



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**COVID-19 Y EL DEBATE SOBRE LA
PROPORCIONALIDAD DE LA VACUNACIÓN:
OBLIGATORIEDAD VS VOLUNTARIEDAD**

Autor: Laura García Tudela

5º E3- Analytics

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN:.....	6
CAPÍTULO I: CONTEXTO	9
1.LA LLEGADA DE LAS VACUNAS Y LAS ETAPAS DE VACUNACIÓN ...	9
2.ESTRATEGIAS Y PORCENTAJES. ESPAÑA Y SU ENTORNO.	12
CAPÍTULO II. LA PROPORCIONALIDAD DE LA VACUNACIÓN	16
1.TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	16
2.LA DOBLE VERTIENTE DEL DERECHO A LA SALUD	23
CAPÍTULO III: ¿VACUNAS OBLIGATORIAS O FORZOSAS?	31
1.LA DIFERENCIA ENTRE VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y FORZOSA..	31
2.LA AUSENCIA DE UNA OBLIGACIÓN LEGAL DE VACUNACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	34
CAPÍTULO IV-CONCLUSIONES	46
1. LA OBLIGATORIEDAD IMPLÍCITA, ¿ES PROPORCIONAL?	46
2.CONSIDERACIONES FINALES	47
BIBLIOGRAFÍA:.....	49

Resumen:

La pandemia por Covid-19 y la vacunación como principal instrumento para hacerle frente, ha hecho surgir tanto en España como en el resto de países de nuestro entorno el necesario debate sobre la posibilidad de imponer medidas de vacunación obligatoria. Este proyecto busca dar respuesta a la posible imposición de estas u otras medidas similares en nuestro país, para lo que resulta necesario realizar una revisión sobre los posibles mecanismos legales a través de los que se instrumentaría la medida. En esta línea se hace referencia a lo largo del proyecto a la regulación jurídica de las vacunas en España y, principalmente, a un análisis sobre el conflicto entre los derechos y libertades individuales y el interés general encarnado aquí por la protección de la Salud Pública y la vida de la colectividad.

Palabras clave: Covid-19, vacunación, interés general, Salud Pública, proporcionalidad, obligatoriedad.

Abstract:

Vaccination as main instrument to deal with Covid-19 pandemic has resulted into a necessary debate: the possibility of imposing mandatory vaccination measures. The following essay aims to analyze the possible enforcement of mandatory policies and the legal instruments that may be used for this purpose. Therefore, this analysis reviews the current Spanish legal system regarding vaccination, which leads us to the conflict between individual fundamental rights and collective interests, characterized by Public Health and the general right to life.

Keywords: Covid-19, vaccination, general interest, Public Health, proportionality, mandatory.

Abreviaturas:

Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios	AEMPS
Asociación Española de Pediatría	AEP
Comité Asesor de Vacunas	CAV
Comunidades Autónomas	CCAA
Constitución Española	CE
Derechos Económicos Sociales y Culturales	DESC
Derechos Fundamentales	DDFF
Ley General de Salud Pública	LGSP
Organización de las Naciones Unidas	ONU

Organización Mundial de la Salud	OMS
Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	PIDESC
Tratado Fundamental de la Unión Europea	TFUE
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Supremo	TS
Unión Europea	UE

INTRODUCCIÓN:

Cuando pensamos en los mayores ataques a los que se puede enfrentar un sistema democrático, automáticamente se nos vienen a la cabeza las guerras, golpes de estado y otras situaciones donde el poder constituyente, para paliar los efectos de estos, se ve obligado a ampliar sus competencias en aras de garantizar la seguridad de los ciudadanos y el mantenimiento del sistema democrático. Sin embargo, y tal y como puede intuirse a tenor del título de este texto, no se tratarán este tipo de situaciones excepcionales, sino una situación que, aunque sin duda goza también de esta nota de excepcionalidad, es de una naturaleza distinta: La pandemia de la Covid-19.

El Derecho Constitucional se ha definido de distintas maneras a lo largo de la historia, pero siempre como una forma de protección del pueblo. Este proteccionismo viene referido a distintos ámbitos o esferas, y si bien en un principio se conciben las Constituciones como mecanismo de control del poder constituyente, estas fueron evolucionando. Durante finales del siglo XIX y principios del XX, empiezan a tomar importancia los llamados derechos de segunda generación. La diferencia clave de estos respecto de los que se contenían en las primeras formas constitucionales o en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, es que ya no se trata de proteger al individuo del poder Constituyente, sino de crear obligaciones del Gobierno para con el Pueblo. Se pasa de una concepción negativa de los derechos (la obligación del poder soberano de no incidir en la esfera individual del ciudadano) a la creación de los llamados derechos positivos; cuyo cumplimiento necesita de una intervención o acción directa del Estado. El derecho a la Sanidad pertenece a este grupo de derechos llamados de “segunda generación”, pues obliga al Constituyente a dar una serie de prestaciones mínimas sanitarias a los ciudadanos.

Nuestra democracia se ha visto enfrentada en los últimos 3 años a la llegada de la pandemia. Y sí, digo nuestra democracia, porque, aunque nosotros también nos enfrentamos al virus, nos encerramos en nuestras casas y cambiamos casi por completo nuestra forma de vida, nuestro ordenamiento jurídico también se ha visto obligado a llevar a cabo una especie de transformación a base de golpes. Claro ejemplo es la estrategia -más o menos legítima- que se tuvo que implementar para justificar los toques de queda, los cierres perimetrales o sin ir más lejos, el confinamiento domiciliario durante casi 3 meses. Así, un mecanismo tan sumamente peculiar y excepcional como es el Estado de Alarma se

adaptó a la situación a través de las tan conocidas prórrogas. De igual forma ha ido evolucionando nuestra concepción del derecho a la salud, vista ahora desde una nueva perspectiva.

La única manera de acabar con los confinamientos domiciliarios para evitar los contagios es la inmunidad colectiva, vulgarmente conocida como inmunidad de rebaño, que se define como un fenómeno estadístico basado en inmunizar a un porcentaje de la población lo suficientemente alto para interrumpir la cadena epidemiológica.

Algunos países como Suecia o Reino Unido apostaron en un primer momento por la inmunización a través de la infección. Sin embargo, La propia OMS, desde los primeros días de la pandemia, apoyó que la inmunidad colectiva solo podía lograrse a través de la vacunación, no debiéndose permitir que la enfermedad se propagase en un grupo demográfico, ya que ello daría como resultado que se presentaran casos y defunciones innecesarios (DE MONTALVO, 2022)

Por lo que se pasa a exigir a los Gobiernos, como máximos responsables del mantenimiento de la Salud Pública, que aseguraran la distribución de vacunas para frenar el avance de la pandemia con la mayor brevedad posible. Es entonces cuando surgen las dudas que serán objeto principal de este Trabajo de Fin de Grado, ¿qué medidas puede tomar el Estado ante la negativa a la recepción de la vacuna como instrumento único para la inmunización frente a la enfermedad por coronavirus (en adelante Covid 19)? y yendo un paso más allá, ¿y las Comunidades Autónomas?

El 26 de febrero de 2021 se publica en el Diario Oficial de Galicia la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia; más conocida como *Ley de Salud Gallega*. Frente a la misma, el Abogado del Estado interpone en nombre del presidente del Gobierno recurso de inconstitucionalidad. En concreto, el recurso se interpone por la modificación del artículo 38.2 del citado texto legal, que incluye, entre otras, la posibilidad de que las autoridades sanitarias autonómicas tomen “medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización [...]”. Es decir, se prevé la posibilidad de imponer la vacuna obligatoria, incluyéndose una serie de sanciones en caso de negativa.

Una vez presentado el recurso de inconstitucionalidad, el contenido del artículo en cuestión se suspendió, pues se entendía que, aunque no se hubiera decidido aún respecto a la inconstitucionalidad o no del mismo, las consecuencias de la aplicación del precepto serían irreversibles. Respecto al contenido, el AUTO 74/2021, de 20 de julio se pronuncia sobre el fondo del asunto, pero en ningún momento se refiere a la inconstitucionalidad de las medidas por ser imposible en nuestro país la vacunación obligatoria, sino que la suspensión parcial del precepto se fundamenta en una cuestión de índole competencial, pues se entiende que la Comunidad de Galicia se separa de la estrategia de vacunación nacional:

“Además, las medidas previstas en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de salud de Galicia (en la redacción resultante de la Ley 8/2021) afectan a la coordinación sanitaria que corresponde al Estado en la pandemia que actualmente sufrimos. **Se vulnera así el interés general que proporciona una coordinación sanitaria estatal**, lo que da lugar a que las medidas en cuestión, como la vacunación obligatoria, los confinamientos de población, la limitación de las reuniones, etc., entren en contradicción con las que pueda adoptar el Estado al gestionar la pandemia del COVID-19.”(ECLI:ES:TC:2021:74^a)

¿Podemos concluir tras esta afirmación que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) no considera que la vacunación obligatoria vulnere los derechos individuales, siendo la razón de la inconstitucionalidad de la *Ley Gallega* una mera cuestión competencial?, ¿O más bien que el TC prefiere no pronunciarse sobre la constitucionalidad de tal medida para no sentar precedentes, dejando así la puerta abierta a una posible implantación de la misma a nivel nacional?

Nuestro país cuenta actualmente con una de las tasas de vacunación más altas de Europa, pero ¿qué hubiera pasado si los ciudadanos se hubieran negado a vacunarse?, ¿qué prima más, la libertad de decisión del ciudadano o la protección de la salud pública pretendida con esta medida? Es decir, ¿puede el Estado obligar a la población a vacunarse?, y de ser la respuesta afirmativa, ¿qué tipo de medidas coercitivas se pondrían en práctica? El objetivo principal de mi Trabajo de Fin de Grado es dar respuesta a estas y otras preguntas a través de un análisis jurídico contextualizado de la situación.

CAPÍTULO I: CONTEXTO

1. LA LLEGADA DE LAS VACUNAS Y LAS ETAPAS DE VACUNACIÓN

Para evitar la situación de descontrol que se vivió durante la etapa de confinamiento con la compra de mascarillas y otros dispositivos quirúrgicos de protección, en cuanto a la adquisición de las vacunas, la Unión Europea se decidió por una estrategia de financiación y negociación conjunta. Una vez adquiridas las vacunas, la adjudicación a los Estados se realizó por cotas basadas en un criterio poblacional simple que buscaba garantizar el acceso equitativo a las mismas: número de dosis en función del número de ciudadanos. Sin embargo, el número de dosis que llegaban a los países para ser administradas, aunque fue aumentando progresivamente, fue en un primer momento limitado, dejándose autonomía a los Estados miembros para decidir sobre el modo de distribución dentro de cada territorio nacional. Así, los gobiernos de cada país establecieron distintas estrategias para la vacunación los ciudadanos que, aunque fundadas en la equidad, dada la excepcionalidad de las circunstancias, debían dar prioridad a determinados grupos.

El 2 de diciembre de 2020 se publica en España la Estrategia de vacunación frente a COVID19, realizado por el Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación COVID-19. Este documento anuncia que “El objetivo de la vacunación es prevenir la enfermedad y disminuir la gravedad y mortalidad de la misma, además de disminuir el impacto de la pandemia sobre el sistema asistencial y la economía, protegiendo especialmente a aquellos grupos con mayor vulnerabilidad”.

Se hace referencia en el documento a la necesidad de dar una protección directa a los ciudadanos, lo que podemos interpretar como derecho a la salud en su sentido subjetivo, término que será explicado en mayor detalle a lo largo de este proyecto; buscando disminuir la gravedad de la enfermedad. Pero, también se trata la protección indirecta; protección de la salud pública, como interés general superior. El medio perfecto para conseguir ambos objetivos era la tan buscada inmunidad poblacional, pero en un momento en el que el número de vacunas que llegaban a nuestro país era más que limitado, la inmunización se decidió realizar de manera progresiva, por fases. Esta inmunización progresiva no se realizó de forma aleatoria, sino que, se llevó a cabo por grupos basados en criterios poblacionales. En primer lugar, se delimitaron una serie de grupos “privilegiados” que, por

diversas razones que serán a continuación enumerados, tenían prioridad para recibir la primera dosis.

Cabe aquí añadir que, aun cuando nuestra Constitución recoge en su artículo 14 el principio de igualdad, que garantiza la igualdad ante la ley sin que quepa discriminación alguna por cualquier circunstancia, existía la necesidad de dar preferencia a unos grupos sobre otros en función de determinadas circunstancias personales o sociales, totalmente justificadas por la protección de un beneficio social superior. Este beneficio se identifica en el documento de Estrategia de vacunación no solo con la ya citada protección de la salud pública, sino también con la necesaria recuperación económica de nuestro país tras el parón provocado por la pandemia.

Para conseguir ambos fines, se fijaron como objetivos principales la reducción de la mortalidad (protegiendo a grupos vulnerables como las personas de avanzada edad o con discapacidad), la moderación de la carga del sistema asistencial (mediante la inmunización del personal sanitario del que depende directamente) y el aseguramiento de otros servicios esenciales distintos del sanitario.

El principio incluye **maximizar los beneficios y minimizar las complicaciones (o efectos adversos) para la población**. A fin de evitar conflictos entre el beneficio para el individuo y para la población, **busca un equilibrio que permita conseguir el máximo beneficio para ambos**. El primer principio de la bioética “Primero no hacer daño” (*primum non nocere*) orienta la aplicación del principio de beneficio social en la medida que el interés colectivo encuentra como límite sustancial y primario el que el individuo no sufra un daño en su integridad. (Estrategia de vacunación frente a COVID19; 2020, p. 50)

Me gustaría aquí destacar como se puede leer entre líneas la referencia al principio de proporcionalidad, pues se habla de minimizar los efectos adversos para el individuo (lo que viene a ser la protección del derecho a la salud de manera individual) pero buscando el bien social, materializado a través de la no saturación del sistema sanitario y la necesaria recuperación de la economía nacional.

Buscando como principal objetivo la reducción de la presión asistencial en aras de proteger la sanidad pública, pero sin dejar desprotegidos a aquellos colectivos que potencialmente pudieran sufrir efectos más graves en caso de contagio por Covid-19, se fijó en esta primera etapa el siguiente orden de preferencia:

1. Internos y personal sanitario y sociosanitario en residencias de personas mayores y/o con discapacidad
2. Personal sanitario de primera línea.
3. Otro personal sanitario y sociosanitario.
4. Personas con discapacidad que requieren intensas medidas de apoyo para desarrollar su vida

Además, se añade en el mismo documento los pasos a seguir para decidir acerca de los siguientes grupos a priorizar: De manera progresiva, y a medida que se fuera disponiendo de más información, se irían añadiendo los grupos de población a vacunar. Además, paralelamente se iba trabajando en el desarrollo de modelos matemáticos que simularán la situación epidemiológica actual en España y el impacto de distintos escenarios, incluyendo la vacunación de diferentes grupos de población, que ayudara en la toma de decisiones sobre la estrategia de vacunación más idónea en cada momento.” (Estrategia de vacunación frente a COVID19; 2020).

En febrero de 2021 se pasa a la llamada segunda etapa, en la que, ante al progresivo aumento en el número de dosis que llegaban a nuestro país, se pasa a vacunar a otros grupos prioritarios:

- Mayores de 80
- Personas entre 70 y 79 y personas con condiciones de muy alto riesgo
- Personas entre 60 y 65
- Personas entre 66 y 69
- Otro personal sanitario y sociosanitario
- Trabajadores con una función social esencial
- Personas entre 50 y 59

En junio de ese mismo año, la llegada masiva de vacunas permitió la vacunación del resto de grupos:

- Personas entre 40 y 49
- Personas entre 30 y 39
- Personas entre 20 y 29
- Personas entre 12 y 19
- Personas entre 5 y 1

El 1 de septiembre de 2021 España alcanza la tan buscada inmunidad de grupo, porcentaje que se fijó en un 70% de la población con la pauta completa de vacunación.



Figura 1: Estrategia de vacunación Covid-19. Fuente: *Portal informativo del Ministerio de Sanidad, última actualización 22 de febrero de 2022*

2. ESTRATEGIAS Y PORCENTAJES. ESPAÑA Y SU ENTORNO.

No fue un camino fácil, pues la estrategia se vio afectada por distintas adversidades que hicieron decaer la confianza en la misma. Cabe citar la caótica suspensión el 15 de marzo de 2021 y posterior reprobación con ciertas salvedades de la vacuna de AstraZeneca, o la llegada de variantes que daban lugar a la reinfección de personas inmunizadas. Sin embargo, lo que aquí interesa es realizar una revisión acerca de qué porcentajes se han conseguido y en qué lugar nos sitúa respecto al resto de países.

Las tasas de vacunación en España han sido, por norma general y para todo tipo de vacunas, bastante elevadas. En cuanto al ritmo de vacunación por Covid-19, se han alcanzado resultados excelentes. A 1 de febrero de 2022, los datos publicados por el Ministerio de Sanidad constatan que el 90,8 % de la población mayor de 11 años (más de 37 millones del total de los 47,5 habitantes) ha recibido una pauta vacunal completa. Y el 92,7 % ha recibido, al menos, una dosis.

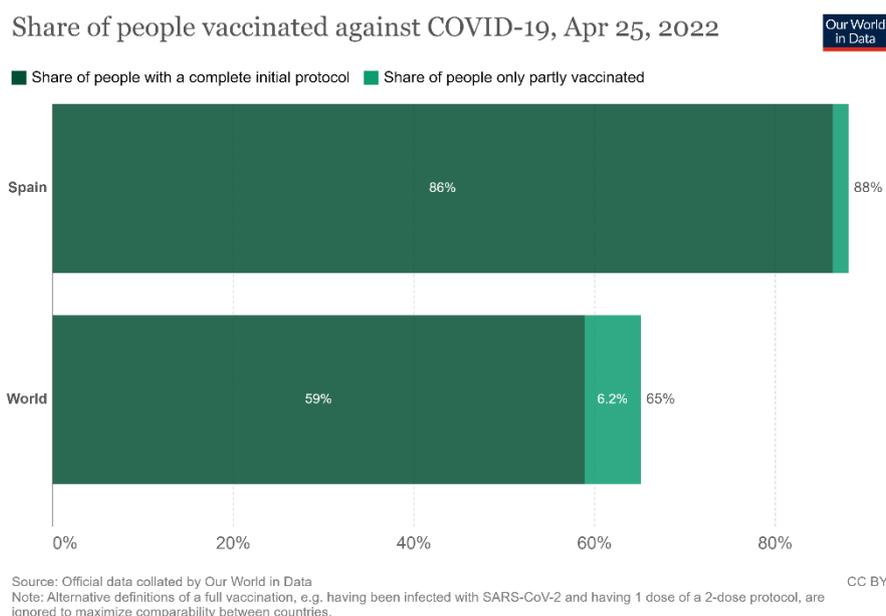


Figura 2: Porcentaje de población parcial o totalmente vacunada en España y en el mundo.

Fuente: Elaboración propia a través de las bases de “*Our World in Data*”

En la figura 2 puede apreciarse un gráfico de barras acumuladas en el se diferencia el porcentaje de población vacunada en España y en el mundo¹. Los datos a nivel mundial son muy distintos de los de nuestro país, pero la comparativa apropiada, por razones más que lógicas, no es esta, sino la que respecta a países de nuestro entorno.

¹ Última revisión de los datos realizada a fecha 25 de abril de 2022

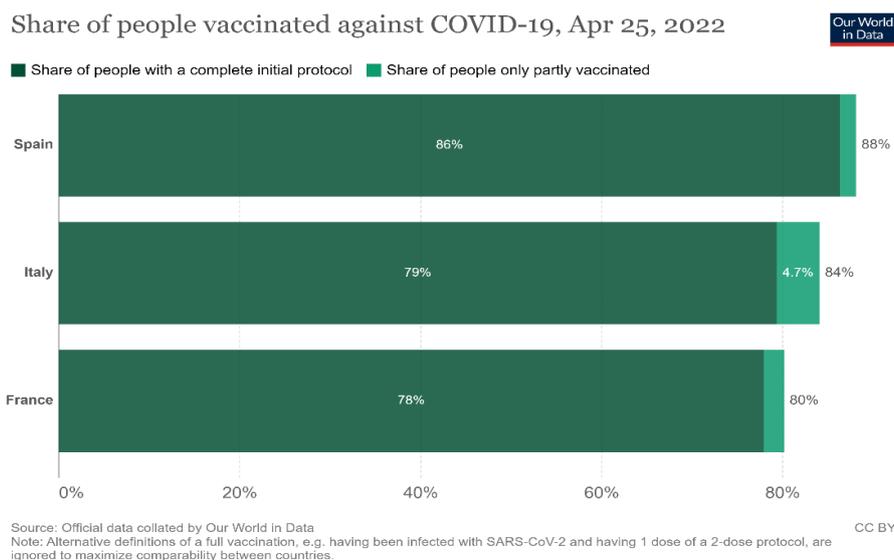


Figura 3: Tabla comparativa de población parcial o totalmente vacunada en España, Francia e Italia. Fuente: Elaboración propia a través de las bases de “Our World in Data”

Tal y como puede verse en ambas gráficas, los porcentajes de vacunación en nuestro país superan al de países demográfica y socialmente similares al nuestro, y es por ello que, no son totalmente comparables las medidas tomadas para incentivar la vacunación.

En febrero de 2022, Austria se convirtió en el primer país de la Unión Europea en imponer la vacunación obligatoria para mayores de 18 años (con algunas salvedades como es el caso de las embarazadas). Aunque se incluían en la Ley aprobada por el Parlamento Austriaco multas para el supuesto incumplimiento del deber de vacunación, las mismas no llegaron a entrar en vigor, pues el 15 de marzo del mismo año el Gobierno Austriaco decidió suspender la Ley que se encontraba aun en periodo transitorio. Los motivos alegados fueron la mejora de la presión hospitalaria y el aumento en la tasa de vacunación durante el escaso mes y medio desde la publicación de la Ley.

Países como Francia e Italia decidieron, aun no llegando a imponer la vacunación obligatoria, imponer medidas más duras y restrictivas que podrán en mi opinión llegar a suponer una obligación de vacunación implícita. Se impuso así en Francia el 24 de enero de 2022 el llamado “*pass vaccinal*”, que no solo elevaba los estándares en cuanto a lo que venía considerándose hasta entonces una pauta vacunal completa, sino que también, sustituyó al “*pass sanitaire*” en la mayoría de lugares públicos, siendo los centros sanitarios prácticamente la única excepción. Se limitaron las entradas a tiendas, centros comerciales, bares, restaurantes, cines, teatros, gimnasios e incluso medios de transporte. La mayor

diferencia de este con el “*pass sanitaire*” más conocido en nuestro país como Pasaporte Covid, es que no contempla la opción de conseguirlo mediante una prueba de Covid negativa, sino que solo se emite en tres supuestos mucho más estrictos: (i) la pauta de vacunación completa con el ya explicado plus exigido para los mayores de edad en cuanto a la recepción de la dosis de recuerdo, (ii) un certificado de recuperación de la enfermedad de al menos 11 días anterior y cuyo período de validez se hace depender directamente de la vacuna administrada y (iii) una justificante médico que certifique una contraindicación a la vacunación. Mecanismo similar, aunque exigido en menos lugares, es lo que ha venido a llamarse en Italia “Certificado Covid Mejorado” que entró en vigor en diciembre de 2021.

Por el contrario, en nuestro país la estrategia de vacunación fue totalmente opuesta. El 12 de enero de 2021 el Consejo de ministros acuerda la creación de una campaña para sensibilizar la vacunación frente al Covid-19, intentado sensibilizar antes que obligar, siendo las medidas adoptadas en nuestro país mucho más permisivas que las dictadas por otros estados. Así, pasando a centrarme en la parte más técnica del proyecto, conviene analizar si hubiera, o más bien, si es posible aplicar en nuestro país medidas más restrictivas en aras de proteger la Salud Pública.

CAPÍTULO II. LA PROPORCIONALIDAD DE LA VACUNACIÓN

1. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de abordar la discusión objeto de estudio de este Trabajo de Fin de Grado, conviene explicar una serie de nociones básicas con el fin de comprender la configuración y protección de los derechos dentro de nuestro sistema jurídico, siendo paradójicamente ambas condiciones de la existencia y razón de ser del otro.

1.1-Mecanismos de protección de los DDF: la reserva de Ley Orgánica y la vinculación de todos los poderes públicos

El artículo 10 de la CE se refiere a los Derechos Fundamentales como “fundamento del orden jurídico y de la paz social”. Pero no todos los derechos que se incluyen en nuestra Constitución son fundamentales, sino solo aquellos contenidos en el Capítulo II, “Derechos y libertades”, Sección 1ª “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”, que son a los que nuestra Constitución dota de una especial protección.

Esta protección especial se materializa principalmente a través de dos mecanismos previstos también en nuestra Ley Fundamental: la reserva de la Ley Orgánica y la eficacia directa. Según el Tribunal Constitucional, el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo (STC 83/1984). La reserva de ley de la que disfrutaban los Derechos Fundamentales, en adelante DDF, es la introducida por el artículo 81CE y en virtud de este no sólo queda reservado al poder legislativo el desarrollo de materias relacionadas con los DDF, sino que se eleva la protección mediante la exigencia de mayorías especiales (mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto y otras limitaciones procedimentales).

Tal reserva de ley afecta al desarrollo del contenido de estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha delimitado el término “desarrollo” como regulación general del derecho o libertad (STC 93/1988) o como ordenación de aspectos esenciales de su

régimen jurídico (STC 173/1998); incluyéndose sin duda bajo estas definiciones las leyes que pretendan o puedan suponer una limitación.

Es necesario aquí referirse a las medidas tomadas por las CCAA. Aun cuando para las mismas es imposible legislar mediante Ley Orgánica, estas han ejercido sus competencias en materia sanitaria yendo en ocasiones, tal y como sucedió con la ya mencionada *Ley de Sanidad Gallega*, demasiado lejos.

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, dispone en sus Sentencias 76/2019, 86/2017 y 49/1999 que la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos siempre que respete el contenido esencial de los mismos ex art. 53 CE. Además, establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. (García Varela, 2022)

Respecto a la eficacia, nuestro Texto Fundamental, en su artículo 53, vincula a todos los poderes públicos al respeto de estos derechos y habilita mecanismos de protección a los que pueden acudir los ciudadanos de manera directa. Bien a través de un procedimiento especial, preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios, o, en caso de ser necesario, a través del recurso de amparo que convierte al Tribunal Constitucional en garante máximo de los derechos y libertades.

De esta vinculación, cabe aclarar que la Constitución Española no se limita a la concepción negativa del constitucionalismo originario, donde como ya ha sido mencionado, los derechos se creaban para asegurar una especie de “zona de no intervención” sobre la esfera individual de los individuos, sino que existe una obligación para asegurar la consecución de tales derechos que es lo que se conoce como contenido positivo. Este contenido positivo es más propio de la ya mencionada segunda generación de derechos, que va un paso más allá y compele al Estado a hacer todo lo posible para que los individuos gocen de ellos. Así se recoge en el art. 9.2 CE que ordena a los poderes públicos (a todos ellos, ya sea a nivel estatal o inferior) a “remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas”.

El debate se sitúa en lo que se circunscribe a las medidas que afectan a derechos fundamentales, es decir, los previstos en los artículos 15 a 29 CE y no a los derechos contenidos en los artículos 30 y siguientes. De los artículos 53 y 81 CE se deduce que la limitación de los derechos fundamentales y las libertades públicas se sujetan a tres garantías: su desarrollo por Ley Orgánica, su sometimiento al principio de proporcionalidad (respeto del contenido esencial) y reserva de jurisdicción, es decir, que, al margen del estado de alarma, la limitación debe ser previamente autorizada judicialmente (DE MONTALVO, 2022)

1.2-Los límites de los Derechos Fundamentales

Aun cuando, tal y como ha sido brevemente expuesto, nuestra Constitución pone un fuerte interés en proteger y realzar la importancia de los DDFF, estos no son ilimitados y en esta línea viene pronunciándose nuestro máximo intérprete desde sus primeras sentencias:

“ [...] no existen derechos ilimitados. **Todo derecho tiene sus límites** que, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la **necesidad de proteger** o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros **bienes constitucionalmente protegidos**” (STC 2/1982).

Aunque existen en la doctrina varias teorías respecto de los límites de los derechos que van desde la negación absoluta de su existencia hasta enumeraciones de distintos tipos de límites, me centraré en explicar los que creo afectan al objeto de estudio de este trabajo: los intereses colectivos (como límite externo) y el llamado núcleo o contenido esencial de un derecho (como límite interno, o más propiamente dicho, delimitador).

1.2.1- Límites externos

Respecto de los límites externos puede tratarse bien de otro derecho o, lo que suele ser más común, y es lo que en este caso nos afecta: de intereses colectivos. También conocidos como fines sociales, cabe citar la seguridad nacional, la moralidad, el orden o la salud públicas, que, por su nota de colectividad, son potencialmente capaces de limitar los derechos individuales. Así viene afirmándolo el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias:

“El límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o **preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos**”. (STC 11/1981).

Y destacando que:

“[..]deben constituir en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y su **prioridad sobre un derecho fundamental debe resultar de la propia Constitución** (STC 22/1984)”.

En el supuesto que nos ocupa, es la limitación de derechos y libertades en aras de proteger la salud pública como interés general consagrado en el artículo 43 CE el límite más claramente observado. Sin embargo, cabe ir un paso más allá y afirmar que la Salud Pública no es el único interés colectivo que busca protegerse mediante la vacunación, sino el derecho a la vida de la colectividad.

1.2.2-Límites internos y la teoría del núcleo esencial

Cuando se habla de límites internos, éstos definen el contenido del derecho en concreto y establecen las fronteras del derecho más allá de las cuales se estará ante otra realidad u otro derecho, pero no ante el que se pretende definir bajo los límites señalados. PÉREZ TREMPES pone un ejemplo muy ilustrativo al apuntar que hacer chocar un coche contra otro no entra dentro del concepto del derecho a la libertad de circulación. (ÁLVAREZ et. al., 2017)

Esto nos lleva a la importante teoría del núcleo esencial del derecho. Este núcleo es en sí mismo el contenido que da sentido y valor al derecho, y sin el cual este carece de razón de ser y deja al ciudadano desprotegido de la pretendida garantía. Tomado de la Ley Bonn², se introduce en nuestra Constitución de 1978 mediante el previamente citado artículo 53, que, en lo que se refiere a los derechos y libertades, precisa que la Ley “en todo caso deberá respetar su contenido esencial”. Por tanto, aun cuando cabe la posibilidad de

² Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949)

establecer límites a los DDF, estos nunca pueden afectar a su núcleo esencial, pues ya no sería una limitación del derecho, sino la desaparición de este.

Por lo que podemos concluir, como idea clave, que los derechos tienen un contenido mínimo que debe salvaguardarse en todo caso, y que ni siquiera valores superiores constitucionalmente protegidos pueden afectar a tal núcleo. Ahora bien, no siempre es fácil ver hasta dónde llega tal contenido.

1.3-El principio de proporcionalidad

Una vez introducidos los conceptos de límite externo e interno (o más bien elementos delimitadores según gran parte de la doctrina), es necesario explicar el principio de proporcionalidad y el rol de este como elemento regulador de la limitación de Derechos Fundamentales.

En primer lugar, en lo que se refiere al ya explicado contenido esencial de los derechos, siguiendo la línea doctrinal de algunos autores de entre los cuales citamos aquí a Prieto Sanchís, “cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad”, y este no puede ser traspasado en ningún caso, ni siquiera se entra a hacer el test de proporcionalidad si una medida pretende afectar la razón de ser de un derecho. Por lo que, se someterán al test de proporcionalidad aquellas medidas que, en post de proteger un interés social constitucionalmente protegido, afecten a derechos fundamentales, siempre y cuando tales limitaciones no incidan sobre el contenido esencial del derecho (pues no hace falta ningún test para justificar que la medida no se ajustaría en tal caso a Derecho).

Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales... ha de atender a la **proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación** en que se halla aquel a quien se le impone y, **en todo caso, respetar su contenido esencial.**(STC 137/1990).

1.3.1-Definición del principio de proporcionalidad

Pues bien, para aquellos casos en los que sí entra en juego el principio de proporcionalidad, en palabras del TC este se define como:

“No siendo los derechos que la CE reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo

que, por **adecuadas**, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por **indispensables**, hayan de ser **inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor**” (STC 66/1991).

Por lo que, a raíz de esta definición (y muchas otras que siguen la misma línea) cabe decir que, para que una determinada medida se considere proporcionada, esta debe posibilitar el fin que persigue. Pero, no todo mecanismo útil para la consecución del objetivo es proporcionado, sino que, de entre todas las medidas dirigidas a la consecución del objetivo, debe escogerse la menos peyorativa. Es decir, de entre todas las medidas, únicamente la menos restrictiva de derechos puede ser considerada proporcional.

Respecto del fin perseguido, se imponen también una serie de exigencias. El objetivo perseguido por la medida debe de estar constitucionalmente protegido para que sea justificado. A estos fines se ha referido el TC en múltiples ocasiones como “valores constitucionalmente protegidos”, por darle a estos nuestra Constitución una protección especial, que llega a elevarlos sobre los derechos individuales.

El principio de proporcionalidad como test de enjuiciamiento del conflicto entre el derecho individual y el interés colectivo no exige que la medida esté necesariamente prevista en el ordenamiento. El principio de legitimidad de la medida que es la primera pregunta del test exige que sea precisamente el interés colectivo que se pretende proteger el que esté reconocido constitucional y legalmente pero no la medida en sí. La medida se somete a continuación a las otras tres preguntas del test o subprincipios, es decir, si es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. (MONTALVO, 2022)

Pero, la CE no incluye una enumeración de valores ni de casos concretos, por lo que se trata de “ [...] **límites que habrá que ponderar en cada caso**, pues en cuanto restringen derechos fundamentales, han de ser interpretados a su vez restrictivamente”. (STC 81/1983)

“Se produce así un régimen de concurrencia normativa de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio

vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí **la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos**".(STC 254/1988)

Se añade así una exigencia más, aunque se trate de valores superiores, por ser capaces de limitar derechos fundamentales, se les debe dar la interpretación más restrictiva posible.

Resumiendo, las medidas restrictivas de DDFD deben (i) ser adecuadas para el fin que se persigue, (ii) estando este fin constitucionalmente protegido, (iii) deben ser lo menos peyorativas posibles, restringiendo lo mínimo los derechos individuales y (iv) este fin debe interpretarse siempre de la manera más restrictiva posible. Es decir, exige que las medidas adoptadas sean no solo las estrictamente necesarias para el fin que se persigue – fin que deber estar constitucionalmente garantizado- sino que también deben suponer el menor sacrificio posible, no existiendo otra forma de salvaguardar tal objetivo sin llevar a cabo una restricción de menor entidad.

No es hasta 2009 que se incluye por primera vez una Ley que introduce explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico el principio de proporcionalidad. Se incluye través de la Ley 25/2009 que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 39 bis reza:

“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir **la medida menos restrictiva**, motivar su necesidad para **la protección del interés público**, así como justificar su **adecuación para lograr los fines que se persiguen**, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

Dicha disposición ha sido derogada, pero la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sigue haciendo referencia, de manera incluso más explícita, en su artículo 129 en los siguientes términos:

“3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.”

Se habla de que este principio está en realidad conformado por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios expresan en conjunto la idea de optimización. (ALEXY, 2001)

2.LA DOBLE VERTIENTE DEL DERECHO A LA SALUD

En cuanto a la doble vertiente del derecho a la salud, vengo aquí a referirme a su doble naturaleza como derecho subjetivo o individual que garantiza la protección de la salud del individuo, pero también, como interés social constitucionalmente protegido. Y es esta segunda vertiente la que generalmente otorga al poder legislativo la potestad de limitar tanto este como otros derechos fundamentales, siendo el ejemplo por antonomasia la integridad física del individuo.

La configuración constitucional del derecho a la salud del artículo 43 CE es, junto con su dimensión individual, la de un derecho de alcance colectivo, dirigido a la protección de los intereses generales, persiguiendo fundamentalmente la implementación de políticas dirigidas a la preservación de la salud de la población, mediante estrategias eficaces de carácter preventivo. (TOLOSA, 2021)

El ciudadano tendría la facultad de exigir de los poderes públicos una protección efectiva de su salud que se traduciría en la adopción de las medidas de vigilancia y promoción de la salud y la prevención de las enfermedades. Pero, además, la salud pública trasciende a la esfera individual de los derechos y constituye uno de los principales límites a los derechos individuales, en su condición de expresión de un interés colectivo. (COMITÉ BIO-ÉTICA DE ESPAÑA, 2016)

Aparece así la salud no solo como derecho individual constitucionalmente recogido en el art. 43 de la Constitución Española, sino como posible instrumento de control de los ciudadanos.

El Derecho a la salud pública es el estudio de los poderes y deberes legales del Estado en colaboración con otros agentes para asegurar las condiciones para que la gente pueda disponer de salud y para, igualmente, limitar dichos poderes a la hora de restringir la libertad personal, la propiedad u otros bienes o intereses dignos también de protección a favor del bien común (GOSTIN, 2007).

El uso del argumento de protección de la salud pública como posible instrumento de control de los ciudadanos no es tan fácil o simple como pudiera serlo con otros intereses colectivos como el orden público, por tratarse de un concepto más amplio y que se presta a mayor discusión. Es decir, si realizamos una comparativa, aunque podamos fijar unos determinados estándares para delimitar el significado de “orden público”, no es tan fácil ni se cuenta con expertos y datos estadísticos en la materia. Un ejemplo que, aunque impactante es fácilmente comprensible, es el índice de contagiados, ingresados y fallecidos del que tanto hemos escuchado hablar durante estos últimos dos años; se trata de datos estadísticos que evidencian la gravedad de la situación pandémica. En el caso del orden público o la seguridad nacional, ¿fue la declaración de independencia de Cataluña el pasado año 2019 una situación que justificara la toma de medidas excepcionales?, y aunque podamos pensar que sí, ¿qué datos estadísticos pueden justificar la toma de las mismas, por más o menos de acuerdo que estemos con ellas?

Tal y como muestra el artículo 43 de nuestro texto constitucional, en su apartado 2, nuestro ordenamiento jurídico prevé ambas vertientes. Por una parte, se exige que los poderes públicos protejan la salud de los ciudadanos, otorgándoles una asistencia sanitaria suficiente (lo que podemos ver como vertiente individual), incluyendo además una obligación legal de mantenimiento de la salud pública. Se compele así a los poderes públicos a la ejecución de medidas, no solo que otorguen individualmente a los pacientes una asistencia sanitaria suficiente, sino también una tutela de la salud pública como interés general superior.

2.1-Integridad física del paciente vs. Derecho a la salud

El conflicto más común que puede afectar a la salud tanto en su faceta colectiva como subjetiva, tal y como yo lo veo, no es la que enfrenta a las dos vertientes del derecho a la salud, sino más bien al derecho a la integridad física del individuo con el derecho a la salud. En concreto, se trata de situaciones en las que el paciente se niega a recibir un tratamiento que se considera necesario para que el Estado pueda actuar como garante de las necesidades sanitarias.

El derecho a la vida y a la integridad física y moral se regulan en el art. 15 CE en los siguientes términos: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Aunque de la literalidad del artículo no se extraiga la importancia de este derecho como fundamento de muchos otros, sí lo hace la ubicación de este dentro del articulado de la CE. Así, el Derecho a la Vida y el Derecho a la Integridad Física y Moral son los derechos más básicos y primarios de todos los reconocidos en el texto, en la medida en que la afirmación de los demás solo tiene sentido a partir del reconocimiento de éstos.

En palabras del TC, el artículo 15 de la Constitución garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también **contra toda clase de intervención de esos bienes que carezca del consentimiento** de su titular.(STC 120/1990) Se protege así no solo los ataques contra la persona sino todo tipo de intervención que carezca de autorización, **sea dañino o no para el individuo.** (STC 137/1990)

El Tribunal ha consolidado su doctrina de que el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física, que no solo se ha vulnerado por conductas perjudiciales para el organismo, sino por actuaciones que, aún dirigidas a restaurar o mejorar su salud, supongan una intromisión no consentida en la esfera corporal del afectado. (PÉREZ MANZANO et al., 2008)

Además, la negativa a la recepción de tratamiento es independiente a las razones que tenga el individuo. Como señala la sentencia 120/1990 STC: “puede venir determinada

por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”.

Pero sin duda, tal y como dice la citada sentencia, este derecho puede ser objeto de limitaciones. La legislación sanitaria española y europea superpone, en general, la libertad de decisión del ciudadano como principio rector de los tratamientos sanitarios, pero también prevé justificaciones a su limitación.

El artículo 5.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública establece que:

“Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.

Por su parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, dispone en su artículo 2 que “2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. [...]”. Sin embargo, el legislador ha dejado entrever que existe la posibilidad de limitar las libertades individuales en este ámbito, así en el apartado 4 del mismo artículo se prevé que: “Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley”.

De la literalidad de estos artículos, podemos concluir que el paciente goza de libertad de decisión a someterse o no a tratamiento, dejándose eso sí, la oportunidad al legislador de limitar esta. Los poderes públicos no pueden injustificadamente obligar a ningún ciudadano a recibir un tratamiento (se protege así entre otros, y principalmente, su derecho a la integridad física). Sin embargo, se prevé la existencia de situaciones en las que pueda ser necesario obligar a la recepción del tratamiento.

El legislador no ha perdido su oportunidad de prever legalmente la posibilidad de intervenir en las decisiones sanitarias de los individuos. Eso sí, lo hace mediante el uso de

conceptos jurídicamente indeterminados como las llamadas situaciones excepcionales. Sobre esta indeterminación de la que hablábamos, El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 69/1989, entre otras, ha admitido la posibilidad de que las normas que limitan derechos fundamentales contengan conceptos jurídicos indeterminados.

El art. 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, (*Ley General de Sanidad*) dispone que:

«1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales **y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas**».

En el primero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, se introduce que:

“Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan **razones sanitarias de urgente necesidad** [..]

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, **así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible**”.

Cabe también referirse a la muy comentada durante estos últimos 3 años Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que en su art. 4 establece que:

“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el art. 116, 2, de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se

produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”.

El artículo 12 de este mismo texto legal autoriza a que:

“la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”.

También en el plano europeo, el art. 168 del Tratado Fundamental de la Unión Europea (TFUE) dispone que:

“ [...] la acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica”.

Además, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta doble dimensión, de entre las cuales se quiere aquí destacar: la sentencia 37/2011, de 28 de marzo, que “descarta que el tratamiento médico obligatorio produzca una vulneración del derecho a la libertad, pues la libertad personal protegida por la Constitución no cubre una libertad general de autodeterminación individual”. (TSC 37/2011)

2.2-Conflicto de derechos en epidemias / pandemias

Una vez revisada la doble vertiente de la salud en nuestro ordenamiento, y como la salud pública es sin duda un fin superior constitucionalmente protegido, a través del cual cabe imponer limitaciones a los derechos fundamentales, pasamos ahora a centrarnos en el conflicto concreto: la limitación de derechos y libertades individuales durante una situación pandémica.

Nos encontramos ante un derecho que compele al Estado a una serie de obligaciones como garante principal del mismo. El derecho a la salud es un derecho humano fundamental que integra el grupo de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). La Declaración Universal de Derechos Humanos nombra la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado bajo el alcance del artículo 25 (ONU, 1948). Como Derecho Social, el Estado se ve obligado a la adopción de medidas tendentes a

lograr la plena efectividad de este. A estas medidas se refiere, entre otras, el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Existe un listado no taxativo que recoge, el art. 12.2: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] c) **La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;**”

La OMS, define una pandemia como la expansión de una enfermedad infecciosa a lo largo de un área geográficamente extensa, a menudo por todo el mundo. Para que una enfermedad pueda calificarse de pandemia debe tener además una cierta mortalidad y un fácil contagio de una zona geográfica a otra. El 11 de marzo de 2020, la OMS determina que la COVID-19 puede oficialmente considerarse una pandemia.

Sin duda alguna muchos han sido los conflictos que han surgido en las distintas fases que se han suscitado a lo largo de estos 2 años. Cabe citar la restricción del derecho a la libertad de movimiento como ejemplo paradigmático. Sin embargo, mi Trabajo de Fin de Grado viene más bien a evaluar las distintas medidas, no solo las implementadas, sino aquellas que pudieron haber sido y no lo fueron, que buscan la inmunización de la población mediante la aplicación de vacunas. Se enfrenta así el derecho a la integridad física con el valor superior que materializa la salud colectiva.

La excepción de salud pública hay que ponerla en relación con la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyo art. 3 dispone que:

“con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

No nos encontramos ya en los casos en los que un paciente decide bajo su responsabilidad y sin necesidad de justificación alguna no someterse a un tratamiento cualquiera, sino que se trata de situaciones en las que el rechazo del tratamiento puede generar un riesgo para la salud de otros ciudadanos.

La vacunación vuelve a tener esta doble vertiente de la que hablamos respecto del derecho a la salud. Por un lado, los poderes públicos se ven obligados a garantizar un calendario de vacunación para que todos tengamos acceso a las vacunas. Y, por otro lado, surge una obligación del estado en situaciones de brotes de enfermedades infecciosas de frenar la expansión de la enfermedad; en ocasiones, mediante la vacunación.

CAPÍTULO III: ¿VACUNAS OBLIGATORIAS O FORZOSAS?

1. LA DIFERENCIA ENTRE VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y FORZOSA

Tal y como se afirma en el informe del Comité de Bioética de España de 19 de enero de 2016 sobre Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario, “la aplicación de vacunas en la prevención de las enfermedades transmisibles ha constituido uno de los mayores éxitos en la historia de la salud pública”.

Como ya ha sido explicado previamente, la Estrategia de Vacunación española fijaba como objetivo de la vacunación la prevención de la enfermedad y disminución de la gravedad y mortalidad de la misma. Además, buscaba disminuir el impacto de la pandemia sobre el sistema asistencial y la economía, protegiendo especialmente a aquellos grupos con mayor vulnerabilidad. Y como principal instrumento para ello; alcanzar un porcentaje suficiente de vacunación -fijado en un 70% - para alcanzar la inmunidad de grupo.

Las medidas que se tomaron para conseguir este finalmente logrado objetivo se basaron principalmente en ofrecer a los ciudadanos transparencia e información referente a la efectividad, desarrollo y beneficios de la vacunación. Es decir, en nuestro país no se han tomado medidas de alcance general más allá de las recomendaciones y campañas de persuasión. Sin embargo, se empezó a especular acerca de la posibilidad de imponer la obligación de vacunación frente a la Covid-19.

Aunque los porcentajes de vacunación siempre fueron en España lo suficientemente altos, se comenzó a desconfiar de esta estrategia anti pandémica con la llegada de las variantes. Las vacunas se diseñaron contra la versión original del virus. Sin embargo, la llegada de Delta, y más tarde la muy contagiosa Ómicron, crearon un sentimiento de desconfianza generalizado. Todas las alertas saltaron el 11 de enero de 2021, cuando el director regional para Europa de la OMS anunció que más del 50% de la población europea se contagiaría por Ómicron en las seis semanas siguientes, aun cuando más de este porcentaje de la población había recibido ya la pauta completa de vacunación. Se redujo así el número de dosis de recuerdo administradas y el movimiento antivacunas creció, aunque más en los países vecinos que en el nuestro.

Se demostró que, aunque las vacunas no frenaban la infección por estas variantes, especialmente por Ómicron, sí eran eficaces contra la gravedad de la enfermedad. Aunque nos vimos frente a otra ola de contagios, el número de ingresos hospitalarios disminuyó considerablemente. La medida instaurada entonces fue la llamada dosis de recuerdo, que tuvo un éxito menor, y aunque se administraron muchas más dosis en España que en el resto de países de la UE, comienza a surgir el debate sobre la posibilidad de instaurar nuevas medidas como la vacunación obligatoria o forzosa.

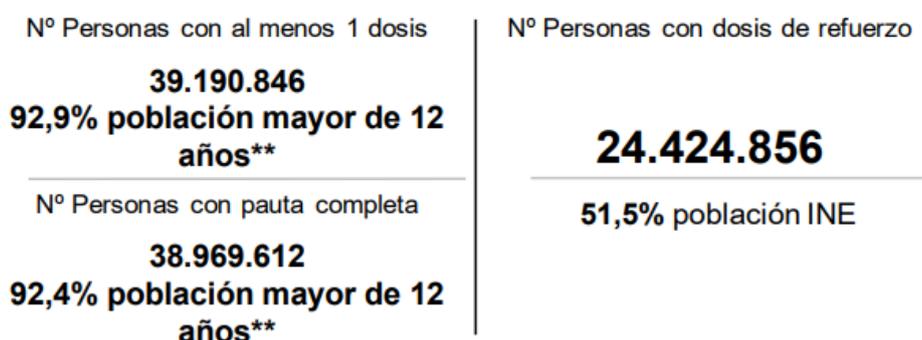


Figura 4: Datos globales agregados a 25 de marzo de 2022. Fuente: *Informe de actividad del proceso de vacunación*. Ministerio de Sanidad.

Se habla indistintamente con demasiada habitualidad de vacunación obligatoria y forzosa, como si fueran sinónimas. La diferencia entre ambas no constituye un mero eufemismo, sino algo de verdadero calado, como es el del derecho que se ve, a la postre, afectado, la consecuencia jurídica por incumplir el correspondiente deber legal. (DE MONTALVO, 2021)

Podemos entender que, ante el incumplimiento de una obligación, nos veremos enfrentados a una respuesta o consecuencia legal como pudiera ser una sanción administrativa, o un paso más allá, penal. Sin embargo, el adjetivo forzoso nos lleva a alejarnos de la idea de incumplimiento. Ante la negativa, la respuesta en este caso podría llegar a ser el uso de la fuerza. Como puede apreciarse de esta definición, la vacunación forzosa significaría la administración de la dosis aun por encima de la negativa del paciente. Lo que sería sin duda una grave injerencia sobre la integridad física del individuo.

Respecto a cualquiera de las posibilidades, ambas son medidas limitadoras de derechos fundamentales, pero puestos a comparar, la segunda afecta directa y gravemente a la integridad física del individuo. Tal y como se comentó en apartados anteriores, la integridad física, junto con el derecho a la vida, son los derechos sobre los que se fundamentan el resto de nuestro entramado, lo que justifica un grado de protección especial de ambos. Por lo que cabe concluir que una medida como la vacunación forzosa difícilmente superaría el test de proporcionalidad del que hablamos en apartados anteriores, principalmente por existir otras medidas menos restrictivas de derechos (como la obligatoriedad). Pero, ¿podría en última instancia, de ser la única medida posible para frenar los contagios imponerse la vacunación forzosa?

No sería la primera vez que nuestros tribunales admiten la limitación del derecho a la integridad física mediante la admisión de medidas coercitivas, por tratarse de la última medida posible. Cabe destacar las Sentencias del TC 120/1990, de 27 de junio y la 137/1990 de 19 de julio sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre. En concreto, se permitió la alimentación coercitiva de un grupo de presos terroristas del colectivo Grapo que se habían declarado en huelga de hambre. Aunque los motivos que llevaron al fallo de ambas Sentencias incluyen algunos que se alejan de nuestro objeto de estudio, como es la especial relación entre los presos y la Administración y la ilegalidad de los fines de la huelga, cabe fijarse en algunos detalles.

En concreto debe apreciarse que el conflicto no enfrentaba aquí la salud pública a la integridad, sino al derecho a la propia vida de estos. Y que, además, en este caso la no aplicación de la medida hubiera significado la muerte, lo que nos lleva en mi opinión a concluir que siendo el fin la protección del derecho a la vida, y no existiendo ninguna otra medida que, siendo menos restrictiva, evitara la muerte de estos presos, se supera el test de proporcionalidad. Además, puede apreciarse que en ningún caso la medida era de alcance general, argumento este utilizado por aquellos que se niegan a la existencia en nuestro ordenamiento de una posible obligación legal de vacunación, tema que se tratará en el siguiente epígrafe.

2.LA AUSENCIA DE UNA OBLIGACIÓN LEGAL DE VACUNACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1-El sistema de vacunación en España

El sistema de vacunación en España se define como un sistema universal y voluntario; pues todos tenemos acceso a las vacunas, pudiendo decidir sobre la recepción o no de las mismas, sin necesidad alguna de justificar la negativa a la recepción del tratamiento. Así lo determina la *Ley General de Sanidad* cuando dispone en su artículo 28 que todas las medidas preventivas deben atender a los principios de preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias y de no riesgo para la vida. Con carácter general, no ha existido -o al menos hasta ahora- la necesidad en nuestro país de modificar nuestro sistema de vacunación.

Aunque no exista un deber explícito de vacunación, el sistema de vacunación en España se organiza alrededor de una serie de recomendaciones materializadas en los llamados calendarios de vacunación. Hablamos en plural porque, si bien las diferencias no son *a priori* significativas, y todas se ajustan a la estrategia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se trata de una competencia de las CCAA.

Respecto a la aplicación de tales recomendaciones sí que han surgido diferencias intracomunitarias. Vengo aquí a referirme a los casos a los que algunos Tribunales Superiores de Justicia han tenido que enfrentarse trayendo como causa la negativa de centros escolares a admitir a personas no vacunadas.

Cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de marzo de 2000. Entre los argumentos del Tribunal para sustentar la inadmisión de la menor se refiere el mismo a que “la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general.”

No estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traducen en

la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad en un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial. (STSJ CAT 4377/2000).

En mi opinión, aun cuando la argumentación del Tribunal es totalmente lógica y sin duda la vacunación protege la salud del resto, se pasa aquí de recomendación a imposición. Independientemente de que estemos ante la inadmisión en una Universidad, y no en un colegio de enseñanza obligatoria, no puede exigirse el cumplimiento de un requisito cuya negativa da lugar a la imposibilidad de acceder a la enseñanza pública si nuestro sistema de vacunación se tilda de voluntario. Aunque la obligación no sea aquí tan explícita como el pago de una sanción, indirectamente supone una limitación de la capacidad económica de las personas no vacunadas, que se verían obligadas a acudir a otros tipos de enseñanza.

En cuanto a otros países, la vacunación voluntaria no es la norma general. En el caso de EEUU, la vacunación es obligatoria y de hecho se articula a través de los centros escolares. La vacunación es obligatoria, que no forzosa, y cabe la negativa a recibir las dosis alegándose algunos motivos como pueden ser los religiosos o la objeción de conciencia. Sin embargo, la legislación al respecto varía mucho de unos estados a otros, por ejemplo, en estados como California, Misisipi y Virginia, tales motivos no pueden alegarse y los niños no vacunados -excepto por motivos de salud- deben acogerse a sistemas de *homeschooling*, en otras palabras, escolarizarse en sus casas.

Apartándonos de los pronunciamientos y casos aislados, ¿existe una base legal sobre la que pudiera imponerse la vacunación obligatoria como norma general?

La Ley 22/1980, de 24 de abril de Modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, sería el mecanismo perfecto para pasar de la vacunación universal y libre, a la obligatoria. En su artículo único, esta habilita al Gobierno para decretar la obligatoriedad de la vacuna contra la viruela, la difteria y contra otras infecciones. Además, “en todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias.”

Sin duda alguna la literalidad de este texto legal encaja a la perfección con la situación traída por el virus del Covid-19, al existir vacunas lo suficientemente testadas para asegurar la ausencia de peligro podrían estas ser impuestas. Sin embargo, creo que “sería” y no “es” un mecanismo adecuado por dos motivos. En primer lugar, la *Ley General de Sanidad* incluía un mandato de transposición que preveía la regularización de esta ley en un plazo de 18 meses. Sin embargo, este mandato no ha sido más de veinte años después cumplido. El segundo motivo se debe a la naturaleza de esta Ley, aun cuando se trata de una ley limitadora de DDFF, la Ley de Bases de Sanidad Nacional carece de rango orgánico, desobedeciendo el requisito establecido por el artículo 81 CE.

La ya citada Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, permite en su artículo 12, “en los casos de crisis sanitarias tales como epidemias” (art. 4, apartado b), la adopción de las medidas previstas en las normas para la lucha contra enfermedades infecciosas. Sin embargo, la toma de tales medidas requiere la declaración, de nuevo, del estado de alarma en nuestro país.

Es por ello que, aunque no es tan explícita, cabe acudir a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Esta ley, ahora sí, orgánica, habilita a la autoridad sanitaria a que, “cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad” (art. 1), se puedan adoptar medidas de “tratamiento” si hubiera un “peligro para la salud pública de la población” (art. 2) y, “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles” podrá disponer “acciones preventivas generales” y “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3).

En este caso, sería necesario contar con autorización o ratificación judicial que, además, correspondería a la Audiencia Nacional o bien a los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto que la medida de vacunación obligatoria supondría una injerencia en un derecho fundamental con destinatarios no identificados individualmente, de acuerdo con la reforma introducida por la Disposición final 2 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (Lozano, 2022)

Respecto a la misma, cabe decir que la ratificación judicial debe considerarse como un obstáculo añadido, y mucho más si se entra a valorar medidas de ámbito nacional, Comunidad a Comunidad (por los Tribunales Superiores de Justicia), cuando ya hemos sido

testigos de las grandes diferencias que pueden originarse. Así ha sucedido durante las sucesivas olas de la pandemia, cuando las medidas empezaron a ser gestionadas y ratificadas a nivel autonómico.

2.2-Pronunciamientos singulares

Una vez explicados los distintos fundamentos a los que se podría acudir en caso de que fuera necesario recurrir a medidas más restrictivas de derechos como lo son la vacunación obligatoria o forzosa, este apartado se dedica a explicar algunos pronunciamientos aislados en los que, por considerarse proporcional, se han tomado tales medidas en nuestro país. Aunque todos los casos se refieren a pronunciamientos individualizados, cabe realizar una agrupación de los mismos de cara a analizar la argumentación jurídica utilizada.

2.2.1-Los menores

El caso de los menores requiere una atención especial por diferentes motivos. En primer lugar, por la necesaria protección del interés superior del menor, y además, por supuesto, por la falta de capacidad de obrar de los mismos que hace que la toma de decisiones recaiga sobre aquellos que ostenten la tutela o patria potestad.

A diferencia de lo explicado respecto del conflicto entre derechos individuales y la salud pública como interés colectivo, el criterio decisorio en la toma de medidas que afectan a menores, no han sido sino el del interés superior del menor. Por lo que, en mi opinión, se trata más bien de un conflicto entre derechos (salud e integridad física del menor) y no de la inoculación en aras de proteger la Salud Pública como interés general. Para interpretar tal interés en cada caso concreto, debe acudirse al artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante *Ley de protección jurídica del Menor*) en el que se dispone una enumeración no taxativa de criterios generales entre los que se puede distinguir:

“a)La **protección del derecho a la vida**, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos **y opiniones del menor**, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”

Desde el punto de vista procedimental, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA) atribuye a los Juzgados de orden Contencioso Administrativo la adopción de estas medidas:

“Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.”

En primer lugar, me gustaría referirme al Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Granada, de 24 de noviembre de 2010, en virtud del cual se acuerda la vacunación forzosa de 35 menores de edad ante la negativa de sus padres, tras un brote de sarampión en el colegio al que estos acudían.

La argumentación parte de la aceptación de que la medida solicitada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía es limitadora del derecho a la integridad física, y siguiendo la ya explicada doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al análisis del principio de proporcionalidad, se dicta el fallo basándose en (i) que el fin es constitucionalmente legítimo, (ii) que se encuentra amparada en una norma de rango suficiente (la *Ley Orgánica sobre Medidas Especiales en Materia de Salud*) y (iii) que se trata de la medida idónea “sin implicar un sacrificio desmedido”.

No parece ser, según la argumentación del auto, el fin buscado evitar el contagio a terceros, sino la protección de los menores a los que se administraría la dosis:

“en resumen, que mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la

actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no deán secuela alguna, sin que se asocian enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren en re un 5- 15% de los casos”.(AJCA 3/2010 - ECLI:ES:JCA:2010:3^a)

De esta Sentencia cabe también destacar la forma en que se define la vacunación forzosa, que, aunque no puede constituir un trato inhumano o degradante, y debe ser realizada por la Autoridad Sanitaria, se habilita a esta a “requerir el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, si fuere necesario”.

El Auto fue recurrido en apelación y posteriormente confirmado por la Sentencia del TSJ Andalucía de 22 de julio de 2013, que desestimó el recurso que traía como fundamento principal la existencia de medidas menos coactivas como el aislamiento domiciliario. Ante la propuesta de someter a los menores a un régimen de aislamiento, el Tribunal se decanta por la inmunización forzosa como medida proporcional más efectiva:

“Esta Sala no llega a vislumbrar porqué sería más proporcionado tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración. Con ello se cuestiona también la propia eficacia de esta medida considerada más adecuada, o al menos proporcional, por los apelantes”. (Sentencia núm. 2393/2013 de 22 julio)

En cuanto a los pronunciamientos de vacunación contra el Covid, aun no se han tomado medidas como la ya comentada vacunación forzosa en el año 2010 en Granada, pero sí que se ha entendido que la vacunación va en beneficio no solo de la sociedad en general, sino también del menor. En este caso, la vacunación de los menores es aún más polémica por la desconfianza ante el eventual riesgo de una reacción adversa por la novedad de estas vacunas. Los juzgados han seguido la misma línea argumentativa: la vacuna ofrece las máximas garantías y en caso de producirse posibles efectos adversos estos serían menos dañinos que contraer la enfermedad.

Los supuestos que se analizan a continuación se alejan de la vacunación obligatoria o forzosa para enfrentarse a los conflictos que han surgido del necesario consentimiento parental. La mayoría de los casos son supuestos en los que existen discrepancias entre los padres, siendo el juez, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, a quien corresponde tomar la decisión, ocupándose los Juzgados de Primera Instancia de casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad cuando uno de los progenitores se niega a la vacunación del menor.

Cabe destacar de entre estos pronunciamientos el auto núm. 624/2021 de 15 noviembre del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo, en el que se argumenta que:

“es un hecho notorio que la vacuna ha sido aprobada por la Agencia Europea del Medicamento y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, lo que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia; y que los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento. Lo cierto es que en el momento actual **el eventual riesgo para la salud de la menor es muy inferior al riesgo cierto que pudiera derivarse de su no vacunación** en el supuesto de que la menor llegara a contraer la enfermedad, ya que en tal caso los efectos en su salud si llegara a contraer y desarrollar la enfermedad resultarían más perjudiciales, es por ello que las autoridades sanitarias recomiendan la inoculación de la vacuna contra el Covid, ya que se ha demostrado que en estos momentos, la vacuna contra el Covid es una medida necesaria que tiende a proteger la salud de la menor frente a la enfermedad, que en el momento actual **parece la única alternativa eficaz frente al riesgo real de desarrollar la enfermedad.**” (Auto núm. 624/2021 de 15 noviembre. JUR 2021\347243)

Es necesario hacer también aquí referencia a la información oficial publicada por el Ministerio de Salud, que da pautas sobre el proceder en los casos de discrepancias entre progenitores, e incluso para el supuesto de la negativa de ambos a vacunar al hijo menor de edad. Según esta, los servicios sanitarios no tienen la obligación de recabar la opinión de ambos padres, y para los supuestos previamente expuestos, si uno de los padres se opone expresamente a la vacunación, es su obligación hacer constar su posición y una vez la negativa se exprese de manera explícita, será la autoridad judicial quien tome la decisión final.

En el caso de que uno de los padres autorice la vacunación y el otro haya expresado su oposición de forma explícita en el centro de vacunación y ante la entidad responsable de su gestión, deberá ser la autoridad judicial quien decida finalmente, a instancias de la parte favorable a la vacunación. En el caso de que ambos padres rechacen la vacunación, los servicios sanitarios, si entienden que esta decisión comporta riesgos extraordinarios al niño/niña, por sus circunstancias clínicas individuales y la situación de riesgo de exposición al virus, pueden solicitar una decisión judicial. (Comité Asesor de Vacunas (CAV-AEP))

El caso excepcional de los adolescentes:

Nos encontramos en el caso de los adolescentes ante una problemática distinta, pues no sólo debemos contemplar la negativa de los padres a la recepción del tratamiento de sus hijos menores en ejercicio de la patria potestad, sino también ante la posible negativa del hijo adolescente a recibir el tratamiento, aunque los padres estén a favor del mismo.

Según establece el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 (en su redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia):

“Se otorgará el consentimiento por representación [...] c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Pero, ¿qué se considera una capacidad intelectual y emocional suficiente? En la medida en que la vacunación es de carácter voluntario, procede aplicar, lo que ha venido a denominarse criterio de la mayoría de edad sanitaria, que se establece en 16 años.

Así, el documento oficial del Ministerio de Sanidad sobre respuestas y preguntas acerca de la vacunación de menores diferencia dos rangos de edad:

- A) Los adolescentes que tienen 16 o más años de edad tienen capacidad legal para aceptar o rechazar la vacunación por sí mismos.

B) Para los menores de entre 12 y 15 años, el acompañamiento y consentimiento de los padres o tutores legales sigue siendo un requisito.

Edad en años	Consentimiento	Audiencia
De 0 a 12	Representante legal	No procede legalmente audiencia al menor, salvo que concurren condiciones de madurez a criterio de personal especializado
De 12 a 16	Representante legal	Después de haber oído y escuchado al menor
De 16 a 18	Con carácter general: el menor (alcanza la mayoría de edad sanitaria)	-
	En caso de grave riesgo para la vida o la salud del menor: el representante legal	En caso de grave riesgo, a criterio del facultativo, el menor será oído y su opinión será tenida en cuenta

Figura 5: El consentimiento informado en función de la edad del menor. Fuente: *Asociación Española de Pediatría*

Tal y como puede verse en la Figura 5, los adolescentes, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad sanitaria, siguen bajo un régimen de protección especial cuando pueda existir un riesgo para su vida o su salud. El menor será en tal caso oído, pero será el facultativo quien decida si el consentimiento lo presta el representante legal.

2.2.2-Vacuna contra la Covid-19 en residencias

En el caso de los mayores internos en residencias, tal y como se explicó en el epígrafe dedicado a la contextualización de la estrategia de vacunación en nuestro país, estos pertenecieron al grupo prioritario, siendo los primeros en recibir las dosis llegadas a nuestro país. El supuesto concreto es el de los hijos que, como representantes legales de sus padres, rechazan la vacunación de estos por miedo a los efectos adversos de la inoculación.

En primer lugar, respecto a la representación legal se encuentran casos tanto de incapacitados permanentes, como temporales por entenderse que el paciente no tiene las facultades psíquicas suficientes para decidir acerca de la recepción del tratamiento. Para este tipo de situaciones, debemos acudir a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que, para el supuesto de imposibilidad de prestación de

consentimiento por el afectado, prevé el consentimiento por representación o sustitución, estableciendo en su artículo 9 que:

“En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho ...**la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.** Aquellas **decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial**, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”

Por lo que la argumentación general en estos casos es la vacunación de los mayores por considerarse la medida que más beneficia la salud de estos.

En el auto de 4 febrero 2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada, el hijo de un interno rechaza el tratamiento de su padre, enfermo de Alzheimer, argumentando que su padre había contraído el virus y que contaba con anticuerpos, prefiriendo por su avanzada edad y condición no arriesgarse a los efectos adversos de la vacuna. En el caso concreto se reconoce en el auto que “el hijo mantiene una postura comprensible desde un punto de vista humano”, sin embargo, se argumenta que “el riesgo, pues, no ha desaparecido, de forma que puede afirmarse que en las actuales circunstancias el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, lo que supone, en definitiva, que el mayor beneficio es la vacunación y que sería contrario a la salud del paciente no hacerlo en tanto se incrementaría el riesgo de volver a contraer esta enfermedad, debiendo significarse, además, que la vacuna cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento” (JUR 2021\40231)

En mi opinión, si el análisis debe realizarse caso a caso, este auto se limita a seguir la decisión de otros juzgados en los que no existían razones suficientes para comprender que efectivamente el familiar estaba aquí velando por el mayor beneficio para la vida del paciente. El hijo del interno aportó no una, sino dos pruebas en las que se demostraba que

su padre contaba con un nivel suficientemente alto de anticuerpos para no volver a contagiarse.

Así, el caso del Auto 55/2021, de 19 de enero, del Juzgado núm. 6 de Santiago de Compostela, es totalmente diferente. La postura que toma aquí la hija de una anciana privada de suficiente capacidad cognitiva se basa en argumentar que la decisión era una carga demasiado grande, dado el temor ante los posibles riesgos adversos. Sin embargo, no aportó esta prueba alguna que sustentara la no vacunación más allá de la desconfianza de las nuevas vacunas.

2.2.3.Trabajadores sociosanitarios

La cuestión sobre la posible obligatoriedad de vacunar a profesionales sociosanitarios nace casi sola tras reflexionar acerca del apartado anterior. La importancia de la vacunación en las residencias trae como argumento la protección del resto de residentes dada la vulnerabilidad de este grupo poblacional ante el virus. Siguiendo este razonamiento, ¿podría obligarse a un trabajador de la residencia, que decida, por su propia voluntad y en plenitud de sus capacidades no vacunarse, a recibir la dosis?, ¿y al personal sanitario, del que depende directamente la sanidad pública, y que está casi constantemente en contacto con el grupo de personas al que hemos denominado “de riesgo”?

La pregunta no es banal, pues países tan cercanos, geográfica y democráticamente al nuestro como Francia y Grecia, han impuesto la obligatoriedad de vacunación para el personal sociosanitario, enfrentándose a sanciones disciplinarias, administrativas e incluso a la suspensión de su actividad en caso de negativa.

¿Podría aplicarse esta obligación en España? Aunque la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, incluye entre otros deberes el de cumplir con las normas de seguridad en el trabajo, podríamos concluir que no se les impone una obligación más allá que las de protección como es el uso de guantes, mascarillas o seguir el protocolo de desinfección. Sin embargo, parece que en esta ocasión es más bien el plano deontológico, a través del cual podría imponerse la vacunación.

El principio general de no maleficencia que rige las profesiones sanitarias («*primum non nocere*»), reflejado en deberes básicos cuyo incumplimiento puede acarrear algún tipo de responsabilidad. Así, el deber de colaboración en situaciones de urgencia o necesidad (art. 19.f EMPS). O el deber genérico de colaboración en materia de salud pública, por conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución (art. 8 LGSP). (DELGADO, 2021)

Respecto del trabajo de personal sanitario no vacunado con pacientes de riesgo, como es el caso concreto de las personas inmunodeprimidas, la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, publicó en 2001 un Protocolo de Vigilancia Sanitaria para Agentes Biológicos en el que, tras recomendar las vacunas que, como norma general, se han de administrar al personal sanitario, establece que: Los trabajadores que rechacen la vacunación deben dejar constancia escrita de la negativa en su ficha personal, en cuyo caso se valorará el NO APTO. Sin embargo, dichos protocolos carecen de carácter vinculante y son meras recomendaciones; de modo que una eventual calificación de no apto de un trabajador sanitario para prestar servicios en una determinada unidad debería ser sometida a autorización judicial, tal y como se ha expuesto en el párrafo anterior. (Manual de vacunación ASEP, capítulo 45)

Sin embargo, los porcentajes de personal sanitario con pauta completa de vacunación en nuestro país son altísimos, por lo que, aunque el debate quede servido, no ha sido encontrado en la jurisprudencia ningún caso que pueda aquí mostrar las medidas que se tomarían para una hipotética vacunación obligatoria.

A modo de conclusión, es importante destacar la distinta justificación que ha sido utilizada en los supuestos hasta ahora revisados. Aunque hablemos de un conflicto entre derecho e interés general, ni en el caso de los menores, ni en el de los residentes, se pondera el interés general con la libertad de decisión de estos, sino que se busca su mayor interés al justificar que la Administración vela por la protección de estos en aquellos casos en los que los familiares o tutores no lo hacen. Por lo que, ninguna de estas argumentaciones podría llevarse al plano general, y solo cabe la individualización y examen jurídico caso por caso.

CAPÍTULO IV-CONCLUSIONES

1. LA OBLIGATORIEDAD IMPLÍCITA, ¿ES PROPORCIONAL?

El 15 de junio de 2021 se publica el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Mediante este, entra en vigor el Pasaporte Covid, que se define en el mismo como un “certificado interoperable que contiene información sobre la vacunación, el resultado de una prueba diagnóstica o la recuperación del titular, expedido en el contexto de la pandemia de Covid-19”.

En un primer momento, se crea con la finalidad de facilitar la libertad de circulación de los ciudadanos europeos entre los países miembros, para evitar las restricciones, las cuarentenas o la realización de pruebas de detección de Covid-19. Así se plantea tanto en el título como en el cuerpo del Reglamento, como un mecanismo que busca reestablecer el derecho a la libre circulación de los ciudadanos europeos. Sin embargo, la mayoría de los estados miembros, incluido el nuestro, comenzaron poco después de la publicación del Reglamento a utilizar el Pasaporte Covid como instrumento de persuasión.

En concreto, ya no solo pasó a ser necesario poseer este certificado para realizar viajes transfronterizos, sino que se impuso como requisito para llevar lo que hasta entonces habíamos entendido como una vida normal. Se hizo depender la entrada a determinados lugares públicos como restaurantes u otros lugares de ocio y culturales de la obtención del Pasaporte Covid. En el caso concreto de España, la decisión no fue a nivel nacional, sino que fueron solo algunas Comunidades Autónomas, que, incitadas por el aumento en el número de contagios, entendieron que la medida aun siendo restrictiva de derechos era proporcional.

Entre otros DDFF, este uso distinto del original del Certificado Covid vulnera el Derecho a la Intimidad. Así se pronunciaron los Tribunales Superiores de Justicia de algunas CCAA que no avalaron las medidas impuestas por sus respectivos gobiernos autonómi-

cos. En la misma línea se pronunció la Agencia Española de Protección de Datos señalando que el acceso a este tipo de información debería quedar limitada a personal al servicio del cumplimiento de las políticas públicas, y no de particulares.

En mi opinión, respecto a la proporcionalidad de la medida no cabe solo basarnos en que el fin, sin duda alguna es legítimo, pues las CCAA que decidieron tomar esta medida lo hicieron para frenar el avance de contagios. Sino que debe someterse a examen si la medida es eficiente. Tal y como hemos visto a medida que se ha avanzado en las tasas de población vacunada, aun cuando la gravedad de la infección sin duda alguna se reduce, no existen a día de hoy evidencias científicas que garanticen que los encuentros sociales entre personas vacunadas eviten el contagio. De existir pruebas suficientes que lo demostraran, la medida, aunque restrictiva de derechos, conllevaría un daño menor que el que pudieran causar otras medidas como la ya revisada vacunación obligatoria.

2. CONSIDERACIONES FINALES

La dificultad de este trabajo no se encuentra sólo en analizar ampliamente un tema tan candente como la pandemia del Covid-19 en general, y la vacunación en especial, sino también el constante cambio al que se están viendo sometidos tanto el contexto como el entramado jurídico que lo regula. A modo de conclusión, y para facilitar la lectura y comprensión de este proyecto se enumeran, a modo de conclusión, seis puntos clave:

- i. Las vacunas son el único instrumento que posibilita hacer frente a la pandemia, siendo la inmunización por contagio una medida éticamente inaceptable.
- ii. Se han venido utilizando mecanismos legalmente discutibles, como el que se ha denominado a lo largo de este proyecto obligatoriedad implícita.
- iii. El pretendido análisis caso por caso de la vacunación de menores y de la representación por sustitución de personas discapacitadas, ha resultado en realidad una aplicación uniforme de la doctrina pro-vacunación, negando que cualquier medida distinta de esta vele por el interés de estos sujetos.

- iv. Los Derechos Fundamentales no son ilimitados y, una medida que tenga por objeto proteger un interés general, no necesita precepto legal habilitante concreto, pues la protección de estos fines goza ya de respaldo constitucional.
- v. La legislación española, aunque en términos considerablemente faltos de concreción, habilita la imposición de medidas de vacunación obligatoria en situaciones excepcionales.
- vi. La imposición de una medida restrictiva de derechos como esta necesita ajustarse a requisitos como la reserva de Ley Orgánica, por lo que queda vetado a los organismos autonómicos, aun cuando la Sanidad sea competencia de las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1 de nuestro Texto Fundamental.
- vii. Las tasas de vacunación en España hacen que la imposición de la vacunación obligatoria no supere el test de proporcionalidad, por lo que este debate no es más que una propuesta de reflexión teórica.

BIBLIOGRAFÍA:

1.-Legislación

- Constitución Española
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- Ley 22/1980, de 24 de abril de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública
- Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia

- Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia

2.-Jurisprudencia

2.1- Tribunal Constitucional:

- Sentencia 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99 de 25 de abril de 1981).
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1982, de 29 de enero (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 1982).
- Sentencia 81/1982 de 10 de octubre (BOE núm. 266 de 07 de noviembre de 1983).
- Sentencia 22/1984, de 17 de febrero (BOE núm. 59 de 09 de marzo de 1984)
- Sentencia 93/1988, de 24 de mayo (BOE núm. 143 de 15 de junio de 1988)
- Sentencia 254/1988, de 21 de diciembre (BOE núm. 19 de 23 de enero de 1989)
- Sentencia 120/1990, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1990)
- Sentencia 66/1991, de 22 de marzo (BOE núm. 98 de 24 de abril de 1991)
- Sentencia 37/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101 de 28 de abril de 2011)

2.2.- Tribunales Superiores de Justicia

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala Contencioso- Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 291/2000 de 28 marzo (JUR 2000\204924)

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª). Sentencia núm. 2393/2013 de 22 julio (JUR 2013\302906)

2.3.- Juzgados de Primera Instancia

- Auto núm. 624/2021 de 15 noviembre del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo (Provincia de Pontevedra) (JUR 2021\347243)
- Auto de 4 febrero 2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada (JUR 2021\40231)
- Auto núm. 55/2021 de 19 enero Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela (Provincia de Coruña, A) (JUR 2021\41157)

3.-Doctrina

- AEPD «El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid: un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020
- ALEXY, ROBERT. “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 11–29.
- Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Sarasola, I. F. (2004). Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. *Madrid: Tecnos*.
- Comité Asesor de Vacunas (CAV-AEP). Manual de Vacunas en línea de la AEP [Internet]. Madrid: AEP; 2021. [consultado el 26/04/2022]. Disponible en: <http://vacunasaep.org/documentos/manual/manual-de-vacuna>
- Comité de Bioética de España. Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario (2016)

- de Luque, L. A. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (14), 9-34.
- De Montalvo Jäaskeläinen, F. (2022). La vacunación obligatoria en el contexto de la pandemia de la COVID-19: análisis desde la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales. *Teoría Y Realidad Constitucional*, (49), 293–332. <https://doi.org/10.5944/trc.49.2022.33852>
- Diario LA LEY, nº 9918, de 22 de septiembre de 2021, Nº 9918, 22 de sep. de 2021, Editorial Wolters Kluwer. Román Garcia-Varela Iglesias
- Gázquez, A. E. (2021). El uso inadecuado del certificado Covid en España: la vulneración de derechos fundamentales. *Actualidad administrativa*, (11), 13.
- Guerra Vaquero, A.Y. (2015). La protección de la salud y del derecho a la integridad física en tiempos de crisis. *Revista de Derecho UNED*, núm 16, 2015.
- Le « pass vaccinal », mode d’emploi. Artículo publicado el 23/01/2022 en el portal de Sanidad del Gobierno de Francia
- PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C., “Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario», Fundación Wolter Kluwer, España, 2008
- Pulido, C. B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Universidad Externado.
- TERUEL LOZANO, GERMAN M.: “Vacunación universal, ¿pero obligatoria? Apuntes constitucionales en tiempos de pandemia”, *El notario del siglo XXI*, núm. 95, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2011.

- Yustas, M. F. A., Vélez, M. I. Á., & Huarte-Mendicoa, I. A. (2018). *Lecciones de derecho constitucional*. Tirant lo blanch.

4.-Otras fuentes:

- Sinopsis artículo 81 - Constitución Española (congreso.es)
- Apuntes mínimos sobre teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española (13): límites «internos» y «externos» de los derechos fundamentales. El derecho y el revés (wordpress.com)
- ONU. Asamblea General (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos humanos. Recuperado de [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))
- Manual de vacunación ASEP
- Portal web oficial de la Embajada de Italia. https://ambmadrid.esteri.it/ambasciata_madrid/es/archivio-news/le-misure-in-vigore-in-italia.html