uno, precediendo a la importancia que representa el principio WP_j , con un valor menor a 0.25, siendo menor que uno.

3. Para aplicar la fórmula de peso, además de determinar los pesos concretos de las variables 1 y 2 para establecer la relación condicionada, es necesario también determinar los valores que corresponden a los pesos abstractos y las premisas empíricas.

En el caso de los pesos abstractos, considerando al artículo 11 numeral 6, estos se eliminarían en este ejercicio.

La seguridad de las premisas empíricas, que básicamente se refiere a la certeza de las premisas que fundamentan dicha intervención, representadas por la variable S, se consideran seguras; por una parte, la exigencia de un carnet de vacunación para movilizarse de manera

libre restringe un derecho fundamental como es el de libertad de movilidad, por lo que su intervención en el mismo es segura, pero a su vez esta exigencia permite el mayor acceso de la población a la vacunación generando certeza en cuanto a la protección al derecho a la salud, y desde este punto de vista, la justificación para su exigencia es de igual manera segura. Es decir, la variable sería equitativa, por lo que se eliminaría.

Relación condicionada de las variables

$$\frac{IP_{i,j= G}}{L} = \frac{IP_{j,i= L}}{G}$$

$$\frac{IP_{i,j= 4}}{1} = 4 \quad \frac{IP_{j,i= 1}}{4} = 0.25$$

$IP_i > 1$

$IP_j < 1$

$$\frac{WP_{i,j= G}}{L} = \frac{WP_{j,i= L}}{G}$$

$$\frac{WP_{i,j= 4}}{1} = 4 \quad \frac{WP_{j,i= 1}}{4} = 0.25$$

$WP_i > 1$

$WP_j < 1$

Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el «peso concreto» del principio P_i en relación con el principio P_j en el caso. Si el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j es mayor que el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i , el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio P_i . Si, por el contrario, el peso

concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio Pj. (Bernal, 2006,p. 64)

La intensidad de la intervención para el principio IPj es tan solo de 0,25, siendo en este caso $IPj < 1$, mientras que la importancia de la satisfacción de IPi es de 4, siendo en este caso $WPI > 1$, debiendo resolverse de la manera que proscribire la misma, al tener el valor mayor a 1.

4. Ley de Colisión

Esta es la el reflejo del resultado de la ponderación

Si el principio Pi en las circunstancias particulares C, tiene precedencia sobre el principio Pj: $(P_i \succ P_j) C$, y si el principio Pi, en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$. (Portocarrero, 2017).

La restricción al derecho a la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el COVID 19 representa un valor de >1 , y la importancia de la satisfacción del derecho a la salud representa un valor de <1 , se desprende que la intensidad en la intervención es leve, en comparación con la gravedad de la importancia de la satisfacción, por ello, es proporcional la restricción de la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el COVID 19, mediante la exigencia de un carnet de vacunación, con el fin último de resguardar el derecho a la salud de la población.

CONCLUSIONES

La pandemia de Covid 19 significó uno de los eventos trascendentales que la humanidad ha experimentado durante este siglo, su avènement repentino y sus abruptas consecuencias para el desarrollo habitual de los Estados y sus ciudadanos, por sus elevados índices de mortalidad, la saturación del sistema de salud pública y privada que representó su contención, ocasionando que se desatiendan otras enfermedades ya conocidas, agravando la crisis de salud, además de los efectos a nivel económico, social, cultural, educativo que fueron devastadores, aumentando los índices de pobreza y pobreza extrema, razón por la que los Estados se vieron urgidos por la necesidad de adoptar medidas encaminadas a frenar su avance y mitigar sus efectos, entre las que se encontraron la expedición de decretos de estado de excepción, la implementación obligatoria del uso de mascarillas, el distanciamiento social, la suspensión de la presencialidad a nivel laboral y educativo; y entre las medidas más esperadas se encontró la vacunación, siendo esta uno de los avances sanitarios más importantes desarrollados en la historia, pues ha demostrado ser idónea para ayudar a reducir el contagio de enfermedades virales y en algunos casos erradicarlas, aumentando la esperanza y calidad de vida. En el caso de la vacunación contra el Covid 19, esta representó una reducción de la letalidad en Ecuador, de un 69,515% del total de defunciones del año 2020, a un 30,253% en el año 2021, y proyectando un total de 0,92% para el año 2022. Es decir, es una medida eficaz.

La política de vacunación en Ecuador denominada Plan Vacunarse inició en enero de 2021 y se masificó paulatinamente a toda la población, demostrando su efectividad por la reducción del número de casos de Covid 19, la reducción de la letalidad generada por el virus y la reducción en la ocupación hospitalaria y de camas Ucis en los hospitales. El 23 de diciembre de 2021, el Ministerio de Salud Pública declaró obligatoria la vacunación contra el Covid 19 mediante un documento denominado Lineamientos de Obligatoriedad de la Vacunación contra el SARS Cov-2, con el cual además se instauró la obligatoriedad de presentar el certificado de vacunación para actividades no esenciales, como para el ingreso a centros comerciales, instituciones públicas, aeropuertos, transporte público en general, es decir, para acceder a lugares públicos, considerando que la publicidad de un lugar no se basa en el origen de su financiamiento, si no en el uso público que genere. A pesar de que Ecuador no regula legalmente la obligatoriedad de vacunarse, la Ley Orgánica de Salud si atribuye al Ministerio de Salud Pública la competencia de declarar la obligatoriedad de ciertas vacunas en base a la realidad epidemiológica del país, pero no se atribuye la competencia para exigir

certificados de vacunación y mucho menos para restringir la libre movilidad de las personas que no accedan a la vacunación y porten dichos certificados.

La declaratoria de obligatoriedad de la vacunación contra el Covid 19 y la consecuente exigencia de la presentación de un certificado de vacunación, restringe de manera directa el derecho a la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el Covid 19 y esto se lo hace con el afán de garantizar el derecho a la salud, pues las cifras y la realidad epidemiológica actual demuestran que la vacunación es eficiente para contener los niveles de contagios del virus y sobre todo para frenar la letalidad asociada al mismo. Por tanto se genera un conflicto a nivel de derechos fundamentales, es importante anotar que una de las clásicas distinciones entre derechos humanos y fundamentales, según la cual los derechos fundamentales son los derechos humanos que han sido positivizados en la Constitución, actualmente pierde fuerza, por la convergencia del derecho interno e internacional, la amplitud del concepto de dignidad humana y el principio de cláusula abierta. Por ello se ideó determinar si dicha restricción es proporcional.

El derecho a la salud es un derecho reconocido a nivel internacional por la Declaración de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, La Convención sobre los Derechos del Niño, Protocolo de San Salvador, Observación General No. 14, entre otros, y en el ámbito nacional es reconocido en la Constitución de la república en el artículo 32, siendo parte de los denominados derechos del Buen Vivir, derecho que garantiza que los individuos tengan acceso a las condiciones necesarias para alcanzar un nivel de bienestar funcional a nivel físico y mental, es además un derecho de prestación pues el Estado es el garante y responsable primigenio de que sea asequible para toda la población. Este derecho se interrelaciona con otros derechos como son: agua, alimentación, saneamiento ambiental, y tiene a su vez una importancia suprema en la garantía del derecho a la vida, sin embargo no se considera como un medio para lograr otros derechos, si no como un bien en sí mismo.

El derecho a la libertad de movilidad también es reconocido a nivel internacional por la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Observación General No. 27, a nivel nacional es reconocida por la Constitución de la república en el numeral 14 del artículo 66, este derecho abarca tres situaciones fundamentales, transitar libremente por el territorio del país, escoger la residencia y entrar y salir del país libremente. Las limitaciones a este derecho

son posibles, si se encuentran justificadas, pudiendo ser ordinarias, las que se establezcan dentro del mismo texto constitucional, como la prohibición de salida del país por un juez competente, extraordinarias, las que se realizan mediante los denominados estados de excepción, las limitaciones positivas que se realizan mediante leyes, en el caso ecuatoriano, no existen limitaciones positivas en este sentido; es por ello que se cuestiona la forma en que se está restringiendo este derecho en el país, sin embargo las restricciones se encuentran vigentes y por lo tanto se ha valorado si estas cumplen con un criterio de proporcionalidad mediante la aplicación de un ejercicio de ponderación.

La ponderación es uno de los métodos de interpretación constitucional que se establecen en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que tiene como fin determinar, en aquellos casos en los que exista una colisión entre principios, que derecho debe primar. En la aplicación que se realizó en este trabajo, se utilizó la fórmula del cociente, tomando en consideración la importancia que tiene el derecho a la salud y demostrando que la vacunación es eficiente para salvaguardarlo, además de que ha permitido relajar el saturado sistema de salud e impulsar la reactivación económica; mientras que la restricción al derecho a la libertad de movilidad representa una intervención menor, pues es solo para actividades no esenciales, y una importancia inferior considerando la realidad sanitaria en este caso concreto. Por tanto, la intervención al derecho a la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el Covid 19 es leve, con un valor de >1 , mientras que la importancia en la satisfacción del derecho a la salud es grave, con un valor de <1 . Consecuentemente se concluye que es proporcional la restricción de la libertad de movilidad de las personas no vacunadas contra el COVID 19, mediante la exigencia de un carnet de vacunación, con el fin último de resguardar el derecho a la salud de la población.

Bibliografía

Revisión Doctrinaria

A. Enríquez y C. Sáenz, “Primeras lecciones y desafíos de la pandemia de COVID-19 para los países del SICA”, serie Estudios y Perspectivas-Sede Subregional de la CEPAL en México, N° 189 (LC/TS.2021/38; LC/MEX/TS.2021/5), Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46802/1/S2100201_es.pdf

Aguilar, G. (2010). Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el siglo xxi? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 15–71.

Alarcón, F., & Suárez, N. (2020). La salud como derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador. *Polo del conocimiento*, 5(53), 743–758. <https://doi.org/10.23857/pc.v5i12.2141>

Alcántara, G. (2008). La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinaria. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, 9(1), 93–104. <https://www.redalyc.org/pdf/410/41011135004.pdf>

Alexy, R. (2003). La fórmula del peso. *Revista Palestra Editores*, 13–36. <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/66/50>

Anchondo, V. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *QuidJuris*, 16(3), 33–58. <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2012/vol16/3.pdf>

Andrade, J., Naranjo, M., Thodes, G., Guerrero, M., Hermida, A., Orellana, D., & Riofrío, M. (2019). Espacio público en Ecuador estableciendo la necesidad de generar criterios nacionales de su definición, clasificación y evaluación. *Realidades en transformación-ciudad y urbanismo-2019*, 15–25. [file:///C:/Users/users/Downloads/Andradeetal_2019_EspaciopublicoenEcuadorestableciendolanecesidad%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/users/Downloads/Andradeetal_2019_EspaciopublicoenEcuadorestableciendolanecesidad%20(2).pdf)

Arenas, N. (2005). La libertad de circulación en el territorio de los estados. *Universidad de Huelva*, 855–880. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/20400/NURIA%202005.pdf?sequence=2>

Ávila Santamaría, R. (2012). El derecho a la salud en el contexto del buen vivir. La Constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la salud. *Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar*. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2985/1/%C3%81vila,%20R-CON-006-EI%20derecho.pdf>

Banco Central del Ecuador. (2020). *Reporte de pobreza, ingreso y desigualdad*. <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/SectorReal/Previsiones/IndCoyuntura/Empleo/PobrezaDic2020.pdf>

Becerra, M., Valencia, E., & Revelo, R. (2021). Análisis del desempleo durante la pandemia COVID-19 y el impacto en diferentes sectores económicos del Ecuador. *Digital Publisher*, 6(3), 442–451. <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.3.454>

Berdasquera, D., Cruz, G., & Suárez, C. (2000). La vacunación. Antecedentes históricos en el mundo. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 16(4), 375–378. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252000000400012

Bermeo, C. (2012). Un momento de reflexión acerca de las vacunas. *Sanidad Militar*, 68(2), 109–114. <https://doi.org/10.4321/S1887-85712012000200009>

Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Universidad Externado de Colombia*, 225–238. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf

Bernal, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51–75. <file:///C:/Users/users/Downloads/Dialnet-LaRacionalidadDeLaPonderacion-2233706.pdf>

Borowski, M. (2015). La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. *Fundación Manuel Giménez Abad*, 43–69. <file:///C:/Users/users/Downloads/Dialnet-LaPonderacionEnLaEstructuraJerarquicaDelDerecho-5600103.pdf>

Cabezas, C. (2019). Mantener los logros de la vacunación implica también «inmunizar» contra lo que se oponga. *Anales de la Facultad de Medicina*, 80(2), 147–149. <https://doi.org/10.15381/anales.802.16404>

Caicedo, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. *FORO. Revista de Derecho*, 12, 5–29.

Cardona, J. (1998). La salud pública en periodo de crisis. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 14(3). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21251998000300015

Carmona, E. (2021). *Los Derechos Sociales de Prestación y el Derecho a un Mínimo Vital*. Junta de Andalucía. https://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf

Castillo, L. (2006). Residencia, domicilio y vecindad en la jurisdicción electoral. En *Reflexiones temáticas sobre el derecho electoral* (pp. 201–227). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6094/15a.pdf>

Chauca, R. (2021). La covid-19 en Ecuador: fragilidad política y precariedad de la salud pública. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, 28(2), 587–591. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702021005000003>

Clérigo, L. (2000). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. *Palestra editores*, 115–156. <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/71/64>

Comisión Interamericana de Mujeres, Comité de Expertas del MESECVI, & Secretaria Técnica del MESECV. (2020). *La violencia contra las mujeres frente a las medidas dirigidas a disminuir el contagio del COVID-19*. <https://www.oas.org/es/cim/docs/COVID-19-RespuestasViolencia-ES.pdf>

Correa, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, 8(24), 135–161. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>

Cortés, C. (2010). La investigación social en salud: un punto de encuentro para las ciencias sociales y las ciencias de la salud. *Revista Facultad de Medicina*, 58(4), 256–262. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfmun/v58n4/v58n4a01.pdf>

Cruz, I. (2005). La salud colectiva y la inclusión social de las personas con discapacidad. *Investigación y educación en enfermería*, XXIII(1), 92–101. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105215401008>

Figuroa, S., & Cujilema, K. (2018). El Sumak Kawsay desde la perspectiva del sistema jurídico ecuatoriano. *Justicia*, 33, 51–70. <https://doi.org/10.17081/just.23.33.2882>

Franco-Giraldo, L., & Álvarez-Dardet, C. (2008). Derechos humanos, una oportunidad para las políticas públicas en salud. *Gaceta Sanitaria*, 22(3), 280–286. <https://doi.org/10.1157/13123975>

Galindo, M., Arroyo, L., & Díaz, D. (2010). Seguridad en las vacunas y su repercusión en la población. *Revista Cubana de Salud Pública*, 37(1), 149–158. https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/rcsp/v37n1/spu13111.pdf

Gispert Abreu, E., & Castell-Florit Serrat, P. (2020). Respuestas desde la salud pública a la pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2. *Revista Cubana de Salud Pública*, 46. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662020000500010

Granda, E. (2004). ¿A qué llamamos salud colectiva, hoy? *Revista Cubana de Salud Pública*, 30(2). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662004000200009

Guadarrama, A., Mendoza, D., & Andrade, L. (2020). El alcance el derecho la libertad de tránsito en México en tiempos del COVID 19. *Universidad La Salle: Facultad de Derecho*, 205–232. https://repositorio.lasalle.mx/bitstream/handle/lasalle/1697/RA%2035_jul2020-205-232.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hernández, J. (2008). Estado democrático de derecho y arraigo. En Instituto Nacional De Ciencias Penales (Ed.), *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán* (Primera ed., pp. 287–302). INACIPE. https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=Z-rRokiVBC8C&oi=fnd&pg=PA287&dq=el+arraigo+y+la+libertad+de+tr%C3%A1nsito&ots=kdKDDzcC5_&sig=h7mSyL4U_BQbY6Dmi5f_aE0OQRM&redir_esc=y#v=onepage&q=el%20arraigo%20y%20la%20libertad%20de%20tr%C3%A1nsito&f=false

INEC. (2020). *Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo telefónica*. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2020/ENEMDU_telefonica/Principales_Resultados_Mercado_Laboral.pdf

INEC. (2021). *Encuesta Nacional de empleo, desempleo y subempleo 2021*. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2021/Mayo-2021/202105_Mercado_Laboral.pdf

Izquierdo, H. (1989). El Derecho a la Salud en las Américas. *Organización Panamericana de la Salud*, 509, 206–231.

José, M., & Borgaro, R. (1989). Historia universal de la mortalidad. *Salud Pública en México*, 31(1), 3–17.

León Balza, S. F. (1998). Conceptos sobre espacio público, gestión de proyectos y lógica social: reflexiones sobre la experiencia chilena. *EURE (Santiago)*, 24(71). <https://doi.org/10.4067/s0250-71611998007100002>

López Hidalgo, S. (2019). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano. *Cuestiones Constitucionales*, 41, 221–247. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13946>

López, N. (2010). El interés público: entre la ideología y el derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 123–148. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/502/592>

Mataix, C. (2010). Movilidad Urbana Sostenible: Un reto energético y ambiental. *Obra Social: Caja Madrid*. <https://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0536159.pdf>

Ministerio de Finanzas. (2021). *Informe anual de ejecución del Presupuesto General del Estado*. [https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/Informe-Ejecucion-Presupuestaria-2020.pdf#:~:text=Gastos%20totales.,del%20PIB\)%20en%20el%202020](https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/Informe-Ejecucion-Presupuestaria-2020.pdf#:~:text=Gastos%20totales.,del%20PIB)%20en%20el%202020)

Mojica, R., & Morales, M. M. (2020). Pandemia COVID-19, la nueva emergencia sanitaria de preocupación internacional: una revisión. *Semergen*, 46(1), 72–84. <https://doi.org/10.1016/j.semarg.2020.05.010>

Organización Internacional del Trabajo. (2021). *El sistema de salud ecuatoriano y la Covid-19*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_799790.pdf

P, C. (2014). El Principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*, 8(13), 51–74. <file:///C:/Users/users/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProporcionalidad-7181443.pdf>

Parra, M., & Carrera, E. (2021). Evolución de la Covid-19 en Ecuador. *Revista Investigación y Desarrollo I+D*, 13, 27–40. <file:///C:/Users/users/Downloads/1002-38-2406-2-10-20220221.pdf>

Peláez, O., & Más Bermejo, P. (2020). Brotes, epidemias, eventos y otros términos epidemiológicos de uso cotidiano. *Revista Cubana de Salud Pública*, 46(2). <https://www.scielosp.org/article/rcsp/2020.v46n2/e2358/es/>

Peña, L., & Ausín, T. (2015). El valor de la movilidad humana. *Pasando Fronteras*. <https://digital.csic.es/bitstream/10261/112369/1/movilidad.pdf>

Perman, G., Puga, C., Ricci, I., & Terrasa, S. (2020). Daños colaterales de la pandemia por COVID-19 ¿Consecuencias inevitables? *Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires*, 40(4), 2–6. https://www1.hospitalitaliano.org.ar/multimedia/archivos/noticias_attachs/47/documentos/115688_5-40-20-Perman-A.pdf

Portocarrero, J. (2016). ¿Peligros de la ponderación? la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. *Vox Juris*, 31(1), 82–96. <file:///C:/Users/users/Downloads/507-1718-1-PB.pdf>

Portocarrero, J. (2017). Ponderación. *Voces de Cultura de la Legalidad*. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3653/2223>

Prieto Sanchís, L. (2000). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 429–468. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1395/DyL-2000-V-8-Prieto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pulgarín-Arias, A. F., & Bustamante-García, H. C. (2019). El interés público y su atomización. Bases para fundamentar una tesis en materia de regulación en contabilidad y control. *Contaduría Universidad de Antioquia*, 74, 171–197. <https://doi.org/10.17533/udea.rc.n74a08>

Puyol, A. (2014). ¿Quién es el guardián de nuestra propia salud?: responsabilidad individual y social por la salud. *Revista Española de Salud Pública*, 88(5), 569–580. <https://doi.org/10.4321/s1135-57272014000500003>

Ramos, B. (2000). La nueva Salud Pública. *Revista Cubana de Salud Pública*, 26(2). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662000000200001

Rentería, A. (2017). Hart, Dworkin: reglas y principios. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 20, 113–128. <http://www.rtfed.es/numero20/10-20.pdf>

Rousseau, J.-J. (2007). *Contrato Social*. Espasa Calpe S.A. http://juliobeltran.wdfiles.com/local--files/cursos:ebooks/Rousseau,%20J.%20J._El%20contrato%20social.pdf

Sanabria Moyano, J. E., Merchán López, C. T., & Saavedra Ávila, M. A. (2019). Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Ágora USB*, 19(1), 132–148. <https://doi.org/10.21500/16578031.3459>

Sánchez, M. (2014). ¿Qué es la bioética? *Curso introductorio de bioética para profesionales de salud*. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/12/3.-Qu%C3%A9-es-la-bio%C3%A9tica.pdf>

Tórtora, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 167–200. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>

Valenzuela, M. (2020). Importancia de las vacunas en Salud Pública: hitos y nuevos desafíos. *Revista Médica Clínica las Condes*, 31(3–4), 233–239. <https://doi.org/10.1016/j.rmclc.2020.03.005>

Vásconez, N., Pozo, G., & Leal, I. (2007). El Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). En *La equidad en la mira: la Salud Pública en Ecuador durante las últimas décadas* (pp. 256–270). <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/55553.pdf>

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 5-19-EE/19B. Caso No. 5-19-EE, 16 de octubre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N. 016-16-SEP-CC. Caso No. 2014-12-EP, 13 de enero de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N. 328-19-EP/20. Caso No. 328-19-EP, 24 de junio de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.364-16-SEP-CC. Caso No. 1470-14-EP, 15 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002-18-PJO-CC. Caso No. 0260-15-JH, 20 de junio de 2018.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 904-12-JP/19. Caso No.904-12-JP, 13 de diciembre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.639-19-JP/20 y acumulados. Caso No. 639-19-JP y acumulado, 21 de octubre de 2020.

Jurisprudencia Internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1/2020, 10 de abril de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam, 15 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, 31 de agosto de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, 27 de noviembre de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 28: Derecho a la salud / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH, 2020.

Legislación

Acuerdo Ministerial 00000461. Ministerio de Salud Pública. Quito, 20 de marzo de 2012.

ACUERDO No. 00005212. Suplemento del Registro Oficial No. 428. Quito, 30 de enero de 2015.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Diario Oficial. 9 de septiembre de 1949.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. Quito, 20 de octubre 2008.

Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF. 20 de noviembre de 1989.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica de Movilidad Humana. Suplemento-Registro Oficial No. 938. Quito, 6 de febrero de 2017.

Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423. Quito, 22 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo. Suplemento-Registro Oficial No. 790. Quito, 5 de julio de 2016.

Lineamientos de obligatoriedad de la vacunación del SARS-CoV-2. Ministerio de Salud Pública. Diciembre de 2021.

Observación General No. 27. Comité de Derechos Humanos. 2 de noviembre de 1999.

Observación General No. 14. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 12 de mayo 2000.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Social y Culturales. Organización de las Naciones Unidas. 3 de enero de 1976.

Pacto Internacional de Derechos y Civiles y Políticos. Asamblea General de la ONU, resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966.

Protocolo de San Salvador. Departamento de Derecho Internacional OEA. 17 de noviembre de 1988.

Prensa

Banco Central del Ecuador (31 de marzo de 2021). La pandemia incidió en el crecimiento 2020: la economía ecuatoriana decreció 7,8%. <https://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/1421-la-pandemia-incidio-en-el-crecimiento-2020-la-economia-ecuadoriana-decrecio-7-8>

Banco Central del Ecuador (31 de mayo de 2021). La economía ecuatoriana inicia la recuperación económica con una expansión del 2,8% en 2021. <https://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/1431-la-economia-ecuadoriana-inicia-la-recuperacion-economica-con-una-expansion-del-2-8-en-2021>

Banco Mundial (2 de diciembre de 2020). Debido a la pandemia de Covid-19, 72 millones de niños más podrían verse afectados por la pobreza de aprendizajes. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/12/02/pandemic-threatens-to-push-72-million-more-children-into-learning-poverty-world-bank-outlines-new-vision-to-ensure-that-every-child-learns-everywhere>

Banco Mundial (8 de junio de 2020). La Covid19 (Coronavirus) hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>

BBC News (2019). Italia prohíbe ir a la escuela a los niños no vacunados. <https://www.bbc.com/news/world-europe-47536981>

Coba, G (31 de enero de 2022). Primicias. <https://www.primicias.ec/noticias/economia/proyecciones-crecimiento-ecuador-mantienen-mejora/>

Deutsche Welle (16 de enero de 2022). Parlamento de Francia aprueba pase de vacunas contra Covid-19. <https://www.dw.com/es/parlamento-de-francia-aprueba-pase-de-vacunas-contracovid-19/a-60442610>

Deutsche Welle (8 de mayo de 2020). La OMS confirma aumento de violencia contra mujeres por cuarentenas. DW. <https://www.dw.com/es/oms-confirma-aumento-de-violencia-contra-mujeres-por-cuarentenas/a-53366780>

Diario El Comercio (17 de abril de 2020). Ecuador registró 7954 llamadas por violencia intrafamiliar durante la emergencia sanitaria. <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/ecu911-alertas-violencia-mujer-confinamiento.html>

Diario el país (9 de julio de 2017). Francia establece la vacunación obligatoria para 11 enfermedades. https://elpais.com/elpais/2017/07/06/mamas_papas/1499332165_960207.html

Guterres, A (2020). Cobertura sanitaria universal y unos sistemas de salud robustecidos. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/coronavirus/articulos/scale-investment-universal-health-coverage-and-stronger-health-systems>

Lauren Chadwick (07 de diciembre de 2021). Covid19 en Europa: ¿Qué países avanzan hacia la vacunación obligatoria? Euronews. <https://es.euronews.com/my-europe/2021/12/07/covid-19-en-europa-que-paises-avanzan-hacia-la-vacunacion-obligatoria>

Observatorio Social del Ecuador (2021). Vacunación contra la Covid 19 en Ecuador. <https://www.covid19ecuador.org/vacunas>

Observatorio Social del Ecuador (2022). Personas fallecidas por coronavirus en Ecuador. <https://www.covid19ecuador.org/fallecidos>

ONU (1 de junio de 2020). La pandemia de Coronavirus interrumpe los tratamientos contra el cáncer y otras enfermedades crónicas. Noticias ONU. <https://news.un.org/es/story/2020/06/1475312>

Organización Panamericana de la Salud (11 de marzo de 2020). La OMS caracteriza a Covid19 como una pandemia. <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia>

Organización Panamericana de la Salud (2022). Brote de enfermedad por el coronavirus. <https://www.paho.org/es/temas/coronavirus/brote-enfermedad-por-coronavirus-covid-19>

Orús, A (2022). Número de personas fallecidas por Covid 19 a nivel mundial. Statista. <https://es.statista.com/estadisticas/1107719/covid19-numero-de-muertes-a-nivel-mundial-por-region/>

Unicef Ecuador (9 de febrero de 2021). Los niños no pueden seguir sin ir a la escuela, afirma UNICEF. <https://www.unicef.org/ecuador/comunicados-prensa/los-ni%C3%B1os-no-pueden-seguir-sin-ir-la-escuela-afirma-unicef>