



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **MEDIDAS ÉTICO-LEGALES FRENTE AL RECHAZO A LAS VACUNAS:**

De la información a la coerción

Autor: Enrique González de Heredia Moro  
5º E-3 Analytics  
Derecho Constitucional

Tutor: Prof. Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid  
Abril 2022

## **RESUMEN**

La crisis social, económica y sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19 desde principios del año 2020 ha supuesto un punto de inflexión en las sociedades modernas, en las que se han tambaleado sus cimientos y ha habido que replantearse todo tipo de cuestiones. En el ámbito sanitario, los esfuerzos de los gobiernos e instituciones de todo el mundo se basó desde el primer momento en encontrar una vacuna que pudiese poner fin a la pandemia y retomar la vida normal. Sin embargo, una parte de las sociedades no es favorable a la vacunación y, aun teniendo en cuenta la letalidad y transmisibilidad del virus, muchas personas rechazaron vacunarse.

Ante la trascendencia de tal discusión en la actualidad, el presente trabajo busca realizar un análisis exhaustivo del ordenamiento jurídico español para entender si por un lado, es posible aprobar una medida que obligue al conjunto de la sociedad a vacunarse y, por otro, que implicaciones tendría tal medida en los derechos fundamentales de las personas. Además, se realizará un estudio del ordenamiento jurídico de Estados Unidos para analizar qué respuesta da otro país occidental a esta problemática. Por último, se pretende evaluar el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico para ver si la respuesta dada a esta pandemia ha sido la adecuada y si sería extrapolable a otras crisis sanitarias, o si por el contrario se requieren reformas que garanticen la salud pública en momentos delicados.

## **PALABRAS CLAVE**

Pandemia

COVID-19

Vacuna

España

Estados Unidos

Obligatoriedad

## **ABSTRACT**

The social, economic and health crisis caused by the COVID-19 pandemic since the beginning of 2020 has been a turning point in modern societies, where the foundations have been shaken and all kinds of issues have had to be rethought. In the health field, the efforts of governments and institutions around the world have been based on finding a vaccine that could put an end to the pandemic and return to normal life. However, some parts of societies are not in favor of vaccination and, even considering the lethality and transmissibility of the virus, many people refused to be vaccinated.

Given the importance of this discussion at present, this study seeks to carry out an exhaustive analysis of the Spanish legal system in order to understand whether it is possible to approve a measure that obliges society to be vaccinated and, on the other hand, what implications such a measure would have on people's fundamental rights. In addition, a study of the legal system of the United States will be carried out to analyze the response of another Western country to this problem. Finally, the aim is to evaluate the current state of our legal system to see whether the response given to this pandemic has been adequate and whether it can be extrapolated to other health crises, or if, on the contrary, reforms are required to guarantee public health at delicate times.

## **KEY WORDS**

Pandemic

COVID-19

Vaccine

Spain

United States

Mandatory/Compulsory

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.</b> .....	<b>5</b>
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	5
2. JUSTIFICACIÓN.....	6
3. METODOLOGÍA.....	6
<b>CAPÍTULO I. SITUACIÓN ACTUAL DEL COVID-19 Y EL PAPEL DE LAS VACUNAS</b> .....	<b>8</b>
1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PANDEMIA .....	8
2. ESTRATEGIA DE VACUNACIÓN.....	8
2.1. <i>España</i> .....	8
2.2. <i>Estados Unidos</i> .....	11
<b>CAPÍTULO II. LA INMUNIDAD DE REBAÑO</b> .....	<b>14</b>
1. INMUNIDAD A TRAVÉS DE LA VACUNACIÓN DE LA POBLACIÓN vs INMUNIDAD NATURAL.....	14
2. OMICRÓN, PUNTO DE INFLEXIÓN.....	15
<b>CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL NÚCLEO ESENCIAL. ALTERNATIVAS A LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA</b> .....	<b>16</b>
1. CONFLICTO DE DERECHOS CON BIENES Y VALORES CONSTITUCIONALES .....	16
1.1. <i>El principio de proporcionalidad</i> .....	16
1.2. <i>El núcleo esencial</i> .....	17
2. PROMOCIÓN: INFORMACIÓN Y FORMACIÓN.....	18
3. VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y FORZOSA .....	18
4. DOCTRINA DE LOS NUDGES .....	20
4.1. <i>Concepto</i> .....	20
4.2. <i>Ventajas e inconvenientes</i> .....	21
<b>CAPÍTULO IV. MARCO LEGAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN ESPAÑA</b> .....	<b>24</b>
1. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA .....	24
2. EL PROBLEMA DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN ESPAÑA .....	25
3. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE VACUNACIÓN.....	29
<b>CAPÍTULO V. MARCO LEGAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN ESTADOS UNIDOS</b> .....	<b>32</b>
1. RÉGIMEN DE VACUNACIÓN OBLIGATORIA.....	32
2. VACUNACIÓN OBLIGATORIA POR COVID-19.....	33
<b>CAPÍTULO VI. EL PROBLEMA DE LA VACUNACIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS</b> .....	<b>35</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>41</b>

## **INTRODUCCIÓN.**

### **1. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La diversidad característica de las sociedades actuales hace que cada vez sea más importante garantizar el bienestar del conjunto de la población, a la vez que el respeto y la protección a los derechos y libertades de los ciudadanos. En el ámbito de la salud pública, asegurar este correcto equilibrio adquiere una especial relevancia ya que el Estado cuenta con un doble deber: por un lado, confeccionar un sistema de salud público que proteja a la sociedad de contraer enfermedades y ponga a su disposición todos los medios necesarios para la cura y el tratamiento de las mismas; y, por el otro lado, garantizar como derecho fundamental de los individuos el derecho a la libertad y a la integridad física.

La pandemia originada por el COVID-19 en el año 2020 volvió a poner de manifiesto esta disyuntiva y la importancia de tener un sistema jurídico completo que regule y dé respuesta a las situaciones que puedan poner en conflicto la salud pública con los derechos de las personas (por ejemplo, que un individuo se niegue a recibir un tratamiento médico que ayude a controlar una enfermedad contagiosa). Considerándose las vacunas como uno de los mayores avances de la historia en materia de salud pública, desde el estallido de la pandemia todos los esfuerzos se centraron en desarrollar lo más rápidamente posible una vacuna que nos protegiese de esta enfermedad (que, dos años después, ya se ha cobrado la vida de más de 6 millones de personas en todo el mundo), frenase su propagación del virus y nos permitiese recobrar cuanto antes la normalidad, abogando muchas personas y organismos por la obligatoriedad de la misma. No obstante, muchas personas, colectivos y algunos gobiernos se negaron desde el primer momento a establecer la vacunación obligatoria, considerando que tal decisión se inmiscuía en la más íntima esfera personal del individuo y que atentaba contra el derecho a la integridad física, al imponer a las personas recibir un tratamiento médico sin su consentimiento.

El régimen legal de la salud pública tiene su consagración en el artículo 43 de la Constitución Española (en adelante, CE), donde se reconoce el derecho a la protección de la salud. Adicionalmente, cuenta con distintas normas de desarrollo, como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de

medidas especiales en materia de salud pública; o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

## 2. JUSTIFICACIÓN

La realización del presente trabajo de investigación se debe al interés del autor en el conflicto que puede ocasionar una medida de vacunación obligatoria en los derechos fundamentales de las personas. Además, no sólo se analizará tal discrepancia, sino que se examinará el ordenamiento jurídico español para averiguar si verdaderamente fuera posible obligar a las personas a recibir una vacuna con el propósito de frenar una enfermedad contagiosa y que pone en riesgo la salud pública o si, por el contrario, tal medida no se contempla.

Por otro lado, la elección del régimen legal de la vacunación como objeto de la investigación se justifica por la trascendencia de este asunto en la actualidad. Mientras que varios países de nuestro entorno ya han aprobado la vacunación obligatoria para frenar el coronavirus, otros se debaten todavía sobre si hacerlo o no y algunos se oponen frontalmente a ello. Es, por tanto, un asunto que está actualmente en el punto de mira y que lo seguirá estando en el futuro a medida que seguirán surgiendo epidemias de nuevas enfermedades, o brotes de las ya existentes y que creíamos olvidadas.

Asimismo, su utilidad no se circunscribe únicamente a la pandemia actual, sino que es necesario entender el sistema jurídico en el que nos movemos y ver si está siendo capaz de dar respuesta a la situación actual y, por tanto, podría en el futuro solventar nuevas situaciones que supongan un peligro para la salud pública, o si es necesaria alguna modificación del mismo.

## 3. METODOLOGÍA

La metodología seguida para la elaboración del presente trabajo ha sido el Derecho comparado, analizando las distintas respuestas que dan el ordenamiento jurídico español y el estadounidense al problema de la vacunación. La globalización del siglo XXI ha permitido que las sociedades intercambien opiniones sobre todos los asuntos y se nutran de las respuestas e interpretaciones que otros países dan a problemas iguales o similares

que los suyos, y el ámbito jurídico no es una excepción. La elección de esta metodología se basa en entender correctamente dos ordenamientos jurídicos distintos que ofrecen distintas visiones respecto de la vacunación, y ver si alguna norma o disposición del ordenamiento americano sería extrapolable al nuestro y ayudaría a solucionar el tema en cuestión, y viceversa.

La elección de los Estados Unidos como país elegido para comparar con España se ha basado, no solo en las diferencias entre nuestros ordenamientos jurídicos, sino también en las diferencias sociales existentes, manifestadas por ejemplo en unos niveles de vacunación ampliamente inferiores a los nuestros y en una mayor presencia social y mediática de distintos movimientos antivacunas, muy escasa en nuestro país.

# **CAPÍTULO I. SITUACIÓN ACTUAL DEL COVID-19 Y EL PAPEL DE LAS VACUNAS**

## **1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PANDEMIA**

Transcurridos dos años desde el inicio de la pandemia en España, nos encontramos inmersos en la sexta ola de coronavirus en nuestro país. Tras distintas variantes como la británica o la sudafricana, en este caso ha sido la variante omicrón la que ha ocasionado una enorme subida en los contagios, alcanzando niveles de casi 3.000 contagios por cada 100.000 habitantes, con una incidencia a 14 días de 148 puntos.

Si bien esta variante se ha caracterizado por su rápido aumento de contagios, afortunadamente la mayoría de los casos diagnosticados han sufrido cuadros leves de síntomas o eran asintomáticos, quedando registradas muy pocas hospitalizaciones y escasos fallecimientos. Además, si nos fijamos en el país de Sudáfrica, que ya está dejando atrás la ola de omicrón, los contagios subieron rápidamente y disminuyeron del mismo modo, por lo que es altamente probable que dentro de unas pocas semanas demos por finalizada la sexta ola de coronavirus en nuestro país. La vacunación de la mayor parte de la población está logrando que las diferentes olas que se van sucediendo vayan siendo cada vez menos peligrosas para nuestra salud, hasta el punto de que algunos expertos comienzan a pensar que nos estamos acercando al final de la pandemia, y que en primavera podríamos estar hablando ya de una enfermedad endémica.

## **2. ESTRATEGIA DE VACUNACIÓN<sup>1</sup>**

### **2.1. España**

El objetivo perseguido por la estrategia de vacunación es proteger a la población de la enfermedad grave causada por el coronavirus. Ante la escasez de vacunas que hubo

---

<sup>1</sup> Vid. Estrategia de vacunación COVID-19 en España en la página web del Ministerio de Sanidad, disponible a través del siguiente enlace: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunaCovid19.htm> También es necesario acudir a la página web oficial de Vacunación COVID-19 del Gobierno de España, disponible en el siguiente enlace: <https://www.vacunacovid.gob.es/>



inicialmente, se comenzó vacunando a distintos grupos de población en función de su vulnerabilidad y nivel de exposición y, a medida que iban llegando más vacunas, por grupos de edad.

De acuerdo con la página web del Gobierno de España, la estrategia de vacunación seguida por el Gobierno durante estos dos años se puede dividir en cuatro etapas. La etapa 0, común con el resto de países de la Unión Europea, se basó en el desarrollo, autorización y evaluación de distintas vacunas. La EMA (Agencia Europea de Medicamentos, por sus siglas en inglés) es el órgano encargado de aprobar las distintas vacunas que se producen y desarrollan en el ámbito territorial de la Unión Europea, y las primeras en ser aprobadas fueron las vacunas de Pfizer-BioNTech (en adelante, Pfizer), AstraZeneca, Moderna y Janssen. Una vez se inició el reparto de vacunas a los distintos países europeos, los distintos gobiernos trazaron sus estrategias de vacunación con el objetivo de proteger en primer lugar a los grupos de población más vulnerables y posteriormente ir inmunizando al resto de la población. La etapa 1 en España tuvo lugar entre diciembre de 2020 y febrero de 2021, y se centró en inmunizar a lo que se denominó “grupos prioritarios”, entre los que se incluían residentes y personal en centros de mayores y de atención a grandes dependientes, personal sanitario y sociosanitario de primera línea, otro personal sanitario y sociosanitario, y grandes dependientes no institucionalizados.

A medida que iban llegando más vacunas, otros grupos de edad empezaron a ser llamados a vacunarse. En la etapa 2, desarrollada hasta junio de 2021, se inmunizó a mayores de 80 años, tras ellos a 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, y finalmente personas entre 50 y 59 años. Cabe destacar que en esta etapa 2 se vacunó antes al grupo de edad de entre 60 y 65 años que a las personas entre 66 y 69 años de edad. La razón fue que a medida que iba avanzando la población se empezaron a dar diversos efectos secundarios en función de la vacuna que era administrada. El principal efecto secundario que se observó, y el más peligroso, eran trombos en la sangre por parte de las personas vacunadas con AstraZeneca, vacuna que era la más disponible en aquel momento. De esta manera, se decidió esperar a recibir más vacunas de Pfizer, Moderna o Janssen para administrarlas a las personas entre 66 y 69 años, y se continuó con la vacunación con AstraZeneca a las

personas entre 60 y 65, a las cuales se les consideraba menos proclives a sufrir estos efectos secundarios.

Finalmente, a partir de junio de 2021 la vacuna ya estaba ampliamente disponible y se inició la etapa 3, en la que se empezó a vacunar a personas entre 40 y 49 años, posteriormente a personas entre 30 y 39 años, luego a los ciudadanos de entre 20 y 29 años y finalmente a adolescentes y menores de edad (los últimos por verse como la enfermedad les afecta mucho menos que a personas adultas), primero entre 12 y 19 y por último a niños entre 5 y 11 años.

### *2.1.1. Actualización 10<sup>2</sup>*

La estrategia de vacunación se ha ido modificando y actualizando a medida que íbamos recibiendo más dosis y a medida que iba evolucionando nuestro conocimiento sobre la pandemia. Actualmente, España ha recibido más de 93 millones de vacunas de las distintas marcas, de las cuales se han administrado casi 89 millones de ellas, llegando a más de 38 millones de personas con la pauta completa. Esto se traduce en un 90,7% de la población total española mayor de 12 años con la pauta completa, y un 92,6% con al menos una dosis. Además, se han administrado ya 12 millones de dosis de recuerdo y dosis adicionales a diferentes grupos de población.

En este sentido, es necesario distinguir entre dosis de recuerdo y dosis adicionales. Por un lado, las dosis de recuerdo son aquellas que se administran a personas que ya cuentan con la pauta completa de vacunación para reforzar su protección frente al virus, ya que se ha demostrado cómo las vacunas, debido al paso del tiempo y a las distintas mutaciones que sufre el virus, pierden parte de su eficacia a partir de los 3-6 meses de la vacunación completa. Por el otro lado, las dosis adicionales se administran a personas inmunológicamente débiles, que con la pauta de vacunación establecida para la población no alcanzan un nivel de protección suficiente frente al virus y necesitan de un “extra” para conseguirlo.

---

<sup>2</sup> Actualización 10 de la estrategia de vacunación contra el COVID-19 en España, disponible en los enlaces web incluidos en la nota a pie de página 1.

Los 12 millones de estas dosis ya administrados han seguido la estrategia de vacunación recogida en la Actualización 9, en la que se recomendó dosis adicionales para las personas consideradas de muy alto riesgo, tales como receptores de trasplantes, personas con inmunodeficiencias primarias, fibrosis quística o síndromes de Down de 40 o más años de edad. A la vez, se recomendó dosis de recuerdo para personas internas en centros de mayores, personas de 70 y más años y personas menores de 70 años que recibieron una dosis de vacuna de Janssen como primovacuna (diversos estudios han constatado que la inmunidad alcanzada con las vacunas de AstraZeneca y Janssen es inferior y dura menos a la que se llega con Pfizer y Moderna, y por ello se recomienda que la dosis de recuerdo sea con una de las dos últimas).

En este caso, la Actualización 10 continúa la línea marcada por la Actualización 9 y sigue recomendando dosis de recuerdo, ahora para otros grupos de edad, entre los que destacan personas entre 60 y 69 años, personal sanitario y sociosanitario, personas internas en centros de atención a la discapacidad, y personas de 60 y menos años que recibieron pauta de vacunación de AstraZeneca.

Por otro lado, finalmente se acuerda la vacunación en población infantil entre 5 y 11 años, ya que han sido el grupo de edad con mayor incidencia de casos entre noviembre y diciembre. Si bien el 99,7% de los casos diagnosticados presentaban un cuadro de síntomas leve e incluso asintomáticos, ha quedado demostrado que la vacunación de este grupo de edad disminuiría la carga de infección de estas personas y a la vez podría disminuir su transmisión en el ámbito familiar y escolar.

## **2.2. Estados Unidos**

La estrategia de vacunación seguida por Estados Unidos fue distinta a la seguida por España desde el primer momento. Mientras que España y el resto de países de la Unión Europea dependían de las decisiones comunitarias y de la aprobación de las vacunas por parte de la EMA, el Gobierno de los Estados Unidos (Mars, A., 2021, *El País*) decidió invertir millones de dólares en las farmacéuticas desde los primeros instantes de la pandemia, asegurándose dosis de unas vacunas que no sabían si iban a funcionar y sin que estuvieran aprobadas por la Agencia Estadounidense del Medicamento (FDA, por *Food and Drug Administration*). Ya en julio de 2020 la Administración de Donald Trump

anunció la compra de 100 millones de dosis de la vacuna de Pfizer con la opción de comprar otros 500 millones más, por 1.950 millones de dólares. También la vacuna de Moderna obtuvo una gran financiación pública con una cantidad cercana a los 2.500 millones de dólares, contando con 955 millones para su desarrollo y 1.500 para la fabricación, distribución y entrega de 100 millones de dosis. Finalmente, las vacunas Janssen (450 millones), AstraZeneca (1.200 millones) y algunas otras como Sanofi y Novavax también recibieron recursos públicos.

Además de financiación pública, es importante destacar dos elementos adicionales de la estrategia de vacunación de Estados Unidos. En primer lugar, la pandemia llevó a invocar la Ley de Defensa de la Producción, una ley que data de la Guerra de Corea y que permite al Ejecutivo obligar a las empresas nacionales a aceptar y priorizar contratos necesarios para la defensa nacional. Con ello se consiguió acelerar la producción de mascarillas y más tarde la producción de vacunas. En segundo lugar, la proliferación de puntos de vacunación. Para conseguir que la vacunación fuese fácil y accesible para todos los habitantes de un país tan extenso, se facilitó que las personas pudiesen vacunarse en todo tipo de centros: colegios y universidades, farmacias, estadios e incluso supermercados.

Con esta estrategia, Estados Unidos fue, junto con Reino Unido e Israel, uno de los primeros países en lograr importantes niveles de inmunización cuando en Europa apenas se estaba empezando. Si a principios de abril de 2021 España llevaba un 15% de la población con una dosis y apenas un 6,5% con la pauta de vacunación completa, Estados Unidos alcanzaba ya un 38,6% con al menos una dosis y más de un 24% de su población completamente vacunada.

No obstante, a partir del verano de 2021 la vacunación en Estados Unidos sufrió un importante estancamiento. Hemos de tener en cuenta que Estados Unidos, tanto social como administrativamente, es muy distinto a nuestro país. Mientras que en España la estrategia de vacunación ha sido común a todas las comunidades autónomas y ha ido avanzando de la misma manera, en Estados Unidos los estados han tenido un mayor margen de actuación. Esto ha provocado que estados de corte más liberal como California hayan aprobado que las vacunas sean obligatorias para los mayores de 12 años, mientras que estados conservadores como Texas han prohibido que ninguna entidad, ya sea privada o pública, pueda obligar a sus trabajadores a vacunarse. Estas diferencias, unido a que en

Estados Unidos sí que hay una importante parte de la población (en torno a un 25%) reacia a ponerse la vacuna, ha provocado que los niveles de vacunación en Estados Unidos sean inferiores a los españoles.

Ante esta situación, la Administración Biden<sup>3</sup> puso en marcha una serie de medidas para salir de tal estancamiento. Anunció requisitos de vacunación para el gobierno federal y pidió al sector privado que también lo exigiese. Así, consiguió que el 90% de ofertas de trabajo exijan la vacunación como requisito indispensable, alcanzando la cifra de 210 millones de estadounidenses completamente vacunados. Sin embargo, todavía están muy lejos de las cifras europeas: frente al 90,7% de la población española, solo el 65,7% de los estadounidenses cuenta con la pauta completa.

---

<sup>3</sup> Puede analizarse la Estrategia implementada por la Administración Biden y las distintas medidas puestas en marcha para aumentar los niveles de vacunación en la página web oficial de la Casa Blanca, en el siguiente enlace: <https://www.whitehouse.gov/es/plandelcovid/>

## CAPÍTULO II. LA INMUNIDAD DE REBAÑO

### 1. INMUNIDAD A TRAVÉS DE LA VACUNACIÓN DE LA POBLACIÓN vs INMUNIDAD NATURAL

Desde comienzos de la pandemia, y especialmente a lo largo del primer año en el que todavía no se habían desarrollado las vacunas, el objetivo principal establecido por la OMS y por los distintos gobiernos fue alcanzar la conocida inmunidad de rebaño. La inmunidad de rebaño se produce cuando una proporción suficientemente elevada de individuos está protegida frente a una infección, confiriendo protección indirecta a aquellas personas todavía susceptibles de contraer la enfermedad. Aquel momento en el que la proporción de personas desprotegidas cae por debajo del umbral necesario para su transmisión se conoce como umbral de inmunidad de rebaño.

El umbral de inmunidad de rebaño se traduce en la fórmula  $1 - 1/R_0$ , siendo  $R_0$  el número de reproducción básica (Randolph, HE. y Barreiro LE., 2020, pp.1-5). Cuanto más contagioso sea un virus, mayor será su número de reproducción básica y por lo tanto mayor será la proporción de personas que deberá ser inmune para controlar la infección. En el caso del COVID-19, numerosos estudios han situado su  $R_0$  en torno al 3, por lo que el umbral de inmunidad de rebaño quedo en torno al 70%. Dicho de otra manera, el 70% de nuestra sociedad debería estar inmunizada frente al virus para considerar la infección controlada, y esa es la razón por la que desde mediados del 2020 se ha tratado de superar esta cifra.

No obstante, las vacunas no es el único método para alcanzar la inmunidad de rebaño. Distintos epidemiólogos y gobiernos, entre los que destaca Reino Unido, apostaron por alcanzar la inmunidad de rebaño a través de la inmunidad natural (Gómez-Lucía, E. y Ruiz-Santa-Quiteria, J.A., 2020, pp.1-3). Esta estrategia, en lugar de buscar la inmunidad a través de una extendida campaña de vacunación, trata de proteger a las personas más vulnerables de la población (ancianos, personas con enfermedades pulmonares, etc.) pero permitir que el virus se propague por la población. De esta manera, al infectarse un número suficiente de personas, se consigue rápidamente una alta inmunidad para el conjunto de la sociedad.

Si bien es cierto que mediante tal estrategia también es posible alcanzar la inmunidad de rebaño, e indudablemente de una manera más rápida, las consecuencias de su implantación son mucho más devastadoras. Por seguir con el caso de Reino Unido, para alcanzar la inmunidad de rebaño sería necesario que se contagiase el 70% de su población (47 millones de personas), todas ellas sin vacunar, por lo que al menos uno de cada cinco casos (8 millones) hubiese sido grave y de ellos, en torno a un millón de personas hubiese fallecido.

## 2. OMICRÓN, PUNTO DE INFLEXIÓN

El año 2021 ha supuesto un punto de inflexión en la pandemia por dos motivos. En un primer lugar, se vio como alcanzar el 70% de población vacunada no detenía los contagios. Las esperanzas puestas en que con la vacunación se detendría la pandemia se desvanecieron cuando personas con la pauta de vacunación completa se contagiaban, e incluso otras que ya se habían contagiado y vacunado volvían a contagiarse con las nuevas variantes del COVID-19. Hubo entonces una crisis en cuanto a las vacunas y el escepticismo se extendió por la población, al ver como a pesar de haber seguido todas las indicaciones y habernos vacunado, seguíamos contagiándonos y contagiando al resto, a la vez que se introducían conceptos como “dosis de recuerdo” que no se habían tenido en cuenta hasta entonces.

El segundo punto de inflexión, y el más importante, fue durante la ola de omicrón ha finales de año. Los contagios crecieron exponencialmente en poco tiempo, sin embargo el número de fallecidos fue mínimo. Ello demostró la eficacia de las vacunas, y sobre todo, su prevalencia frente a la inmunidad natural. Un gran número de personas vacunadas se contagiaba, pero su cuadro de síntomas era leve o incluso asintomáticos, demostrando que la estrategia de vacunación empleada había sido correcta y que efectivamente las vacunas, aunque no conseguían detener los contagios, sí habían conseguido detener el número de fallecidos, llegando a la fase de la pandemia en la que podíamos empezar a hablar del COVID como una enfermedad endémica.

### **CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL NÚCLEO ESENCIAL. ALTERNATIVAS A LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA**

Para analizar la viabilidad de la vacunación obligatoria en nuestro país, es necesario dedicar previamente un capítulo a, por un lado, entender las implicaciones que tendría forzar u obligar a las personas a vacunarse desde el punto de vista de su libertad y, por otro lado, a barajar posibles alternativas a tal medida.

#### **1. CONFLICTO DE DERECHOS CON BIENES Y VALORES CONSTITUCIONALES**

Nuestro ordenamiento jurídico permite la limitación de los derechos en dos situaciones: cuando entran en conflicto con otros derechos, o cuando estos entran en conflicto con bienes y valores recogidos en nuestra Constitución, como podrían ser la seguridad nacional o la salud pública. En materia de vacunación, concretamente estaríamos ante un conflicto entre el derecho a la libertad y autonomía del paciente y el derecho a la integridad física en contraposición con el bien constitucional de la salud pública. El problema reside en concretar dónde se sitúan esos límites de la salud pública como interés colectivo, límites que generalmente son difusos y acaban siendo descritos y fijados en sede judicial.

Para dar cierto criterio en el asunto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/1984, estableció que el interés colectivo debe ser valores constitucionalmente reconocidos, y su prioridad sobre un derecho fundamental debe resultar de la propia Constitución. A pesar de tal interpretación, el problema sigue vigente ya que la Constitución tampoco especifica exhaustivamente los límites de sus valores constitucionales, por lo que estos conflictos deben solucionarse con el principio de proporcionalidad.

##### **1.1. El principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad no aparece recogido en nuestra Constitución, pero sí se encuentra en leyes como la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.



Este principio establece un método para resolver los conflictos entre derechos individuales e interés colectivos, lo que facilita a los jueces su labor de decisión y además contribuye a reforzar el principio de seguridad jurídica dando unidad de criterio al poder judicial. El principio de proporcionalidad indica que todas las normas que afecten a los derechos humanos deben ser proporcionales, y para asegurarse de que es así se procede al análisis de cuatro principios. Si todos se cumplen, la limitación del derecho en beneficio del interés colectivo es proporcional y por tanto puede llevarse a cabo.

En primer lugar, idoneidad: Hay que preguntarse si el límite que se pretende imponer al derecho es idóneo o está justificado, esto es, si es adecuado al fin legítimo que persigue, lo cual dependerá de si la Constitución recoge ese fin como interés colectivo. En segundo lugar, necesidad: implica que no hay ninguna otra vía menos lesiva para alcanzar ese fin. En tercer lugar, proporcionalidad *stricto sensu*, por la cual se trata de analizar si la medida es verdaderamente proporcional, ponderando el beneficio que limitar ese derecho provoca en la sociedad y el perjuicio que supone para el individuo que sufre tal limitación, debiendo lógicamente preponderar el beneficio frente al perjuicio. Finalmente, legitimidad: la afectación al derecho fundamental debe encontrar apoyo o fundamento en la propia Constitución. Si estos cuatro elementos se dan en la limitación del derecho, se cumple el principio de proporcionalidad.

No obstante, mediante este método es fácil dar prevalencia al interés colectivo en perjuicio de los derechos de las personas, y al final estos derechos pueden quedar desprotegidos. Para evitar tal situación, se debe complementar el principio de proporcionalidad con el concepto de núcleo esencial.

## **1.2 El núcleo esencial**

Si bien el principio de proporcionalidad permite limitar derechos fundamentales, no todo el contenido de los derechos puede ser alterado o menoscabado. El núcleo esencial de un derecho es su contenido mínimo, aquella parte que debe salvaguardarse en todo caso. Este concepto introduce por tanto un nuevo matiz: una medida sólo será realmente proporcional si respeta el núcleo esencial de un derecho.

Nuevamente, se nos plantea el mismo problema de determinar qué parte de un derecho es su contenido esencial y qué no lo es. Algunos autores hablan de criterios temporales, otros defienden que dependerá del contexto del caso... quedando finalmente en una especie de concepto casuístico que deberá ser resuelto por los jueces.

La trascendencia que se le da en nuestro ordenamiento jurídico al núcleo esencial de los derechos se manifiesta desde la propia Constitución, que en su artículo 53 establece que *“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su **contenido esencial**, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”*

## 2. PROMOCIÓN: INFORMACIÓN Y FORMACIÓN

Dentro del ámbito de estrategias para promover la vacunación, la menos restrictiva de derechos y libertades de los individuos serían las medidas de promoción de la salud a través de la información y la formación.

La educación a través de la información es una estrategia perfecta para promover estilos de vida saludables entre la población, y hacer consciente a la sociedad de los beneficios que tiene el cuidarse en general y el vacunarse en particular, no sólo para ellos sino también para el conjunto de la comunidad.

Esta estrategia se muestra especialmente favorable en ciudadanos de menor edad. Está demostrado que la infancia es una etapa excepcional para cambiar conductas que aún no se han instaurado completamente en el individuo y para crear individuos verdaderamente involucrados en su salud y en la de los demás. No obstante, estas medidas se muestran menos eficientes cuando se trasladan a otros grupos de edad, ya que es más difícil que los adultos modifiquen sus conductas a través de la formación y la información.

## 3. VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y FORZOSA

Fue a raíz de la quinta ola, traída por la variante Delta, cuando comenzó a surgir el debate acerca de la vacunación obligatoria. Varios países de nuestro entorno, como Italia o Francia, empezaron a adoptar medidas que, si bien no obligaban directamente a las

personas a vacunarse, si que buscaban propiciar una respuesta en ellos que los llevara inmediatamente a vacunarse, ya que si no contaban con la pauta de vacunación completa no podían, entre otras muchas cosas, entrar en centros comerciales, restaurantes, estadios, y un largo etcétera.

Cuando se habla de “obligar a vacunarse” a las personas, con frecuencia los términos vacunación obligatoria y vacunación forzosa se confunden y se utilizan indistintamente. Creo necesario dedicar un apartado a explicar las diferencias entre ambos, ya que las consecuencias jurídicas que se derivan de incumplir uno u otro precepto legal son de una envergadura distinta.

En primer lugar, el término vacunación obligatoria (De Montalvo Jääskeläinen, F. 2021, *El País*) remite a la situación en la que si se incumple, se impondrá al infractor de la norma una determinada sanción, ya sea penal, económica o restrictiva de derechos. Estas han sido las medidas adoptadas por los países de nuestro entorno, que han limitado los derechos de las personas no vacunadas, como su libertad de circulación, llegando incluso a suspender de empleo y sueldo como en el caso francés.

En segundo lugar, la vacunación forzosa es un supuesto más grave. El individuo que rechace vacunarse será constreñido a hacerlo, llegando incluso al uso de la fuerza por parte de la autoridad si preciso fuere. Vemos como la diferencia es importante: en un supuesto de vacunación obligatoria el individuo mantiene, en mayor o menor medida, su libertad para decidir si vacunarse o no, aunque ello le suponga ciertos perjuicios. Sin embargo, en la situación de vacunación forzosa todos los individuos acabarán vacunándose, bien por decisión propia, bien por el empleo de la fuerza por parte del Estado, lo que supone un ataque mayor a los derechos y un principal menoscabo del derecho a la integridad física.

Poniendo en contexto la diferencia entre un supuesto de vacunación u otro y el principio de proporcionalidad y núcleo esencial, se aprecia claramente como sería mucho más fácil que la vacunación obligatoria superase el juicio de proporcionalidad que la forzosa. Sin embargo, creo que atendiendo a las características de la sociedad española no es desdeñable que ninguna de las dos medidas fuese proporcional, ya que nuestros índices de vacunación son tan altos que no parece que se pudiese aprobar una medida lesiva de

derechos cuando el objetivo que se pretende ya está siendo conseguido con medidas de promoción e información.

#### 4. DOCTRINA DE LOS *NUDGES*

##### 4.1. Concepto

En los últimos años, en los países de habla inglesa ha ido cobrando importancia el concepto de *nudges* en el ámbito de la salud pública (De Montalvo Jääskeläinen, F., 2022). Este concepto fue instaurado por el economista Richard H. Thaler de la Universidad de Chicago y por el profesor Cass R. Sunstein de la Harvard Law School. Traducido a nuestro idioma, la doctrina del *nudge* sería lo mismo que decir “dar un pequeño empujón”, es decir, potenciar y ayudar a un individuo a que realice determinadas conductas a través de incentivos económicos o en especie, siempre respetando la libertad de elección del sujeto. Thaler y Sunstein definieron el concepto de *nudge* como “*any aspect of the choice architecture that alters people’s behaviour in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not*”<sup>4</sup>.

Cabrales Goitia distingue entre cuatro tipos distintos de *nudge*: provisión de información, cambios en el entorno físico, cambios en las opciones ofrecidas “por defecto”, y el uso de las normas sociales y de la relevancia de las opciones ofrecidas (*saliency*)<sup>5</sup>.

En primer lugar, la provisión de información hace referencia a todas las actuaciones en las que, dando al sujeto un flujo de información determinado, se trata de influir en su comportamiento para que acabe llevando a cabo una determinada acción. Traer a colación comportamientos ejemplares o la forma de presentar y encuadrar la información (*framing*) serían ejemplos de provisión de información.

---

<sup>4</sup> THALER, R. y SUNSTEIN, C.R., *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008, p. 8.

<sup>5</sup> CABRALES GOITIA, A., “Mas allá de los *nudges*: Políticas públicas efectivas basadas en la evidencia de las ciencias del comportamiento”, *GAPP*, núm. 25, marzo 2021, pp. 40 y 41.

En segundo lugar, los cambios en el entorno físico incluyen actuaciones que modifican el entorno de la decisión, lo que se ha venido a llamar “arquitectura de la decisión”. Por ejemplo, es muy fácil influenciar a las personas que están haciendo cola en la caja de un supermercado al situarles chicles, dulces, chocolates... mientras esperan. El hecho de situar cerca nuestro, al alcance de los ojos, mientras esperamos, una serie de artículos buenos y baratos supone un “pequeño empujón” que nos incita a comprar esos productos, aunque no los quisiésemos o no hubiésemos pensado en ellos en un primer momento.

En tercer lugar, el cambio en las opciones “por defecto” implica elegir de antemano qué ocurrirá si el individuo en cuestión no toma ninguna decisión. El ejemplo paradigmático sería dar la opción a los ciudadanos para que elijan si quieren ser donantes de órganos al morir o no, y en caso de que no decidan nada, por defecto serán donantes.

Finalmente, el uso de las normas sociales y de la relevancia de las opciones ofrecidas implica proporcionar información al sujeto sobre lo que otras personas están haciendo para así lograr que lleve a cabo el mismo comportamiento. Un ejemplo sería cuando compramos productos por internet y automáticamente se nos muestra una gama de productos bajo el título: “Las personas que compraron este artículo también compraron estos otros”. Está demostrado que somos fácilmente influenciados por lo que hacen los demás, y con estas sencillas fórmulas se consigue influir en nuestro comportamiento.

#### **4.2. Ventajas e inconvenientes**

La doctrina de los *nudges* cuenta con una serie de ventajas e inconvenientes que es menester analizar.

Por un lado, esta doctrina nos ofrece una estrategia de influencia en el comportamiento de los individuos a medio camino entre la información y la formación, por un lado, y la prohibición y la coerción, por el otro. Se influye el proceso (arquitectura) de la decisión<sup>6</sup> del sujeto para que tome una decisión beneficiosa para su salud, pero respetando su libertad y sin obligarle a realizar una cosa o prohibirle otra. De esta manera, se estaría operando sobre los medios y no sobre los fines del individuo. Se entiende que el individuo

---

<sup>6</sup> *Ibidem*

siempre persigue el fin de contar con una buena salud, pero suelen acabar tomando malas decisiones. De esta manera, los *nudges* se emplean para influir sobre los medios que el ciudadano escoge para alcanzar los fines, configurándose como un paternalismo blando o positivo<sup>7</sup>.

Además, la gran mayoría de autores considera que es en el ámbito de la salud donde los *nudges* adquieren verdadera relevancia (De Montalvo Jääskeläinen, F., 2022)., ya que es un fin perseguido por todos. Independientemente de la importancia que en el día a día le den las personas a su salud, que lógicamente no le dan la misma unas personas que otras, es un bien de suma importancia para el conjunto de la sociedad, tanto individualmente como colectivamente, por lo que darles un empujón a las conductas de las personas en esta materia es correcto y beneficioso para todos.

No obstante, la doctrina de los *nudges* también es controvertida por diferentes razones. En primer lugar, se discute si verdaderamente tienen un efecto real en modificar las conductas de las personas, considerando algunos autores que son poco eficaces (De Montalvo Jääskeläinen, F., 2022). Además, desde una perspectiva ética los *nudges* son criticados porque no alientan un verdadero sentido de la solidaridad o de la conciencia personal. El sujeto que modifica su comportamiento no lo hace porque se haya dado cuenta que es lo correcto y lo beneficioso para la salud, sino que lo hará para percibir el incentivo económico que le han prometido. De esta manera, el interés externo (el incentivo económico) socava el interés interno (conseguir hábitos saludables), y logra modificar el comportamiento pero no la conciencia o el pensamiento. Adicionalmente, siguiendo esta línea de razonamiento, solo estaríamos logrando modificar las conductas del individuo en el corto plazo. Si ese cambio de conducta no ha venido acompañado de una profunda reflexión y concienciación de cambiar el hábito nocivo para la salud, una vez desaparezca el incentivo lo más probable será que se vuelva a las antiguas conductas.

---

<sup>7</sup> ARIAS MALDONADO, M., *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Página Indómita, Barcelona, 2016. La obra de Arias Maldonado también se incluye como referencia en el Informe del Comité Internacional de Bioética de la Unesco (*Report of the IBC on the principle of individual responsibility as related to health*, 2019) cuando habla de la doctrina de los *nudges*. Es inevitable, por tanto, tener en mente esta naturaleza de paternalismo blando del Estado al hablar de esta teoría.

Si bien es cierto que todas estas críticas pueden tener su fundamento, considero el debate acerca de la ética de los *nudges* un tanto excesivo. Todo se sustenta en conseguir un beneficio global para la sociedad, y por ello se trata de motivar a las personas con hábitos menos saludables a que los cambien por otros más sanos, ya sea a través de un incentivo económico directo, indirecto o cualquier otro empujón. Aunque algunas de estas personas cambien sus conductas únicamente movidos por el dinero, su cambio será beneficioso no sólo para la salud pública sino también para su salud y bienestar individual, por lo que me parece una doctrina muy útil para implementar en las sociedades actuales.

Asimismo, puesto que estamos hablando de un incentivo económico, será importante determinar el importe del mismo y su incidencia en los distintos grupos de la población. Un importe económico elevado no solo continuará desnaturalizando más y más el objetivo del “pequeño empujón”, sino que además habrá que medir con cautela que implicaciones tiene en lo más vulnerables y si les sitúa en una situación de desventaja cada vez mayor. Además, puesto que en todo este proceso tendrán que intervenir profesionales de la salud para evaluar, al inicio, quien es candidato a recibir el incentivo económico, y al final, si efectivamente se ha dado el supuesto de hecho para que se reciba, no es descartable la posibilidad de que la relación médico-paciente se deteriore (De Montalvo Jääskeläinen, F., 2022).

Otra crítica que recibe esta teoría sería que solo involucra a aquellas personas que ya tienen cierta predisposición a cambiar sus conductas saludables, dejando fuera a aquellas que no tienen intención de cambiar.

Al fin y al cabo, si bien esta teoría puede ser realmente útil en el ámbito de la salud y de la vacunación, se ha de tener cuidado en que no se separe en exceso el objetivo que se pretende lograr del incentivo económico con el que se premia a aquel que modifica su conducta. No solo hay peligro, como indicábamos anteriormente, de que una vez desaparezca el incentivo desaparezca también la conducta saludable, sino que además se está habituando a la población a hacer cosas buenas a cambio de un pago, se está estimulando un cambio de actitud basado no en la razón y la formación sino en la compensación, algo que también puede convertirse en un hábito.

## CAPÍTULO IV. MARCO LEGAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN ESPAÑA

### 1. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA

Para comprender si existe un marco legal adecuado en España que permita imponer la vacunación obligatoria a los ciudadanos, o si por el contrario no cabe tal posibilidad, es necesario comenzar por un análisis del derecho que fundamentaría tal decisión, el derecho a la salud pública. El artículo 43 de la Constitución Española establece que *“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”*

A la vista de este artículo, vemos como el derecho a la salud pública cuenta con dos vertientes: una individual, en la que todo ciudadano tiene derecho a la salud y el Estado tiene una obligación de dar y de poner a disposición de ellos todos los medios necesarios para el tratamiento de su salud; y la colectiva, entendida como todas las políticas que el Estado debe desarrollar para garantizar la salud de la población, una obligación de hacer para proteger la salud y prevenir las enfermedades.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la salud pública, entendida desde esta doble vertiente, se configura también de dos maneras. Por un lado, constituye un auténtico derecho subjetivo: el ciudadano es titular de un derecho que le hacen merecedor de una serie de prestaciones, lo que le faculta para exigir al Estado una protección efectiva de su salud, y una puesta a su disposición de todos los medios necesarios para curar sus enfermedades, prevenir otras nuevas y promover su salud. Hasta tal punto llega esta dimensión individual de la salud pública que han llegado a plantearse casos de responsabilidad del Estado por falta de tratamiento a un ciudadano, esto es, por falta del cuidado debido. Por poner un ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 aplicó la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad (Tolosa Tribiño, C., 2021, p.17), por un caso en el que una persona no había recibido la vacuna de la meningitis, entendiéndose que *“ En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define - entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (RC n.º 4.476/2.004) - como "la privación de expectativas (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque*



*la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una ‘falta de servicio’*”. En ningún caso el ciudadano ostenta un derecho a ser curado que haría al Estado responsable de su falta de salud o su no curación, pero ello no obsta para que, en un Estado Social como el nuestro, el ciudadano pueda exigir y esperar que el Estado ponga a su alcance todos los medios de que disponga para curarse.

Por el otro lado, la salud pública se configura al mismo tiempo como un límite al ejercicio de esos derechos subjetivos, en su dimensión de interés colectivo. Del mismo modo que contamos con el derecho a la protección y promoción de nuestra salud, también tenemos la obligación de cumplir todos los deberes legales que se nos impongan para defender la salud como bien colectivo. Así, sobre los poderes públicos recae el deber de proteger la salud de la población, esto es, de desarrollar políticas efectivas de protección de la salud pública y prevención de enfermedades.

Las vacunas son un claro ejemplo de esta dualidad. Los ciudadanos somos titulares de un derecho de prestación, es decir, de disponer de la vacuna para protegernos de las enfermedades, pero al mismo tiempo podríamos ser destinatarios de una obligación legal que nos impusiese vacunarnos para la protección de la salud pública.

## 2. EL PROBLEMA DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN ESPAÑA

En España, la vacunación es voluntaria: ninguna vacuna es obligatoria y nadie puede ser obligado a vacunarse. No obstante, según el Comité de Bioética de España en su informe titulado “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, *“la ausencia de una norma que permita promover una medida pública de vacunación obligatoria fuera del supuesto concreto de epidemia, se muestra, prima facie, como un déficit de nuestro sistema jurídico, sobre todo, atendida las recientes experiencias de los países de nuestro entorno y algunos casos acaecidos recientemente en nuestro propio país. Por lo tanto, parece adecuado que junto al impulso de medidas*

*de educación, información y promoción de conductas favorables por parte de la población a la vacunación como política principal de salud pública, puedan imponerse, en supuestos concretos, la vacunación obligatoria, por ejemplo, cuando las tasas de vacunación se aprecie que se ven reducidas de manera que se pierda el efecto rebaño, sin necesidad de esperar a que aparezca una epidemia o, incluso, un mero brote*". Por lo tanto, es cierto que actualmente no se puede obligar a la vacunación a las personas, pero ello supone un error en nuestro ordenamiento jurídico que debiera ser subsanado cuanto antes.

Dicho esto, nuestro ordenamiento jurídico incluye una serie de normas en materia de sanidad que podrían albergar un supuesto en donde se pudiese compeler a la población a vacunarse.

En primer lugar (Tolosa Tribiño, C., 2021, pp.5-8), 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, establece que *"Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. 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"*. A pesar de que esta antigua norma incluye la posibilidad de que las autoridades sanitarias impongan la vacunación en algunos casos, la doctrina jurídica cuestiona la eficacia de esta norma por dos razones. Por un lado, porque se trata de una ley de bases que debía haber sido objeto de modificación y armonización en el plazo de 18 meses y, a día de hoy, todavía no lo ha sido. Por el otro lado, y con mayor importancia, porque obligar a la ciudadanía a vacunarse supone una intromisión en los derechos y libertades de las personas, y como tal su regulación legal en nuestro país debería ser a través de una Ley Orgánica, figura que no es la empleada.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece en su artículo 4 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*". Y es en esos casos donde el artículo 12 de la citada ley permite 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..."*. Bajo esta premisa, se puede entender que en una situación epidemiológica como la actual, la vacunación obligatoria podría ser una medida aceptable.

En tercer lugar, la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece en el artículo 26 que *"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"*.

Por último, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, incluye en su articulado distintas medidas a poner en marcha en situaciones de urgencia o necesidad para la salud pública. La importancia de las previsiones contenidas en esta ley es mayor ya que, como señala parte de la doctrina (Tolosa Tribiño, C., 2021, p.6), el haber redactado una ley de medidas especiales y haberle otorgado la naturaleza de ley orgánica deja patente la voluntad del legislador de incluir en nuestro ordenamiento una norma que permitiese a las autoridades sanitarias (Estado y Comunidades Autónomas) adoptar todas las medidas que estimasen pertinentes si la salud pública estuviese en peligro, incluyendo medidas que pudiesen suponer un menoscabo para los derechos y libertades de las personas, como la imposición de la vacunación<sup>8</sup>. Esta ley habilita a las autoridades a 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*

---

<sup>8</sup> En palabras del Profesor Baño León: *"La citada Ley Orgánica permite a la autoridad sanitaria, es decir al Estado y a las comunidades autónomas, en situaciones epidémicas graves, adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la salud pública. Si se adoptó con el rango de Ley Orgánica fue precisamente para despejar cualquier duda que pudiera existir sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adoptara las medidas necesarias restrictivas de derechos cuando así lo requiriera la protección de la salud pública"*.

*presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia necesidad*". Y posteriormente incluye la previsión de: *"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"*. Además, el carácter abierto de estas disposiciones también mostraría, siguiendo esta línea doctrinal, la predisposición del legislador de habilitar a las autoridades a tomar todas las medidas necesarias para atajar situaciones extremas, situaciones cuyos efectos y consecuencias son imprevisibles, y por ello suponen un grave peligro para la salud pública. He ahí la razón de no incluir en la norma un listado cerrado de medidas, sino una previsión genérica.

Todas estas previsiones legales, en especial la última ley comentada, parecen indicar que, en un supuesto de epidemia grave como en el que llevamos inmersos desde el año 2020, sería acorde a nuestro ordenamiento jurídico establecer la vacunación obligatoria en España, ya que se ha habilitado a las autoridades competentes por medio de Ley Orgánica a que adopten las medidas que estimen pertinentes para para controlar enfermedades transmisibles (carácter indudable del COVID-19).

En otro orden de cosas, esta ley también ha sido objeto de disputa entre aquellos que piensan que solo habilita para tomar medidas individuales (Tolosa Tribiño, C., 2021, p.8), concernientes a personas concretas, y aquellos que piensan que también permite tomar medidas genéricas, referidas a grupos de población indeterminados como poblaciones enteras. La mayor parte de nuestra jurisprudencia considera que esta ley permite ambas, medidas tanto individualizadas como de alcance general. Como señala el Profesor Gabriel Doménech, *"Nótese que este precepto contiene dos incisos, que prevén la posibilidad de tomar dos tipos de medidas, respectivamente: (i) 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; y, además (ii) las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Si estas últimas sólo se pudieran adoptar para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, el referido segundo inciso resultaría redundante, sobraría, carecería de sentido. Hemos de presumir que si el legislador quiso*

*añadir este segundo inciso, es porque así pretendía conseguir un efecto práctico adicional: posibilitar la adopción de medidas que afectaran a personas distintas de las mencionadas en el primer inciso”.*

### 3. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE VACUNACIÓN

Nuestros Tribunales ya han tenido que enfrentarse en repetidas ocasiones a supuestos en los que se planteaba la obligatoriedad de la vacunación. Como caso paradigmático, es necesario analizar el caso de un brote de sarampión en la ciudad de Granada en el año 2010, que se resolvió por el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada, de 24 de noviembre de 2010, y fue confirmado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía 2393/2013, de 22 de julio de 2013. El brote suponía tal problema que la Junta de Andalucía solicitó a la Justicia la vacunación forzosa de 35 niños que no contaban con la vacuna, y la justicia accedió, alegando 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. [...]El conflicto que se establece entre el derecho del Estado a imponer normas de obligado seguimiento para garantizar la salud de la ciudadanía y el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben obtener esta protección, ha de darse preeminencia a los derechos protegidos por la administración sanitaria y que sustentan la adopción de la medida sanitaria acordada por el auto ahora apelado”.*

En este caso, los Tribunales entendieron que la protección de la salud pública debía prevalecer sobre el derecho de los padres a decidir sobre los hijos. Si bien la sentencia reconoce este derecho, entiende que la no vacunación de estos 35 niños podía causar que el brote de sarampión siguiese expandiéndose por la ciudad, y en un Estado social y democrático de Derecho en el que el Estado tiene el deber de velar por la salud de la población (dimensión colectiva), debía evitar que eso sucediese.

Además, tratándose de menores de edad, hemos de mencionar que la decisión del TSJ de Andalucía de ratificar el Auto se vio orientada por el criterio de la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en

caso de riesgo grave, y hace ver que difícilmente es aceptable que un padre decida no vacunar a su hijo cuando ello supone un beneficio para su salud, por lo que queda constancia de que se podrá vacunar a los hijos aun con la oposición de los padres. El núcleo central de esta discusión radica en el principio general del “interés superior del menor”: las decisiones se adoptarán en base a aquello que sea más beneficioso para la vida o salud del menor, aunque los padres se opongan a ello. Los padres cuentan con el poder para decidir por su hijo menor de edad, pero en ningún caso podemos entender que pueden ejercer ese poder con total arbitrariedad, sino que todas sus decisiones deberán adoptarse en beneficio de su hijo y, si no lo hicieran, se deberá poner en conocimiento de la Justicia. Este criterio establecido por la Fiscalía en el año 2012 tuvo su consagración en la reforma del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley de Autonomía del Paciente), modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual estableció 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 en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deber 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”*.

En el lado contrario, el Tribunal Constitucional, por Auto de 20 de julio de 2021, dictado en el recurso de inconstitucionalidad número 1975-2021, acordó mantener la suspensión de lo dispuesto en el número 5º del artículo 38.2 b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, que establecía que *“b) A fin de controlar las enfermedades transmisibles, además de realizar las acciones preventivas generales y de la posible adopción de las medidas preventivas previstas en el número 1 de este precepto, podrán adoptar las medidas oportunas para el control de las personas enfermas, de las personas*

*que estén o hayan estado en contacto con ellas y del ambiente inmediato, así como las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. En particular, podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas: 5ª) Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la **vacunación** o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas”.* No sólo contempla esta ley el sometimiento de la población a la vacunación, sino que en los siguientes artículos establece un régimen sancionador para el que injustificadamente se niegue a cumplir con las normas de salud pública, entre ellas la vacunación. El infractor entonces sería castigado con una multa económica, cuyo importe dependería de si su infracción era catalogada como leve, grave o muy grave, instaurando un autentico modelo de vacunación obligatoria en nuestro país.

Ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de Gobierno, el Tribunal Constitucional mantuvo la suspensión de este precepto al entender que *“la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse, conforme a lo previsto en 16 el artículo 44.bis de la Ley de salud de Galicia, en relación con los artículos 41.bis d), 42.bis c) y 43.bis d) de la misma ley. Cabe, por tanto, apreciar en este caso que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado sería susceptible de provocar perjuicios ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación puede imponerse en contra de la voluntad del ciudadano<sup>9</sup>”.*

Por consiguiente, si el Tribunal Constitucional alude a que la razón por la que no acepta tal previsión legal es porque la Ley Orgánica 3/1986 no contempla expresamente la vacunación obligatoria, parece que nuestro ordenamiento jurídico actual no admite esta posibilidad.

---

<sup>9</sup> Auto del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 2021

## CAPÍTULO V. MARCO LEGAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN ESTADOS UNIDOS

### 1. RÉGIMEN DE VACUNACIÓN OBLIGATORIA

El tema de la vacunación en Estados Unidos es visto y está regulado de una manera distinta a nuestro país. En el Nuevo Continente, la libertad personal del individuo se configura como un aspecto nuclear de la persona e inspira todas las esferas de la vida, tanto la social como la cultural y política. Por ello, el tema de la vacunación obligatoria, como auténtica figura jurídica que ataca frontalmente los derechos y libertades más inherentes a la persona (como el derecho a la indemnidad física), es un tema de elevada controversia en Estados Unidos. Dicho esto, sorprendentemente las facilidades para obligar a la población a vacunarse son mayores que en nuestro país.

Estados Unidos sufrió a lo largo de su historia numerosas epidemias que acabaron con la vida de muchos ciudadanos. Finalmente, a raíz de una mortal epidemia de viruela que sacudió Boston a principios del siglo XX, los tribunales americanos comenzaron a admitir la posibilidad de vacunar obligatoriamente al conjunto de la población en pro de la salud pública. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1905 de *Jacobson vs Massachusetts* supuso un punto de inflexión en la regulación de esta materia (De Montalvo Jääskeläinen, F., 2012, pp.227-229). El Tribunal resolvió sobre la negativa de un ciudadano a recibir la vacuna de la viruela, y declaró que la sociedad en su conjunto tiene derecho a protegerse de amenazas externas entre las que estarían crisis sanitarias como las epidemias y, por ello, ese derecho se constituía como un límite a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo. A la vez, declaró que tal sentencia no era extrapolable a otros casos, debiendo estar siempre presentes los elementos de epidemia, gravedad de la situación y eficacia demostrada de la vacuna.

En este sentido, el Tribunal Supremo se encargó de sentar doctrina y dejar claro que cuatro elementos debían concurrir para permitir la obligatoriedad de la vacuna: en primer lugar, la necesidad de salud pública (*public health necessity*); en segundo lugar, una relación directa y razonable entre la intervención y el objetivo de salud pública perseguido (*reasonable relationship between the intervention and public health objective*); en tercer lugar, tal intervención no podrá ser arbitraria u opresiva (*not be arbitrary or oppressive*);



y la intervención no podrá suponer un riesgo para la salud del sujeto (*the intervention should not pose a health risk to its subject*).

Posteriormente, esta doctrina fue confirmada en 1922, en la Sentencia del caso *Zucht vs King*, en un caso en el que unos padres se negaban a vacunar a su hijo de sarampión y la escuela exigía tal requisito. Entonces, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictaminó que la reclamación de los padres de escolarizar a su hijo no vacunado (por motivos religiosos) era contraria al interés general.

Desde entonces, numerosas normas y sentencias han ido consolidando en los Estados Unidos de América la vacunación completa, aunque no de manera federal sino estatal. Desde enero de 1998, todos los Estados cuentan con un régimen jurídico que establece la obligatoriedad de vacunación. Para garantizarlo, la escuela actúa como instrumento de control, ya que contar con las pautas de vacunación completa son condición indispensable para la escolarización (*school-entry laws*).

No obstante, toda norma incluye sus excepciones para garantizar el respeto a las minorías, y el régimen de obligatoriedad incluye una serie de excepciones para casos de objeción de conciencia por motivos médicos y, en menor medida, por motivos religiosos (48 estados lo contemplan), ideológicos o filosóficos (18 Estados).

Por todo lo indicado *supra*, se puede observar como, a diferencia de España, Estados Unidos sí recoge tanto normativa como jurisprudencialmente la vacunación obligatoria, basada en una clara primacía de la salud pública sobre la libertad del individuo.

## 2. VACUNACIÓN OBLIGATORIA POR COVID-19

Si bien es cierto que, como hemos indicado, en Estados Unidos son más proclives a la vacunación obligatoria que en España, es precisamente en dicho país donde el movimiento antivacunas cuenta con una gran presencia. En todos los niveles y en todas las esferas de la población, son numerosos los casos de personas que se niegan a inmunizarse, y tales casos se han visto agravados en la pandemia actual.

Como comentábamos en el Capítulo I, el estancamiento en la vacunación propició a la Administración Biden a tomar una serie de medidas para aumentar la tasa de vacunación, consiguiendo por ejemplo que el 90% de las ofertas de trabajo disponibles exigiesen a los candidatos estar vacunados.

A pesar de que todas esas medidas han conseguido elevar el porcentaje de personas con la pauta de vacunación completa hasta casi el 70%, la vacunación obligatoria para el COVID-19 ha sufrido un duro revés en los últimos meses. En noviembre de 2021, Joe Biden anunció que obligaba a las empresas de Estados Unidos con más de 100 empleados a exigir a sus trabajadores que estuviesen completamente vacunados contra el coronavirus o a someterse a test semanales a partir del 4 de enero de 2022. Este plan hubiese provocado la vacunación de 84 millones de trabajadores en todo el país, y preveía sanciones de hasta 14.000 dólares para las empresas que no lo implantasen, incluyendo siempre exenciones por motivos médicos y religiosos. Un grupo de Estados recurrió la medida y la semana siguiente, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, sita en Nueva Orleans, bloqueó este plan alegando que el Gobierno había sobrepasado los límites de su autoridad y que dicho plan contenía “graves problemas legales y constitucionales”, pero sí aceptó la vacuna obligatoria para las personas que trabajasen en centros sanitarios que recibieran fondos públicos (Medicare, para ancianos, y Medicaid, para personas desfavorecidas).

Se muestra cómo, aún en aquellos países más predispuestos a aceptar la vacunación obligatoria que otros, los jueces y tribunales no aceptan fácilmente una intromisión en el ámbito más privado de las personas.

## **CAPÍTULO VI. EL PROBLEMA DE LA VACUNACIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS**

La vacunación de los profesionales de la salud presenta ciertas peculiaridades que requieren su análisis por separado, fundamentalmente por la relevancia que tiene su negativa. Como señaló la Agencia de Protección de Salud (*Health Protection Agency*) de Reino Unido, la dificultad de vacunar a la población aumenta exponencialmente cuando aquellos encargados de administrar las dosis son contrarios a las misma, ya que se genera mucha desconfianza y lleva a una parte de la población a seguir su ejemplo y no vacunarse.

Sin embargo, nada dice nuestro ordenamiento jurídico sanitario sobre la posibilidad de imponer la vacunación a este colectivo. Ni la Ley General de Salud Pública ni la legislación laboral contemplan este escenario en ningún sentido<sup>10</sup>. Tiene sentido que si nuestras leyes no recogen ninguna previsión legal de vacunación obligatoria para la población, menos aún íbamos a contar con una norma que exigiese la vacunación a un colectivo que cuenta con la mayoría de edad y con plenas facultades, aunque su negativa sea nociva para el conjunto de la salud pública.

No obstante, desde el inicio de la pandemia ocasionada por el COVID-19 han sido varias las sentencias de nuestros tribunales que se han pronunciado en este tema, especialmente en aquellos casos en los que los profesionales sanitarios trabajaban en residencias de ancianos, debido a la vulnerabilidad de estos últimos frente al virus.

Por ejemplo, la Sentencia 25/2022, de 26 de enero, del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra avaló el despido de un trabajador de una residencia de ancianos por no hacerse los test de antígenos requeridos tanto por su empleador como por la Xunta de Galicia. Tal y como exigía el gobierno autonómico, la empresa contratante requería a todos sus trabajadores que se hicieran test de antígenos semanal o quincenalmente. El trabajador fue despedido al no hacérselos en reiteradas ocasiones y posteriormente demandó a su empresa alegando que se habían vulnerado sus derechos, tales como la integridad física, la intimidad e incluso la libertad ideológica. No obstante, el juez desestimó la demanda

---

<sup>10</sup> Informe del Comité de Bioética de España: *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*. Página 19.

entendiendo que “*en este caso no existe ‘agravio’ y desde luego la utilización de los test obedece a una causa razonable, como avala la experiencia y la exigencia generalizada por todas las administraciones públicas, a los efectos de evitar que trabajadores contagiados, pero asintomáticos, puedan incorporarse al trabajo con el riesgo que ello supone*”, haciendo hincapié en la delicada situación de los ancianos respecto del virus: “*No hace falta profundizar en la justificación ofrecida por la empresa para exigir esas pruebas, tratándose de una residencia de ancianos, especialmente vulnerables a las consecuencias de un contagio, que fácilmente puede también extenderse a otros compañeros de trabajo*”. El juez manifestó que no se estaba entrando a valorar si el trabajador decidía vacunarse o no pero que, dado el entorno de su trabajo, la no realización de las pruebas de antígenos entrañaba un riesgo de tal magnitud que justificaba el despido, al mismo tiempo que entendía que “*como razona la sentencia del T.S. de 5 de diciembre de 2003, el derecho a la libertad de empresa y el poder de dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocidos han de compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de los que sigue disfrutando cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena; ahora bien, **estos derechos no son en si mismos absolutos o incondicionados y deben de relacionarse con los que corresponden a terceros**, entendiendo que en una primera aproximación la actuación de la empresa no supone una agresión a ninguno de los mencionados, ni siquiera con una concepción amplia de todos y cada uno de ellos*”.

Por el otro lado, en Estados Unidos son más proclives a aceptar la vacunación obligatoria en distintos casos y sí admiten en determinadas situaciones obligar a vacunarse a profesionales de la salud, especialmente en aquellos ámbitos en los que el riesgo de contagio es mayor (urgencias, quirófano, etc.)<sup>11</sup>. Además, como indicábamos unas líneas más arriba, acaban de admitir la vacunación obligatoria para los trabajadores de centros sanitarios financiados públicamente (Medicare y Medicaid).

Por último, mencionar que una parte de la doctrina habla de que se debería obligar a vacunarse a este colectivo en virtud del principio de no maleficencia (*primum non nocere*), según el cual el médico o profesional sanitario no puede dañar a su paciente. Desde la perspectiva más deontológica posible, esta corriente entiende que si la relación

---

<sup>11</sup> Informe del Comité de Bioética de España: *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*. Página 26.

médico-paciente se basa en este principio se puede obligar a estas personas a vacunarse, ya que negándose a ello están, en cierto modo, dañando a sus pacientes al influirles en no inmunizarse frente a las enfermedades y no adoptando las medidas para evitarlo.

## CONCLUSIONES

1. La primera conclusión que puede traerse del presente trabajo es que la vacunación en España es voluntaria. En línea con la opinión del Comité de Bioética de España indicada *supra*, el hecho de no contar en nuestro ordenamiento jurídico con una previsión legal que contemple la vacunación obligatoria es un auténtico “déficit”<sup>12</sup> que debería ser solucionado por el poder legislativo. Al mismo tiempo, tal vacío legal no obsta para que en determinadas situaciones ciertas personas sí puedan ser compelidas a vacunarse, sobre todo atendiendo a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Su naturaleza de ley orgánica y las cláusulas abiertas en el articulado parece que se incluyeron con el propósito de dar solución a situaciones indeseadas e imprevisibles, como una epidemia.
2. Dadas las peculiaridades de la sociedad española, tampoco es **necesario** establecer un modelo de vacunación obligatoria para frenar el COVID-19. La sociedad española siempre se ha mostrado, y sigue haciéndolo, muy favorable a las vacunas y prueba de ello es el porcentaje de vacunación contra el COVID-19 (superior al 92%). Por lo tanto, considero que introducir una cláusula de obligatoriedad de vacunación en nuestro ordenamiento jurídico no sólo no tendría el efecto esperado sino todo lo contrario, ya que el mero hecho de que las personas viesen que les están obligando a realizar algo que entienden es personal, los llevaría a rebelarse para mostrar su rechazo.
3. La sexta ola (omicrón) puso de relieve que las vacunas contra el coronavirus eran muy útiles para prevenir el fallecimiento y los cuadros de síntomas graves, pero no se mostraba tan útil para evitar el contagio. Si entendemos que la posibilidad de obligar a las personas a vacunarse se basa en una prevalencia de la dimensión colectiva de la sociedad por encima de la individual, tal argumento no encuentra cabida en nuestra situación actual. Si las personas que quieran vacunarse pueden hacerlo fácilmente, y tal vacuna les protege de la infección, el hecho de que un grupo minoritario de la población no quiera vacunarse no supone un riesgo grave e inminente para la salud de los sí vacunados. En caso de contagiarse con el virus, serán precisamente los no vacunados los que sufrirán las consecuencias de su

---

<sup>12</sup> Informe del Comité de Bioética de España: *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*. Página 27.

negativa, probablemente padeciendo un cuadro de leves más grave que los vacunados e incluso teniendo más probabilidades de fallecer. Por ello, no cabe argumentar la vacunación obligatoria en beneficio de la colectividad y de la salud pública si los perjudicados por no estar vacunados serán ellos mismos. En palabras de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, “*Vacunar a toda la población, incluyendo a la de muy bajo riesgo y la infantil, no va a evitar la circulación del virus. Vacunarse o no es una decisión individual, y no se debe presionar a nadie para que se vacune en aras de un beneficio colectivo que no sabemos hasta qué punto existe y cuánto tiempo podría durar*”<sup>13</sup>.

4. Las peculiaridades de la sociedad americana, donde la presencia de los grupos antivacunas es de una dimensión considerable, hacen que sea más necesario que su ordenamiento jurídico sea más proclive a aceptar la vacunación obligatoria que el nuestro. Por ello, no considero que debamos extrapolar su manera de afrontar esta problemática salvo en dos puntos. En primer lugar, las *school-entry laws* sí deberían implementarse con mayor firmeza en nuestro país. La facilidad que proporcionan para controlar la vacunación de los niños podrían suponer una ventaja para evitar situaciones desagradables como el brote de sarampión de Granada, y con ello evitar enfrentamientos entre los profesionales sanitarios, la Administración y la ciudadanía. En segundo lugar, la doctrina de los *nudges* también podría dar un impulso extra a ciudadanos para solucionar problemas en materia de salud, bien una pandemia como el caso que nos ocupa, bien otros problemas presentes en nuestro país como la obesidad.
5. En el hipotético caso en el que la sociedad española no hubiese alcanzado los niveles de vacunación conseguidos, tampoco creo que establecer la vacunación obligatoria hubiese sido la mejor opción. Creo que con medidas menos lesivas de derechos como la información y promoción o los *nudges* en una sociedad como la nuestra se podría incrementar los niveles de vacunación en caso de que volvamos a vivir una situación parecida y la acogida de la vacunación no sea la esperada.
6. Considero lo más importante colmar la laguna legal de la obligatoriedad de la vacunación para evitar dudas a la hora de acometer situaciones tan imprevisibles como la actual. Además, con ello evitaríamos disputas en los tribunales entre las

---

<sup>13</sup> Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria. *Editorial Hacia el fin de la excepcionalidad*.

distintas administraciones como la vivida este año entre la Comunidad Autónoma de Galicia y el Gobierno de la Nación por la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Con ello, no sólo ganaríamos en capacidad de respuesta ante nuevas crisis sanitarias, sino también una mayor confianza social en la vacunación y una mayor seguridad jurídica.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### Legislación

Constitución Española

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

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 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley de Autonomía del Paciente)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia

Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia

### Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/1984, de 17 de febrero (base de datos del Tribunal Constitucional, Ref. ECLI:ES:TC:1984:22)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 (base de datos de vlex, ECLI:ES:TS:2010:3463)

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada, de 24 de noviembre de 2010 (base de datos del Cendoj, Id Cendoj: 18087450052010200001)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 2393/2013, de 22 de julio de 2013 (base de datos del Cendoj, Id Cendoj: 18087330012013100967)

Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave

Auto del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 2021

Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra núm. 25/2022, de 26 de enero

### Obras doctrinales

De Montalvo Jääskeläinen, Federico, “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano.”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm.26, enero-diciembre 2012, págs.203-237

De Montalvo Jääskeläinen, F., “La operatividad de los incentivos en la lucha frente a la obesidad: ¿se puede luchar a empujoncitos?” en Torres López, M.A. *Hábitos de vida saludables y contra la obesidad: los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2022.

Tolosa Tribiño, César, “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 22 de enero 2021.

### Informes

Comité de Bioética de España. (Enero 2016). Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario.

International Bioethics Committee (IBC). (Julio 2019). Report of the IBC on the principle of individual responsibility as related to health.

### Recursos de internet

Gómez-Lucía, E. y Ruiz-Santa-Quiteria, J.A. (2020). ¿Qué es la inmunidad de rebaño y por qué Reino Unido cree que puede funcionar? *Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI)*. Unidad de Información Científica y Divulgación. Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de [¿Qué es la inmunidad de rebaño y por qué Reino Unido cree que puede funcionar?](#) (última consulta: 20/02/2022)

Laborde, A. (2021, 4 de noviembre). EEUU impone la vacunación obligatoria o test semanales en las grandes empresas a partir del 4 de enero. *El País*. Obtenido de <https://elpais.com/sociedad/2021-11-04/ee-uu-impone-la-vacunacion-obligatoria-o-test-semanales-en-las-grandes-empresas-a-partir-del-4-de-enero.html> (última consulta: 14/03/2022)

Mars, A. (2021, 4 de abril). Cómo logró Estados Unidos acelerar su campaña de vacunación masiva. *El País*. Obtenido de <https://elpais.com/sociedad/2021-04-04/como-logro-estados-unidos-acelerar-su-campana-de-vacunacion-masiva.html> (última consulta: 27/01/2022)

Mars, A. (2022, 13 de enero). El Supremo de Estados Unidos establece que Biden no puede obligar a vacunarse o hacerse test a los empleados de grandes empresas. *El País*. Obtenido de <https://elpais.com/sociedad/2022-01-13/el-supremo-de-estados-unidos-establece-que-biden-no-puede-obligar-a-vacunarse-o-hacerse-test-a-los-empleados-de-grandes-empresas.html> (última consulta: 14/03/2022)

De Montalvo Jääskeläinen, F. (2021, 18 de agosto). Vacunas obligatorias y forzosas: ¿hablamos de lo mismo? *El País*. Disponible en <https://elpais.com/opinion/2021-08-18/vacunas-obligatorias-y-forzosas-hablamos-de-lo-mismo.html>

Randolph, H.E. y Barreiro, L.B. (2020). Herd Immunity: Understanding COVID-19. *Immunity*, 52 (5), 737-741. Obtenido de [10.1016/j.immuni.2020.04.012](https://doi.org/10.1016/j.immuni.2020.04.012) (última consulta: 20/02/2022)

Sherman, N. (2022, 14 de enero). La Corte Suprema de EE.UU. bloquea el mandato de vacunación de Biden para los trabajadores de grandes empresas (aunque lo mantiene para los del sector de la salud). *BBC News*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-59990460> (última consulta: 14/03/2022)

Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (2022, enero). *Editorial Hacia el fin de la excepcionalidad*. Disponible en <https://amf-semfyc.com/web/article/3063>

(2021, 6 de noviembre). EE.UU.: una corte falla contra la orden de obligar a vacunar a empresas de más de 100 empleados. *France 24*. Obtenido de <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20211106-corte-eeuu-vacunacion-obligatoria-empresas> (última consulta: 14/03/2022)