



# Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad

**María Victoria Álvarez Buján**

*Profesora contratada doctora. Universidad Internacional de La Rioja*

*Abogada en ejercicio (ICA Ourense) (España)*

[mariavictoria.alvarezbujan@unir.net](mailto:mariavictoria.alvarezbujan@unir.net) | <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

## Extracto

La posibilidad de plantear como obligatoria la vacunación frente a la covid-19 suscita en la actualidad una importante polémica social y jurídica que los medios de comunicación explotan candentemente. La respuesta a tal cuestión debe ofrecerse de forma técnica y clara, de la mano del derecho y especialmente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico, lo que requiere un análisis del marco normativo aplicable, de las peculiaridades científico-sanitarias intrínsecas tanto al virus como a la vacunación y, en última instancia, de los riesgos-beneficios desde la óptica del interés general y la salud pública. Todo ello nos conduce inexcusablemente al estudio del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad (con sus exigencias), tomando en consideración su aplicación práctica y las potenciales consecuencias que tendría la implementación de la vacunación obligatoria ante la actitud renuente de los ciudadanos y la posibilidad de que podamos encontrarnos ante un cambio de paradigma.

**Palabras clave:** covid-19; vacunación; legalidad; proporcionalidad; coerción.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-05-2023

**Cómo citar:** Álvarez Buján, M.<sup>a</sup> V. (2023). Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 75-110. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18807>



# Covid-19 and vaccination: the dilemma between obligatory nature and voluntariness

María Victoria Álvarez Buján

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

## Abstract

The possibility of making vaccination against covid-19 mandatory is currently raising an important social and legal controversy that the media are hotly exploiting. The answer to this question must be offered in a technical and clear way, hand in hand with the law and especially with the principles that make up our legal system, which requires an analysis of the applicable regulatory framework, of the scientific-sanitary peculiarities intrinsic to both the virus and to vaccination and, ultimately, of the risks-benefits from the point of view of general interest and public health. All this inexorably leads us to the study of the principle of legality and the principle of proportionality (with its requirements), taking into account its practical application and the possible consequences that the implementation of compulsory vaccination will have in the face of the reluctant attitude of citizens, as well as the possibility that we may find ourselves facing a paradigm shift.

**Keywords:** covid-19; vaccination; legality; proportionality; coerción.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-05-2023

**Citation:** Álvarez Buján, M.<sup>ª</sup>V.(2023). Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 75-110. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18807>



## Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
  2. Aproximación al marco normativo general
  3. A propósito del principio de proporcionalidad y su aplicación
  4. Análisis de la obligatoriedad a partir del supuesto de hecho concreto: comparativa entre covid y otras patologías
  5. A modo de reflexión final
- Referencias bibliográficas

## 1. Planteamiento de la cuestión

Desde que se declaró en nuestro país el primer estado de alarma con motivo de la crisis sanitaria derivada de la enfermedad covid-19, en marzo de 2020, se han ido adoptando una batería de normas comprensivas de diferentes medidas que atañen a diversos ámbitos (sanitario y de salud pública, económico, laboral, social, educativo, etc.) con el objetivo de enfrentar la pandemia y sus consecuencias. En este orden de composición, una de las cuestiones más controvertidas y, a la vez, en boga es la relativa a la vacunación (obligatoria).

Se ha levantado una ardiente polémica en torno a las vacunas promovidas por los distintos laboratorios, su seguridad, eficacia y efectos secundarios (todavía desconocidos o no suficientemente contrastados, en atención al perfil de edad y patologías previas de cada paciente/ciudadano). Parece que subyacen intereses económicos y difusos, propios, entre otros entes, de las distintas farmacéuticas (y sus diseños de vacunas) y el bombardeo de información a través de los medios de comunicación y las redes sociales, así como la diversidad de opiniones de índole contradictoria (incluso de expertos sanitarios) que genera confusión, inseguridad jurídica e incerteza en la ciudadanía.

Ha surgido así un colectivo, popularmente denominado como «negacionistas», que rechaza algunas de las medidas implementadas con motivo de la crisis sanitaria, entre ellas, la de inocularse las vacunas. Y paralelamente otro porcentaje de población se decantó por no acudir a las citas de vacunación realizadas mediante llamadas y envíos de SMS, optando no tanto por rechazar las vacunas, cuanto por posponer su administración, se entiende a la espera de una mayor seguridad, que venga de la mano de una mayor claridad informativa y unificación de criterio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> De modo similar, existe un porcentaje de población que se ha administrado la primera y segunda dosis de la vacuna, pero ha rechazado la inoculación de la tercera dosis (ante dudas, inseguridades, temor de efectos secundarios o reacciones a la vacuna, etc.).

A título de ejemplo, el 9.º Informe de Farmacovigilancia sobre Vacunas COVID-19, emitido por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, actualiza la información sobre los siguientes asuntos de seguridad:

«Comirnaty (BioNTech/Pfizer): se han identificado como posibles reacciones adversas las siguientes: eritema multiforme, parestesias/hipoestesias, astenia, letargia, disminución del apetito y sudoración nocturna. Tras la evaluación de la información disponible, se ha concluido que no puede establecerse una relación causal entre la administración de esta vacuna y la aparición de glomerulonefritis/síndrome nefrótico, ni de trastornos menstruales.

Spikevax (Moderna): se ha identificado como posible reacción adversa el eritema multiforme. Tras la evaluación de la información disponible, se ha concluido que no puede establecerse una relación causal

En este contexto y aun cuando, a fecha de elaboración del presente artículo, en España las estadísticas muestran que un alto porcentaje de la población ya ha sido vacunada (y de forma voluntaria), se mantiene como idea el atisbo puesto sobre la mesa desde hace largos meses de establecer la vacunación obligatoria y tal extremo se plantea como punto de debate en los foros sociales y políticos<sup>2</sup>. Así, se han venido publicando noticias al respecto, se comenta la cuestión y su controversia a escala social, los programas televisivos se hacen eco del tema, se ha apuntado incluso como posibilidad o pretensión desde determinados Gobiernos (autonómicos), como el de la Xunta de Galicia, la de sancionar a quienes rehúsen vacunarse y se consulta a expertos de la esfera jurídica su opinión sobre tal extremo.

Pues bien, tal idea relativa a la implementación de la vacuna contra la covid-19 con carácter obligatorio no resulta baladí y, para poder dar una respuesta meridiana, debe atenderse al conjunto de principios que integran nuestro sistema jurídico y social. *A priori* parece que la vacunación obligatoria tendría un difícil encuadre constitucional en nuestro ordenamiento. No obstante, algunos expertos, particularmente de derecho administrativo, han señalado que podría hallarse el encaje necesario, si bien consideran que la regulación de esa vacunación se encuentra muy fragmentada amén de dispersa<sup>3</sup>. Parten de la Ley de bases de sanidad nacional (RIUS: 2021), que data del año 1944 y que, por ende, no solo es preconstitucional y carente de los principios

---

entre la administración de esta vacuna y la aparición de glomerulonefritis/síndrome nefrótico, ni de trastornos menstruales.

Vaxzevria (AstraZeneca): se ha identificado como posible reacción adversa la trombocitopenia inmune.

COVID-19 Vaccine Janssen: se han identificado como posibles reacciones adversas la trombocitopenia inmune, el tromboembolismo venoso y la mielitis transversa.

Hasta el 3 de octubre de 2021, se han administrado en España 70.186.758 dosis de vacunas frente a la COVID-19, habiéndose registrado 46.573 notificaciones de acontecimientos adversos. Los acontecimientos más frecuentemente notificados son los trastornos generales (fiebre y malestar), del sistema nervioso (cefalea y mareos) y del sistema musculoesquelético (mialgia y artralgia)».

Dicho informe se encuentra disponible en <https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2021-boletin-fv/9o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/?lang=eu>

Además, se están estudiando otros posibles efectos secundarios, inflamación del corazón (miocarditis) o de la membrana que recubre el corazón (pericarditis) o síndrome de Guillain-Barré. Véase la información disponible en: <https://www.ocu.org/salud/medicamentos/noticias/notificaciones-farmacovigilancia-vacunas-covid19>

La AEMPS seguirá analizando los datos disponibles y proporcionando cualquier nueva información relevante que pudiera surgir sobre la seguridad de estas vacunas.

<sup>2</sup> A fecha 3 de marzo de 2022 las estadísticas muestran que existen 92.774.397 dosis administradas, 41.083.791 personas vacunadas, 39.103.590 personas completamente vacunadas. Dichas cifras se traducen en un 82,62 % de personas completamente vacunadas.

Los referidos datos se encuentran disponibles en <https://datosmacro.expansion.com/otros/coronavirus-vacuna/espaa>

<sup>3</sup> En efecto, existen autores que mantienen que la vacunación con carácter obligatorio podría tener cabida constitucional en el ordenamiento jurídico español. Entre ellos, destacan Martín Ayala (2014) y González López (2016).

inspiradores e informadores de un Estado social y democrático de derecho, sino que además debe ser comprendida e interpretada dentro del contexto sociopolítico en el que se dictó<sup>4</sup>.

Ahora bien, lo que resulta indiscutible es que la instauración de una vacunación obligatoria afectaría a derechos fundamentales no solo desde el punto de vista de la condición de una persona como paciente, sino de su condición como ciudadano de un Estado de derecho. Como pone de manifiesto Cotino Hueso (2021) «las consecuencias de la estrategia de vacunación afectan a la vida e integridad (art. 15 CE) y pueden constituir una discriminación (art. 14 CE)»<sup>5</sup>. Y entonces, debemos acudir a las premisas fundamentales que sirven de aplicación para cualquier limitación de derechos fundamentales: el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad (entendido en sentido amplio, esto es, englobando los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto). En tal contexto, el principio de legalidad implica que para adoptar la vacunación con carácter obligatorio sería necesaria la aprobación de una ley orgánica a tal efecto, con arreglo a lo preconizado en el artículo 81.1 de nuestra Carta Magna (Rius, 2021)<sup>6</sup>. De hecho, el propio Blanquer Criado (2021, p. 208) reconoce que

<sup>4</sup> La necesidad de reforma de esta norma (y los intentos frustrados) fue objeto de comentario por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, lo que debe ser puesto en relación con el tenor de la disposición final primera de dicha ley.

<sup>5</sup> Una medida de vacunación obligatoria encajaría en la categoría de intervención corporal y, consecuentemente, requeriría una regulación acorde con el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad y, *mutatis mutandis*, similar a la de las intervenciones corporales y la práctica de pruebas de ADN en el marco del proceso penal, que en la actualidad es todavía parca y se encuentra pendiente de reforma y mejora *de lege ferenda* (Álvarez Buján, 2018), existiendo propuestas a tal efecto en el anteproyecto para una nueva LECrim de 2011 (intento de reforma frustrado), en el borrador de Código Procesal Penal de 2012 (intento también frustrado) y en el anteproyecto de nueva LECrim de 2020 (actualmente en tramitación).

*Vid.* SSTC 37/1998, de 15 de febrero y 207/1996, de 16 de diciembre. En esta última sentencia (relativa a una medida de investigación penal) se afirma que «la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, FJ 3.º): «... debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconocimos la existencia de habilitación en el art. 127 CC, en consonancia con el art. 39.2 CE). Y, finalmente, también lo hemos hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (FJ 8.º), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 LOGP), y en la STC 35/1996 (FJ 2.º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el art. 23 LOGP». Además, dicha resolución pone de relieve que la intervención corporal ha de llevarse a cabo «con respecto a la dignidad de la persona sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10 y 15 CE)».

<sup>6</sup> En este sentido, podemos hacernos eco de Cierco Seira (2018, p. 95), cuando señala que, a su juicio, existe «un llamamiento implícito a la inmunización. Pero que luego sea necesario imponer a los ciudadanos vacunarse constituye un salto que no la CE y que queda a expensas de la estrategia definida en el marco de la política ordinaria de prevención de enfermedades. En resumidas cuentas: que la pelota está en el tejado del legislador».

la simple imposición de multas coercitivas puede ser una medida disuasoria de la desobediencia a la orden imperativa, pero al margen de la escasa efectividad o utilidad práctica de esa medida para lograr la vacunación obligatoria, en nuestro ordenamiento no hay una ley que dé cobertura expresa a esa medida sanitaria, por lo que no se satisfacen las exigencias del artículo 103 de la LPAC 19/2015.

En lo que concierne al principio de proporcionalidad, tendríamos que analizar la coyuntura provocada por la covid-19, poniéndola en relación con cada uno de los subprincipios reseñados y con los efectos perseguidos y conseguibles con la vacunación obligatoria, tomando en cuenta, entre otros aspectos, la gravedad de la patología, la incidencia poblacional, la tasa de mortalidad, la tasa de secuelas y alcance de las mismas, la certeza científica sobre la inmunidad de grupo que se puede alcanzar con las vacunas y la existencia de otras medidas alternativas con menor injerencia en los derechos fundamentales. Al hilo de lo anterior no podemos perder de vista que la obligatoriedad de la vacunación implicaría consecuencias para quien se negase a que le administrasen la misma. ¿Cuáles serían o podrían ser esas consecuencias? De forma imprecisa se apuntan algunas, tales como discriminaciones a la hora de suscribir contratos laborales, asignar puestos de trabajo, realizar viajes, limitando la salida al extranjero de personas no vacunadas, etc. (Rius, 2021).

Por su parte, De Montalvo Jääskeläinen (2014, pp. 23-24) pone de manifiesto que ya existen normas autonómicas en materia de educación que para el acceso a centros escolares exigen la acreditación de que los menores han cumplido con el calendario de vacunas de la Comunidad. Entiende el autor que esto no implica una cláusula de vacunación obligatoria porque la consecuencia del incumplimiento es la inadmisión en el centro y no una imposición de la vacunación. Pero el propio autor refiere que «en la medida que los menores están obligados a estar escolarizados hasta determinada edad, en muchos casos, a través del acceso a la escuela se ha podido imponer la vacunación». Evidentemente se trata de una imposición indirecta dentro de lo que podría denominarse coacción jurídica, pero una imposición al fin y al cabo, que en la práctica se ha dado en el escenario de la covid-19 y que puede provocar situaciones de discriminación entre padres que no puedan optar por escoger otro centro u otro tipo de formación privada y con un coste elevado donde no se exijan vacunas<sup>7</sup>.

De similar modo, podría considerarse que se han producido y producen casos de «discriminación» a partir de la implementación del denominado certificado «covid» digital de la

---

<sup>7</sup> Vid. con respecto a esta cuestión, la STSJ de Cataluña, de fecha 28 de marzo de 2000, que avaló la decisión de una Comisión Escolar de «dejar sin efecto» la matrícula de una alumna, por cuanto sus progenitores habían rehusado que fuera vacunada, considerando que este era un requisito necesario para que pudiera acceder al centro educativo, de forma que al no acreditar la menor las vacunaciones sistemáticas que le correspondían por su edad, se incurría en un incumplimiento de obligaciones de finalidad de prevención de enfermedades. Una línea similar adoptó la STSJ de La Rioja, de fecha 2 de abril de 2002.

Unión Europea, implantado teóricamente con el objetivo de «facilitar con seguridad» la libre circulación entre países dentro de la Unión Europea (Cierco Seira, 2021)<sup>8</sup>, pero pudiendo limitar al mismo tiempo, al menos indirectamente, la libre circulación de las personas que no disponen de dicho certificado, ya sea porque han rehusado vacunarse, ya sea porque no pueden hacerlo, ya sea porque por errores burocráticos no han podido obtenerlo, pese a haberse administrado todas las dosis de la vacuna<sup>9</sup>.

En suma, para poder proporcionar una respuesta al planteamiento de la posibilidad de llegar, en un futuro bien próximo, a disponer la vacunación obligatoria, en el presente trabajo analizaremos, por un lado, el marco normativo general aplicable a la cuestión y, por otro lado, confrontaremos la obligatoriedad con la voluntariedad de la vacunación y sus presupuestos, con la finalidad de discernir o inferir si podríamos estar aproximándonos a un cambio de paradigma, visto que si se aceptase y efectuase la vacunación obligatoria (con sus respectivas consecuencias frente a la negativa de vacunarse) para la covid-19 y sus nuevas cepas y variantes, desde luego se estaría abriendo la puerta para extender la obligatoriedad de la vacunación en relación con cualquier otro virus que tuviese incidencia poblacional.

En esta coyuntura parece oportuno traer a colación la reflexión de Crespo Barquero (2021, p. 49) cuando tras más de un año desde la eclosión de la situación de crisis sanitaria provocada por la covid-19, indicaba que «uno de los elementos definidores de todo lo sucedido es nuestra insospechable capacidad de asimilación y de adaptación a la quiebra de tantas

---

<sup>8</sup> Con una validez de 9 meses (o 270 días) después de transcurridos 14 días tras el primer ciclo de vacunación. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus/eu-digital-covid-certificate/>

El autor citado *ut supra* ya hacía referencia a «la eventualidad de que el certificado verde digital, una vez puesto en circulación, desborde su funcionalidad primigenia y pase a convertirse, esta vez sí, en una condición de acceso a otros servicios o prestaciones en el plano interno. Circunstancia esta que, en el peor de los casos, podría producirse de extranjis y acabar modificando al cabo la percepción social de la voluntariedad. Hasta el punto de que si el certificado de vacunación adquiere mucho peso en lo cotidiano puede irse a parar a una obligatoriedad indirecta, caracterizada por la convicción social de que, en la práctica, vacunarse es imperativo para desenvolverse en el día a día» (Cierco Seira, 2021).

<sup>9</sup> Existen casos de personas que han pasado el covid, pero que aun cuando tal circunstancia conste en su historia clínica, no han podido obtener el certificado digital de la UE donde figure que han superado el covid, al ser diagnosticados con un test de antígenos (efectuado de forma privada o pública) y no con una PCR. La realidad es que muchos centros de salud no pautan la realización de PCR a través del servicio de salud pública de su comunidad autónoma y diagnostican y prescriben incluso baja laboral, sin dicha prueba (basándose en el resultado del test de antígenos público o privado y ahora incluso con el test de antígenos adquirido en la farmacia).

También han tenido lugar casos de personas que se han inoculado una o dos dosis de la vacuna en un sistema de salud de una comunidad autónoma y otra dosis en otros sistema de salud, teniendo notables dificultades para poder obtener después el certificado digital, al no constar la pauta completa en un mismo servicio de salud público autonómico. Pensemos en personas que se han mudado de comunidad autónoma por motivos laborales o de estudios universitarios o incluso personas que se han administrado alguna dosis de la vacuna al inicio de la campaña de vacunación en puntos de vacunación *ad hoc* fuera del ámbito de su servicio de salud autonómico, verbigracia, en un aeropuerto.

certezas y al derrumbamiento de tantas premisas». Y además, no puede olvidarse tampoco la circunstancia que igualmente pone de relieve este autor de que si bien el derecho suele ir por detrás (con notable demora) de las necesidades o demandas sociales, lo cierto es que en este contexto se ha innovado y hasta «reinventado» derecho. Añade el citado autor que «en este caso la magnitud y la precipitación de los acontecimientos han puesto seriamente a prueba la consistencia del sistema legal y la capacidad de respuesta del mundo judicial» (Crespo Barquero, 2021, p. 49). Ahora bien, lo que todavía no podemos saber y no sabremos hasta que transcurra un considerable periodo de tiempo y se puedan analizar con detenimiento los efectos y trascendencia de las normas y decisiones aplicadas a todos los niveles (de comunidades autónomas, nacional, comunitario, europeo, internacional...), es si los sistema legal y judicial han superado la prueba y si la han superado de forma óptima.

## 2. Aproximación al marco normativo general

Con el propósito de poder comprender el panorama regulatorio que nos asiste en nuestro ordenamiento, debemos efectuar apriorísticamente una exposición sintética del contenido literal de los preceptos más reseñables de las diferentes normas existentes en materia de sanidad, para poder, después, comentar su sentido, alcance y relevancia. Empero, con carácter previo, hemos de reseñar que España se enmarca dentro de los Estados de Europa occidental, entre los que las epidemias y brotes (hasta ahora) parecían ya superados desde hace décadas, motivo por el cual su regulación en lo que respecta a la vacunaciones se rige por la voluntariedad, y ello, al contrario de lo que sucede en la parte de Europa oriental, donde se prima el interés colectivo frente a la autonomía de la voluntad, al existir un sentimiento latente de epidemias y brotes (debido al menor desarrollo económico de estas zonas). En la línea de estos países se encuentran otras regulaciones como la existente en los Estados Unidos, donde se recoge un régimen jurídico que dispone la obligatoriedad de las vacunaciones y que, además, en lo que respecta a las personas menores de edad, se controla a través de los centros escolares (*school-entry laws*), al conformar la vacunación una condición necesaria para poder escolarizarse, obligando así (in)directamente a que los progenitores cumplan con los calendarios de vacunación. Asimismo, en los Estados Unidos existen medidas legales que imponen a ciertos colectivos la obligación de vacunarse, especialmente, a profesionales sanitarios que tengan un contacto más directo con determinados tipos de enfermos. Y en caso de no hacerlo, dichos profesionales corren el riesgo de perder el puesto de trabajo (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, pp. 21-24)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Si bien, el régimen de obligatoriedad estadounidense contempla excepciones en supuestos de objeción de conciencia, para eximir de la vacunación por motivos médicos (falta de inmunocompetencia, antecedentes alérgicos, enfermedades de base, etc.), requiriendo preceptivamente un informe médico que justifique la negativa. 48 Estados permiten, además, exenciones por razones religiosas y otros 18 por motivos ideológicos o filosóficos, aunque los Estados no tienen obligación constitucional de aceptar normativamente rechazos no fundamentados en razones estrictamente médicas. Y en este modelo las vacunas no son gratuitas ni siquiera aun cuando tengan carácter obligatorio para acceder a la escolari-

La vacunación se enmarca dentro de las políticas de salud pública de prevención de enfermedades, pero ¿existe o no un deber legal de vacunación en nuestro ordenamiento jurídico? Las normas que regulan la vacunación expresan su singularidad e importancia en el ámbito de la prevención de enfermedades y de la salud pública, pero no incluyen ninguna cláusula de obligatoriedad. La Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que ni siquiera tiene el carácter de ley orgánica, no habilita al Estado constitucional a imponer una medida pública, ya sea individualizada o colectiva de vacunación obligatoria. Es más, esta norma se basa en la voluntariedad de las vacunas. De facto, como bien explica Cierco Seira (2018, pp. 32-33), en virtud de 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, después de que la OMS en 1979 declarase erradicada en nuestro plantea la viruela, tras casi 200 años de vacunación, se produjo un cambio de modelo y se pasó de la obligación a la recomendación en materia de política de vacunación<sup>11</sup>.

Y si la Ley general de salud pública, tal y como refiere De Montalvo Jääskeläinen (2014, p. 14) otorga preponderancia al principio de autonomía de la voluntad y los términos en los que proclama el mismo son prácticamente idénticos a los que preconiza la Ley 41/2002, podría inferirse que esto es así porque así lo quiso el legislador, y ello, aun cuando la salud pública conforma o puede conformar uno de los principales límites a esa libertad individual en defensa o protección del interés colectivo. Pero el hecho de que sea un límite no supone que el principio de autonomía de la voluntad desaparezca o pierda por completo su virtualidad, puesto que ello podría derivar en atentados contra la dignidad e indemnidad de las personas al abrigo del interés común.

El hecho de que la salud pública configure un límite a la autonomía de la voluntad no implica ni necesariamente ni mucho menos automáticamente que este último principio haya de sacrificarse totalmente en pos del interés común (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, p. 15).

Como ya ponía de relieve Cobreros Mendazona (1996, p. 342),

el principio de la voluntariedad tiene su fundamento último en la dignidad de la persona, en los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de su personalidad –a que se refiere el art. 10.1 CE– y viene también expresamente recogido en el ordenamiento sanitario.

---

zación, aunque existen programas públicos de vacunación gratuita para familias de escasos recursos (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, p. 24).

<sup>11</sup> Critica este autor que «pasar de la obligación a la recomendación representa un cambio muy profundo en el signo de una política de vacunación, máxime si tenemos en cuenta que las raíces normativas de la obligatoriedad en España eran profundas y habían desembocado con el paso del tiempo en una recia recepción legal –cuyo último exponente lo constituía la referida Ley de Bases de la Sanidad Nacional–. Siendo esto así, era de esperar que un viraje así de significativo se adornase con una escenificación normativa a la altura. Ocurrió, sin embargo, que, lejos de toda liturgia, la abolición de la vacunación obligatoria se saldó de una forma extraordinariamente discreta».

La autonomía de la voluntad es, sin duda, un paradigma en nuestra sociedad contemporánea y proponer la posibilidad de asumir y promover la vacunación como obligatoria podría implicar un cambio de paradigma<sup>12</sup>. En relación con tal extremo, Cotino Hueso (2021) explica que

hay muchas dudas sobre la conveniencia de la obligatoriedad de la vacuna de la COVID. La OMS la desaconseja. La obligatoriedad puede disuadir a más personas a vacunarse y generar una gran resistencia por quienes no quieren vacunarse, lo cual puede ser peor para la salud pública<sup>13</sup>.

En definitiva, por el momento se ha optado por priorizar la persuasión para convencer a la población de los efectos positivos de la vacuna, pero no se descarta el uso de cierta «coacción» si se procede a la restricción de derechos de aquellos que no dispongan de un pasaporte de vacunación, lo que se correspondería con un tipo de coacción jurídica o indirecta, sin forzar de forma física la administración de la vacuna (Cotino Hueso, p. 2021)<sup>14</sup>.

Al hilo de lo anterior, si dirigimos nuestra mirada a la Ley 22/1980, podemos observar que en su artículo único se recoge una doble hipótesis de vacuna obligatoria: el supuesto de epidemias y el de las vacunaciones sistemáticas<sup>15</sup>. En este último caso, la norma indica

<sup>12</sup> Hasta el momento, la autonomía de la voluntad unida al respeto a otros derechos y libertades individuales (incluida la libertad religiosa) ha presidido nuestro sistema, hasta el punto de que incluso un menor de edad falleció por no haber aceptado recibir una transfusión de sangre basándose en motivos religiosos. Inicialmente fueron sus padres quienes rechazaron dicho tratamiento habida cuenta de los dogmas inherentes a la confesión de los testigos de Jehová. La transfusión fue entonces acordada judicialmente, pero no llegó a practicarse, puesto que posteriormente el propio menor la rechazó alegando las mismas razones de índole religiosas. *Vid.* STC 154/2002, de 18 de julio.

<sup>13</sup> Y no podemos ignorar que la implementación de la medida de vacunación obligatoria podría generar el efecto contrario al pretendido, en el sentido de que, como apuntaba Cobreros Mendazona (1996, p. 344) en su dictamen sobre la posibilidad de acudir a esta medida en relación con la tuberculosis en la comunidad autónoma vasca, «aun existiendo un peligro cierto para la salud de terceros, puede resultar que el establecimiento de un tratamiento sanitario obligatorio llegue a tener unos efectos contraproducentes, en el sentido de que los sujetos enfermos o susceptibles de transmitir la enfermedad "oculten" esta circunstancia (fundamentalmente, por temor al rechazo o estigma social, aunque también podría ser por miedo a someterse a un tratamiento, en especial si conlleva el internamiento) y no acudan a los servicios sanitarios, con lo que el riesgo de transmisión puede ser mucho mayor. Por tal razón, en estos casos deben tenerse muy en cuenta tanto el tipo de personas afectadas y sus circunstancias concretas, como la clase de enfermedad y sus vías de transmisión, así como la presentación pública de las medidas sanitarias previstas y las formas de ejecución de tales medidas por parte de las autoridades sanitarias».

<sup>14</sup> En este contexto y como medida de coerción indirecta en la praxis cabe traer a colación el caso de Novak Djokovic, tenista de reconocido prestigio a escala mundial, que no ha podido competir en el Open de Australia, siendo deportado, al no haberse vacunado contra la covid.

Información al respecto se encuentra disponible en: <https://elpais.com/deportes/2022-01-05/djokovic-tendra-que-justificar-que-no-puede-ser-vacunado-contra-la-covid-19-dice-el-gobierno-australiano.html>

<sup>15</sup> Establece literalmente 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 repeti-

que podrán ser recomendadas y, en su caso, impuestas, pero condiciona tal eventual posibilidad a que los medios de vacunación sean de reconocida eficacia total o parcial y que no supongan peligro alguno<sup>16</sup>, por lo que su redacción no es contundente en relación con la posibilidad de una imposición obligatoria. Empero, esta norma, como ya apuntábamos, tiene el rango únicamente de ley ordinaria, por ello no parece que pueda justificar en ningún caso la adopción de una decisión administrativa que imponga forzosamente una medida que afecta a derechos fundamentales contemplados en los artículos 15 a 29 de la CE, y ello, en virtud de las exigencias del principio de legalidad. Y tampoco se recoge ninguna previsión específica de obligatoriedad/imposición de la vacunación en la normativa de prevención de riesgos laborales, ni siquiera en lo que respecta a la vacunación a los profesionales sanitarios<sup>17</sup> (De Montalvo Jääskeläinen 2014, pp. 22-24).

Parece, pues, existir una regulación dispersa, además de un vacío legal en lo que respecta a la posibilidad de adoptar como medida la vacunación obligatoria. Y en este contexto, cabe destacar que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública permite a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, con la finalidad de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro y, en el ámbito de sus competencias, adoptar las medidas necesarias y previstas en esta ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Y dentro de esas medidas, la norma alude en su artículo 2 a medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Pero de especial interés en el tema que nos concierne se presenta el contenido del artículo 3 de la referida ley, que con el objetivo de controlar las enfermedades transmisibles, faculta a las autoridades sanitarias, además de a realizar las acciones preventivas generales, a adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, las personas que estén o

---

dos 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».

También alude a esta previsión Cotino (2021), cuando viene a decir que el Comité de Bioética de España no olvida que es ineludible una ley orgánica para imponer la obligatoriedad y colige que de ello se deriva que dicho comité considere dudosamente aplicable la única ley que impondría la vacunación en nuestro ordenamiento, es decir, la Ley 22/1980, de 24 de abril, que tiene el carácter de ley ordinaria, no orgánica.

<sup>16</sup> Cabe reseñar aquí que las vacunas contra la covid todavía pueden tildarse de experimentales, habiéndose detectado ya efectos secundarios (en algunos casos incluso graves, como la trombocitopenia inmune). Nos remitimos aquí a lo expuesto en la nota a pie de página núm. 1 del presente trabajo.

<sup>17</sup> No parece que exista ninguna previsión explícita en el sentido de poder imponer la vacunación obligatoria a este colectivo ni en la Ley general de salud pública, ni en ninguna otra norma aplicable a la materia.

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<sup>18</sup>.

Así pues, al abrigo de la citada Ley Orgánica 3/1986 parece claro que solo cabría justificar la vacunación obligatoria en una situación extraordinaria o excepcional, que excepcione el principio general de autonomía que se infiere de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (Cotino Hueso, 2021).

En efecto, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad prevé en su artículo 28 que todas las medidas preventivas contenidas el capítulo V, relativo a la intervención pública en relación con la salud individual colectiva, deben atender a los principios de preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias y de proporcionalidad a los fines que en cada caso se persigan. Además, dicho precepto indica que no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida y que deberán utilizarse las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados, lo que guarda una estrecha conexión con el subprincipio de necesidad (como elemento del principio de proporcionalidad).

Las medidas recogidas en el capítulo V de la citada Ley 14/1986, de 25 de abril, se corresponden fundamentalmente con acciones de intervención pública ligadas a la salud individual y colectiva, pudiendo destacarse la exigencia de autorizaciones sanitarias, la obligación de someter a registro por razones sanitarias a las empresas o productos (art. 25. 1 y 2), prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud (art. 25.3)<sup>19</sup>, medidas preventivas que se estimen pertinentes, verbigracia, 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 (art. 26), control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable (art. 27); amén de establecimiento de regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios (art. 29.3).

---

<sup>18</sup> Esta ley solamente se halla conformada únicamente por cuatro artículos, prescindiendo de preámbulo o exposición de motivos, lo que obedece, como explica Crespo Barquero (2021, p. 51), a que «es fruto de un desgajamiento de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), cuyo proyecto incorporaba dos artículos, 22 y 29, de redacción muy parecida».

<sup>19</sup> Igualmente, el apartado 4 del artículo 25 establece que «cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones públicas, a través de sus órganos competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente, con el objeto de eliminar aquella. La intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquellos queden excluidos».

A modo de comparanza y teniendo en cuenta el papel (protagonista) que las comunidades autónomas desempeñan en el ámbito sanitario, podemos traer a colación que, en el ámbito de la comunidad autónoma gallega, donde el Gobierno autonómico anunció y dispuso, de la mano de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, la vacunación obligatoria contra la covid-19 mediante la imposición de sanciones a las personas que rechazasen la vacuna (Del Olmo, 2021)<sup>20</sup>, el artículo 11.2 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes dispone que los facultativos podrán efectuar intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin que resulte preceptivo su consentimiento, en los siguientes casos:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias legalmente previstas y así se declare expresamente por acuerdo del delegado provincial de la Consellería de Sanidad o del director general de Salud Pública (si afectara a más de una provincia)<sup>21</sup>.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del paciente y no resulta posible obtener la autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En resumidas cuentas, del conjunto de preceptos anteriores podemos deducir que existen y se contemplan supuestos excepcionales de salud pública (relacionados fundamental-

---

<sup>20</sup> Hemos de señalar aquí que el Gobierno central planteó recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (Piña, 2021). Este recurso ya ha sido admitido a trámite.

Sin perjuicio de la decisión sobre el fondo del asunto, en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 2021 se acuerda mantener la suspensión núm. 5.º del artículo 38.2 b) de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, por cuanto el mismo faculta a las autoridades sanitarias autonómicas para imponer la vacunación obligatoria a la ciudadanía gallega, bajo la pretensión de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no solo la covid-19), en situaciones de grave riesgo para la salud pública. Considera el Alto Tribunal que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública (en la línea apuntada en este trabajo), y entiende que supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que sufrirá sanción, en caso de negativa injustificada a vacunarse, con arreglo a lo dispuesto en 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. Aprecia el Tribunal Constitucional que, en este caso, si se levantase la suspensión del precepto impugnado, ello provocaría perjuicios ciertos y efectivos que podrían resultar irreparables o de difícil reparación, toda vez que podría imponerse de facto la vacunación en contra de la voluntad del ciudadano.

<sup>21</sup> Tras adoptar las medidas pertinentes y con arreglo a lo dispuesto en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, deberá comunicarse la situación a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que las medidas dispongan el internamiento obligatorio de personas.

mente con enfermedades transmisibles graves, que supongan un peligro de orden general contrastado) en los que cabe adoptar medidas extraordinarias, que deben ser ulteriormente convalidadas por la autoridad judicial competente. Todas esas medidas han de ser proporcionadas, en atención a las circunstancias que concurren y no pueden ser obligatorias si suponen un riesgo para la vida, debiendo priorizarse siempre la voluntariedad.

En este sentido, habrían de distinguirse dos escenarios de vacunación obligatoria. La primera, por presencia de una epidemia y la segunda relativa a supuestos en que se pretende evitar justamente el riesgo potencial de epidemia (vacunas correspondientes al calendario ordinario de vacunación). La obligatoriedad se justificaría únicamente en el primer caso y no en el segundo. Además, también podrían y deberían diferenciarse escenarios en los que concurre un riesgo efectivo para la salud pública, esto es, la salud de terceras personas, de los casos en los que el riesgo solo existe para la propia salud de la persona interesada. Obviamente solo podría justificarse una medida impositiva en el primero de los escenarios (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, p 26)<sup>22</sup>.

Lo anterior nos permite realizar una composición de lugar y dibujar un marco teórico, pero a nuestro juicio, el busilis de la cuestión reside en analizar la situación concreta, ya que las normas en materia de salud pública son de redacción genérica/amplia y dispersa. Y esa situación concreta solamente puede analizarse de la mano del principio de proporcionalidad<sup>23</sup>.

### 3. A propósito del principio de proporcionalidad y su aplicación

La proporcionalidad implica, en primer término, que debe existir un peligro grave y fundado de afectación a la salud pública. Constatado ese peligro, debe identificarse la medida idónea o adecuada para combatirlo, que además tiene que ser necesaria, de modo que no pueda acudir a ninguna otra menos lesiva que resulte apta para la consecución del mismo fin. Asimismo, las medidas han de ser proporcionadas en sentido estricto, lo cual implica que de su aplicación no pueden derivarse más perjuicios para la esfera de los derechos individuales que beneficios para el interés colectivo/público que se pretende proteger. Esto resulta de capital importancia, toda vez que «el desarrollo de la teoría de la *herd immunity* obliga, sí o sí, a abordar el tratamiento del fenómeno de la no vacunación toda vez que traslada una carga colectiva a cualquier decisión individual relativa a la vacunación» (Cierco Seira, 2018, p. 81).

<sup>22</sup> En este contexto, Cotino Hueso (2021) hace mención a la SAN de 29 de septiembre de 2010 y pone el acento en la circunstancia de que «el Comité de bioética de España en 2016 y la Audiencia Nacional consideran que solo excepcionalmente es posible la vacunación obligatoria en España».

<sup>23</sup> A este principio aludía, como canon de validez de aplicación, en su dictamen elaborado en relación con la problemática del Servicio de Salud del País Vasco en materia de tuberculosis (Cobrerros Mendazona, 1996, pp. 344 y ss.)

El principio de proporcionalidad (también denominado, en ocasiones, de razonabilidad) es uno de los acuñados como límite de los «límites a los derechos fundamentales». En suma, «opera como uno de los criterios empleados para controlar la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos» (Lopera Mesa, 2006, p. 45). Si bien es un principio no escrito, se halla reconocido a todos los niveles<sup>24</sup>, deviniendo, por ende, vinculante para todos los poderes públicos (Alexy, 2011, p. 19). Su germen reside en la jurisprudencia alemana surgida para controlar los excesos de los poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo), sobre la máxima de que el derecho no puede albergar leyes arbitrarias ni respaldar actos administrativos que constriñen de modo desproporcionado los derechos de los ciudadanos (Riofrío Martínez-Villalba, 2016, p. 284). Se trata, en definitiva, de un parámetro clave<sup>25</sup>, en el marco de un Estado de derecho, a la hora de ponderar las medidas que afectan a derechos fundamentales y se encuentra integrado por tres subprincipios, cuyo significado sintetizamos a continuación<sup>26</sup>.

La idoneidad o adecuación supone que la medida adoptada debe responder o procurar la consecución de un fin constitucionalmente y tiene que ser apta a tal efecto (Bernal Pulido, 2007, p. 693).

La necesidad (o subsidiariedad) implica, como explica Bernal Pulido (2007, p. 740), que «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir o alcanzar el objetivo propuesto».

Y en este orden de cosas, podemos preguntarnos particularmente qué sucede con la vacunación contra la covid-19, al menos hasta el momento, cuando parece que de las vacunas, en determinados casos, se pueden derivar efectos secundarios (algunos graves) y cuando no ha habido un criterio único por parte del Gobierno en relación con qué vacuna administrar, cuándo (en qué tramos de edad), quiénes son las personas que por sus patologías no pueden inyectarse el compuesto, etc. En definitiva, ¿qué sucede cuándo parece haber una lucha de intereses difusos entre las farmacéuticas (amén de otros entes) y cuando, a la postre, lo que fundamentalmente se hace es generar dudas y confusión a la población mediante el bombardeo y la manipulación mediática?

<sup>24</sup> En el ámbito del proceso penal resulta de especial interés la obra de González-Cuéllar Serrano (1990), que desgana todos los entresijos del principio de proporcionalidad en esta esfera, tomando en consideración el derecho comparado.

<sup>25</sup> Según Perelló Doménech (1997), «la proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la medida que las injerencias a las libertades que consagra solo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en el apartado segundo de los arts. 8, 9, 10 y 11 del Convenio» (p. 70).

<sup>26</sup> Se hace mención al principio de proporcionalidad y su aplicación en relación con la declaración de los estados de alarma decretados por causa de la covid-19 en España en Álvarez Buján (2021, pp. 223-240).

En sintonía con esta cuestión, no podemos obviar que si la exención médica actúa como una razón de exoneración que debe respetarse en cualquier caso, incluso de implementarse la vacunación obligatoria (Cierco Seira, 2018, pp. 119-120), podríamos correr el riesgo de generar eventuales discriminaciones, en función de los recursos económicos de los ciudadanos. Dicho en otras palabras, podría suceder que personas con amplios recursos que no desearan someterse a la vacunación obligatoria recabasen certificados médicos que los eximieran, acudiendo a médicos privados, mientras que personas sin recursos no podrían acogerse a tal posibilidad. Y no hablamos aquí de emitir certificados de forma fraudulenta (como ocurría y así se retransmitió en los medios de comunicación durante la vigencia del Estado de alarma con algunos certificados que se emitían para eximir a pacientes de portar mascarilla)<sup>27</sup>. Nos referimos a que la medicina no es una ciencia exacta, existen distintos criterios médicos y científicos que se pueden sostener, sobre todo en función de determinadas particularidades que puede revestir un paciente.

Aunque una medida cumpla los mencionados requisitos de idoneidad y necesidad, no podrá considerarse constitucional si no observa al mismo tiempo el principio de proporcionalidad en sentido estricto (Aguado Correa, 1999, p. 100). Este principio se corresponde con la ponderación<sup>28</sup> de beneficios que derivan de la actuación para el interés general o colectivo (que deben ser mayores) con los perjuicios que afectan a los derechos fundamentales individuales (que deben ser menores) (De Domingo, 2007, p. 260).

Con fundamento en toda esta batería de preceptos y normas, no faltan autores que sostienen, al margen del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, la falta de necesidad de la adopción de los estados de alarma con motivo de la covid-19, al entender que la gestión de la crisis sanitaria, incluyendo las medidas preventivas y algunas limitaciones de derechos (como el cierre de locales o el uso de mascarillas, por ejemplo), podrían haberse acordado sobre la base de la normativa de salud pública, sin tener que acudir a un instituto configurado como extraordinario o excepcional que, habida cuenta de todo el tiempo que se mantuvo vigente<sup>29</sup>,

<sup>27</sup> Información al respecto puede consultarse en los siguientes enlaces: <https://www.lavanguardia.com/television/20200902/483276237085/todo-es-mentira-risto-mascarillas-doctor-clinica-certificado-medico-negacionistas.html>. <https://elpais.com/espana/madrid/2020-09-03/madrid-investiga-a-un-medico-por-expedir-certificados-falsos-para-no-usar-mascarilla.html>

<sup>28</sup> Por ponderación puede entenderse jurídicamente «una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales» (Prieto Sanchís, 2007, p. 220).

<sup>29</sup> El primer estado de alarma estuvo vigente, teniendo en cuenta sus sucesivas prórrogas, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 9 de junio de 2020, dando paso a continuación al mantenimiento de la mayoría de medidas restrictivas de prevención, contención y coordinación adoptadas con el mismo, con la finalidad de seguir controlando la pandemia, para declarar después un segundo estado de alarma en fecha 25 de octubre de 2020, cuya duración inicial se había fijado hasta el día 9 de noviembre de 2020, pero que se prorrogó directamente hasta el 9 de mayo de 2021. [https://administracion.gob.es/pag\\_Home/atencion-Ciudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html](https://administracion.gob.es/pag_Home/atencion-Ciudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html)

parece haberse desvirtuado (Álvarez Buján, 2021; Boix, 2020<sup>30</sup>; Teruel Lozano, 2020). Ello sin olvidar que se puso en tela de juicio la declaración del estado de alarma al considerar que las medidas adoptadas en el marco del mismo pudieran corresponderse más bien con la declaración de un estado de excepción<sup>31</sup> que, a nuestro parecer, en ningún caso cabría en el ámbito de una crisis sanitaria<sup>32</sup>.

No puede perderse de vista que los tres estados excepcionales, alarma, excepción y sitio se prevén como mecanismos de protección para situaciones extraordinarias y tienen un carácter estrictamente restringido, ya que están pensados para eventualidades concretas que no pueden interpretarse en sentido amplio, toda vez que la adopción de tales estados lleva aparejada la limitación de derechos fundamentales<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Este autor explica, desde la óptica jurídica, alternativas al estado de alarma, sin caer en el caos.

<sup>31</sup> Esta fue, de hecho, la postura mantenida por la STC de 14 de julio de 2021.

<sup>32</sup> La STC de 14 de julio de 2021 declaró inconstitucionales (por seis votos contra cinco) varios preceptos del Real Decreto 463/2020 por el que se adoptó el primer estado de alarma en España a causa de la crisis sanitaria derivada del SARS-CoV2. En síntesis, el Tribunal Constitucional consideró que las medidas adoptadas eran proporcionadas, pero estimó que deberían haberse adoptado en el marco de un estado de excepción.

*A posteriori*, por seis votos frente a cuatro, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27 de octubre de 2021, declaró nuevamente nulos determinados preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró (por seis votos frente a cuatro) el segundo estado de alarma. Ambas sentencias siguen una línea similar, si bien, en el caso de la segunda, a diferencia de lo sucedido con la primera STC, el Alto Tribunal abrió la posibilidad de acudir a la vía legal para reclamar los daños y perjuicios que las medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas hubieran podido causar a los ciudadanos. La segunda sentencia pone especialmente el énfasis en la duración del segundo estado de alarma vigente desde el 9 de noviembre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021. Deben existir prórrogas periódicamente, sin que las medidas puedan prolongarse por más tiempo del estrictamente necesario. El real decreto solo determinaba en este contexto que el estado de alarma podría levantarse transcurridos cuatro meses desde su entrada en vigor, a petición de los presidentes autonómicos y el Tribunal Constitucional (al margen de los votos particulares en sentido diverso) consideró que esto suponía una renuncia indebida del parlamento a controlar la necesidad de la duración del estado de alarma y, vulneraba, por ende, las previsiones constitucionales.

Obviamente, las particularidades de ambas sentencias del Tribunal Constitucional (en relación con su contenido, efectos, ajustadas mayorías de votos y votos particulares) requeriría un estudio en mayor profundidad, en el que no podemos concentrar ahora nuestra atención, toda vez que ello excedería los límites de extensión previstos en el presente trabajo.

<sup>33</sup> Espín López (2018, p. 118), haciéndose eco de Lafuante Balle y Fernández Segado, afirma que «el Derecho de excepción es una garantía frente a las situaciones de crisis constitucionales imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades. A través de este mecanismo, se procede a concentrar en manos del Gobierno, poderes o funciones que, en tiempo normal deben estar divididas o limitadas. Por tanto, con esta situación se altera el régimen normativo de la Constitución, pudiendo el Gobierno, cuando se den excepcionales circunstancias, dejar en suspenso determinados derechos a través de Decreto –aunque más adelante veremos que nuestro Tribunal Constitucional ha conferido a esta norma el rango de Ley–».

Ahora bien, dicho lo anterior, debemos distinguir entre la vacunación obligatoria a nivel individual y masivo o de grandes colectivos. En nuestro contexto normativo, no parece controvertida la posibilidad de adoptar la medida individualizada, en relación con personas concretas, a través de la LOMESP. En este sentido, como menciona a título de ejemplo Cotino Hueso (2021) «los jueces ya han ratificado la imposición particular de la vacuna Covid respecto de una anciana sin facultades o de una anciana frente a la negativa de su hijo»<sup>34</sup>. Se entiende que estas resoluciones han evaluado, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la situación riesgo-beneficio.

Sin embargo, también nos encontramos con casos como el del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de lcod de los Vinos (Tenerife) de 10 de diciembre de 2021, del que en contra de las pretensiones del padre y de la opinión proclive a vacunarse del hijo, otorga la razón a la madre al considerar que «se desconocen los efectos de la vacuna a medio y largo plazo, ya que los ensayos clínicos no han terminado». Igualmente tuvo en cuenta un estudio de la Universidad Carlos III sobre la mortalidad y los ingresos en UCI de menores de 19 años en España y de un doctor en Ciencias Químicas (al que se le otorgó valor de dictamen pericial). Hizo mención a la abundante jurisprudencia acerca de

---

<sup>34</sup> En una línea similar, resalta la SAP de Orense, núm. 191/2021, de 22 de noviembre (rec. núm. 805/2021). El JPI núm. 6 de Orense dictó resolución en fecha 30 de agosto de 2021, cuyo fallo disponía la autorización al Centro Domus VI Ourense-Barbadás (un geriátrico o centro de la tercera edad) a administrar por personal sanitario especializado, en las fechas previstas y en las dosis necesarias, la vacuna contra la covid-19 a una paciente allí internada, en situación de discapacidad, respecto de la cual su tutora había rechazado firmar el consentimiento para suministrarle el fármaco. Por parte del Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación en ambos efectos, al que se adhirió la tutora de la persona afectada, aduciendo que las vacunas son experimentales y que no pueden ser administradas a humanos por prohibirlo el Código de Nuremberg. El Ministerio Fiscal consideró que toda vez que la vacunación en España no es obligatoria, la medida podría suponer una discriminación vulneradora del artículo 14 de la CE. Además, manifiesta que no se efectuó una valoración o un juicio de proporcionalidad en el caso en concreto, entre el derecho a la integridad física de la persona que se pretende vacunar sin su consentimiento y las específicas razones de su especial vulnerabilidad o de salud pública. La sala acordó desestimar sendos recursos y confirmar el auto recurrido en su integridad, basándose en la avanzada edad, delicada salud de la paciente y su deterioro cognitivo grave (ya que padecía alzhéimer), así como en el hecho de que residiese en un geriátrico donde la covid ha tenido especial incidencia. Asimismo, se basa en la aprobación de las vacunas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, coligiendo que las mismas se han desarrollado con garantías de calidad, seguridad y eficacia, habiéndose sometido a pruebas rigurosas en diferentes fases de los ensayos clínicos y siguen evaluándose regularmente una vez comercializadas, siendo las reacciones a las mismas leves y temporales.

Indica además la sentencia de apelación que «no consta que la misma hubiera manifestado, verbalmente o por escrito, su oposición a la vacunación o su criterio u opinión sobre las vacunas, ni que hubiera transmitido órdenes concretas sobre cualquier tipo de tratamiento o intervención médica. Tampoco consta que no hubiera recibido otras vacunas, de administración frecuente, como la de la gripe en años anteriores». No obstante, entendemos que este argumento resulta en cierta medida incongruente, dado que si se reconoce que la paciente padece un grave deterioro cognitivo, difícilmente resulta posible que pueda manifestar su oposición, opinión o criterio sobre las vacunas, lo que en cambio sí hizo su tutora (su hija).

condenas a farmacéuticas y Administraciones públicas. Y recordó que los riesgos y efectos adversos de la vacuna contra la covid, como ocurre con respecto a cualquier medicamento, fármaco o vacuna, no tienen por qué ser inmediatos o a corto plazo, sino que pueden aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación. Finalmente recuerda esta sentencia que ninguna de las vacunas existentes hasta ahora en el mercado inmuniza contra el virus, ni evita el contagio ni la transmisión y, además, recuerda la escasa incidencia que el virus tiene en la salud de personas menores de edad. Descarta las razones de solidaridad (es decir, de prevenir contagios a otras personas, como los abuelos del menor) teniendo en cuenta que existen otras medidas de prevención aptas para evitar contagios y que han sido utilizadas desde el inicio de la pandemia (como mascarillas, distancia social, desinfección, etc.). Y apostilla que «son los usuarios los que toman la decisión de vacunarse o no y asumen los riesgos inherentes a la misma». Cosa que el menor, por su propia condición, por ahora no puede hacer<sup>35</sup>. A fin de cuentas, el auto objeto de comentario viene a lanzar un mensaje que, a nuestro entender, resulta plenamente acorde con las exigencias del principio de proporcionalidad, una vez ponderados los riesgos-beneficios del caso concreto y que vendría a ser: «ante la incertidumbre, prudencia»<sup>36</sup>.

En todo caso, más polémica y controvertida, teniendo en cuenta el marco normativo actual, resulta la posibilidad de que se pueda imponer la vacunación masiva, habida cuenta del conjunto de derechos que resultan afectados y de la necesaria ponderación del riesgo-beneficio, directamente ligado con el ya mencionado principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe efectuarse la oportuna ponderación de derechos. Entra pues, aquí, en juego, la otra cara de la moneda, esto es, los derechos de los pacientes y, por extensión, de los ciudadanos en el ámbito sanitario o de la salud.

---

<sup>35</sup> En relación con la postura mantenida por esta jueza, cabe resaltar que el jefe del servicio de alergología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense, el Dr. Carlos González de la Cuesta, solicitó al colegio médico de Orense que exija que la vacuna infantil sea prescrita por un pediatra y que los padres firmen un consentimiento informado, teniendo en cuenta que, bajo su criterio médico, los efectos secundarios «a medio y largo plazo, potencialmente graves, no son conocidos en esta población». Información al respecto puede consultarse en [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/ourense/2022/01/14/jefe-servicio-chuo-pide-colegio-medico-exija-vacuna-infantil-prescrita/0003\\_202201014C1991.htm](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/ourense/2022/01/14/jefe-servicio-chuo-pide-colegio-medico-exija-vacuna-infantil-prescrita/0003_202201014C1991.htm)

<sup>36</sup> En línea opuesta, acordando la vacunación covid de menores cuando hay desacuerdo entre los progenitores, destacan, entre otras, la línea de la SAP de Murcia, núm. 934/2021, de 16 de septiembre (rec. núm. 1202/2021), de las resoluciones del JPI núm. 12 de Vigo, especializado en familia, y del JPI núm. 51 de Barcelona.

La citada sentencia de apelación murciana resulta singularmente llamativa por cuanto confirma la resolución del JPI, de 30 de marzo de 2021, de atribuir la custodia compartida a ambos progenitores y, en cambio, otorga en exclusiva al padre la patria potestad respecto de las cuestiones psicológicas y médicas de la menor, incluyendo las relativas a alimentación y vacunaciones, siendo el padre proclive a la vacunación covid. La resolución se basa, sustancialmente, en un informe pericial psicológico empleado como prueba en el procedimiento que recoge las manifestaciones de la madre «respecto a la alimentación vegetariana que dispensa a la menor, así como en relación a su postura contraria al uso por su hija de mascarillas en el centro escolar por resultar perjudicial para su salud, y su oposición a la vacunación contra la covid-19».

Entre los derechos básicos pueden destacarse, como más elementales, los siguientes: el derecho a la información (sanitaria, asistencial, etc.), que es además el presupuesto esencial del consentimiento informado, el derecho a la historia clínica, el derecho a decidir sobre su salud, el derecho a la intimidad y privacidad<sup>37</sup>, el derecho a que se respete su voluntad, el derecho a ser acompañado de persona de confianza, el derecho a reclamar. Tales derechos aparecen consagrados en la Constitución española, que preconiza la protección de la salud (art. 43), pero además se contienen y desarrollan en Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, 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; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, y ello sin olvidar las leyes que en el ámbito de su competencia fueron aprobadas por cada comunidad autónoma y que se encuentran vigentes, como por ejemplo, Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

Obviamente, la vacunación obligatoria en el caso de pacientes que rehúsen recibir la misma voluntariamente supone un conflicto entre derechos o intereses. Como derechos individuales entrarían en escena el derecho a la integridad (física y moral), el derecho a negarse a un tratamiento, el derecho a la autonomía del paciente y el consentimiento informado *versus* interés colectivo de salud pública<sup>38</sup>. De implementarse esa coacción, ese interés colectivo de salud pública pondría también en jaque el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa a nivel individual, en función de las consecuencias jurídicas y fácticas que la no vacunación tendría para quien rechazase la misma, pudiendo derivarse supuestos de discriminación, en el sentido de que quien no se haya vacunado no pueda realizar determinados viajes dentro de la Unión Europea, no pueda acudir a determinados lugares (hostelería, colegios, etc.). En este supuesto, nos encontraríamos más bien ante la denominada vacunación condicionante. Según explica Cierco Seira (2021),

se entiende este modelo como aquel que articula la vacunación a la manera de un requisito o presupuesto capaz de condicionar una determinada utilidad o beneficio que se pretende: acceder a un lugar, disfrutar de un servicio, ejercer una actividad o profesión o, también, viajar. Es un género que tiene, por lo demás, una larga y rica trayectoria en el mundo de la vacunación, destacando, por encima de todos, los vínculos, de intensidad y modulación variable, con la escolarización de los niños, aunque también en el ámbito de los viajes internacionales existe un recorrido a tener muy en cuenta a propósito de la *carte jaune* o *yellow card* y el Reglamento Sanitario Internacional».

<sup>37</sup> Relacionado con el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

<sup>38</sup> Como ya venía a explicar Cobreros Mendazona (1988, pp. 235-236 y 248), la verdadera relevancia o problemática de los tratamientos sanitarios obligatorios reside en que precisamente afectan o comprometen a la propia persona, al soporte físico de su personalidad.

Ahora bien, entendemos que la única forma de imponer la vacunación (sea como obligatoria, sea como condicionante) al considerar que el interés colectivo deba ceder en detrimento de los mencionados derechos individuales, conformando por tanto un límite a esos derechos, sería la existencia de efectos perjudiciales y graves constatados para la salud pública que no pudieran evitarse de ningún otro modo distinto a la administración de la vacunación.

Así las cosas, el conglomerado de derechos reseñados que suponen garantías fundamentales para la ciudadanía en el marco de un Estado de derecho debe sincronizarse, habida cuenta del objeto de estudio del presente trabajo, con el fenómeno de que

las vacunas no proporcionan una inmunidad infalible y tampoco la inmunidad de grupo garantiza la ausencia total de riesgo de contagio. Al igual que los demás medicamentos, la capacidad de respuestas de la vacuna, su propiedad profiláctica, puede revelarse insuficiente para una concreta persona en un determinado lance por causa que, de antemano, difícilmente pueden pronosticarse. La inmunización puede no resultar efectiva al 100 por 100 y, teniendo esto presente, parece prudente minimizar el riesgo de exposición a la enfermedad a través de la inmunidad de grupo. En la misma línea, hay que decir que, por mucho que ciertas enfermedades hayan sido relegadas, por efecto de la vacunación sistemática, a un plano marginal, ello en modo alguno significa que haya que descartarlas sin más, dándolas por amortizadas o cantando la victoria de su erradicación antes de hora. El riesgo de la reemergencia está ahí y algunos de los episodios suponen un aldabonazo que así viene a recordarlo. (Cierco Seira, 2018, pp. 81-82).

Si tomamos en consideración los puntos de carácter científico, a los que alude, entre otros, Cierco Seira, (2018), parece que no se justifica (ni puede justificarse) una medida restrictiva de derechos y libertades (y, en particular, de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en su calidad de pacientes de un sistema público de salud), como es la vacunación, como método de profilaxis, y ello, por cuanto, si falla el presupuesto científico de base, la ponderación de los intereses colectivos e individuales sobre la base del principio de proporcionalidad pierde su sentido más esencial. A nuestro juicio, desde un prisma filosófico-jurídico no se sostiene la idea de perjudicar derechos y libertades individuales (de manera global), es decir, exigir un sacrificio al paciente de tan elevado calibre, para tratar de preponderar un interés colectivo, cuya consecución no se puede asegurar (al menos en un alto grado, aunque no sea de forma absoluta).

#### **4. Análisis de la obligatoriedad a partir del supuesto de hecho concreto: comparativa entre covid y otras patologías**

Si bien todavía no contamos con muchos trabajos académicos de carácter pormenorizado o exhaustivo que aborden la temática relativa a la posibilidad de implementar la vacuna-

ción obligatoria, habida cuenta de que nos encontramos ante una problemática relativamente reciente, Blanquer Criado (2021, pp. 197-244) sí ha elaborado un estudio completo sobre la responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia, haciendo hincapié entre otras cuestiones, en la regulación de la vacunación obligatoria. El autor parte de la premisa de poder considerar la obligatoriedad de la vacunación, con independencia de la responsabilidad patrimonial en que pudiese incurrir el Estado de ocasionarse algún perjuicio en la salud de algún ciudadano (alguien que, por ejemplo, sufriese alguna patología incompatible con alguno de los componentes de la vacuna).

En este contexto hace cita de la sentencia de la Corte Constitucional italiana 5/2018, de 18 de enero y alude a la distinción entre *soft law* y *hard law*, al considerar que la vacuna como medida preventiva de salud pública es, en ocasiones, voluntaria, debiendo tornarse obligatoria en otras. De hecho, como reseña De Montalvo Jäaskeläinen (2014, p. 15) la Constitución italiana (que data de 1947), dispone en su artículo 32.2 que «nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley». Sin embargo, no hallamos previsión similar en la Carta Magna española<sup>39</sup>.

Blanquer Criado (2021, pp. 215-216) opina que

a pesar de su incidencia en la libertad individual y la integridad física del paciente (hay que recordar que el derecho del paciente al consentimiento informado incide en su capacidad de autodeterminación, y se enmarca en el artículo 15 CE, según ha declarado el Tribunal Constitucional), o del impacto también en la libertad religiosa de algunas personas, o en del derecho a la educación, nuestro ordenamiento jurídico habilita a la Administración para imponer la vacunación obligatoria cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad (según se infiere de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, a pesar de su muy escasa densidad normativa).

La pregunta en relación con esta afirmación es si realmente esta norma alberga tal posibilidad y, en caso de contemplarla, en qué sentido y bajo qué requisitos. El propio autor añade a renglón seguido que «hay que reconocer que es Ley Orgánica que tiene un contenido excesivamente genérico y no satisface adecuadamente las exigencias de densidad normativa exigidas para limitar los derechos fundamentales y libertades públicas» (Blanquer Criado, 2021, pp. 216-217). Consiguientemente, ya puede deducirse (según apuntábamos con anterioridad) que para instaurar la vacunación obligatoria necesitaríamos,

<sup>39</sup> Quizás porque, como explica el citado autor De Montalvo Jäaskeläinen (2014, p. 15), nuestro texto constitucional, a diferencia de lo que sucede con otros más recientes o con el italiano, no hace mención expresa a la categoría de los denominados derechos de cuarta generación (relacionados con los avances tecnológicos y científicos que afectan, obviamente, entre diversos ámbitos, al de la salud).

en todo caso, o bien una reforma de dicha norma, o bien la aprobación de una nueva ley orgánica a tal efecto<sup>40</sup>.

Concluye en su trabajo De Montalvo Jääskelainen (2014, p. 27) que nuestro régimen jurídico sí permitiría atender a determinados supuestos de vacunación obligatoria, haciendo mención a los de brote epidémico, pero considera que el panorama normativo «se muestra hartamente insuficiente» y que esa parquedad recomienda una reforma de la Ley general de salud pública, así como del resto de normas que completan el régimen jurídico, a fin de permitir la incorporación de medidas coactivas en aras de proteger la salud pública, como sería la vacunación sistemática de determinados colectivos. Y al hilo de esta reflexión emerge la pregunta de si de implementarse la vacunación obligatoria, cabría que la misma pudiera efectuarse masivamente. A nuestro entender, la respuesta a esta cuestión debería ser negativa, por cuanto la observancia de las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad escapa a la generalización y a la masificación, de forma que lo lógico y proporcionado sería, en su caso<sup>41</sup>, atender a colectivos determinados (analizando riesgos e incidencia).

Sea como fuere, habría que regular con claridad y cautela la reacción ante la oposición del paciente a la vacuna obligatoria, lo que requeriría en primer término de una autorización judicial, además de la articulación de determinadas medidas para forzar la administración del fármaco. Es obvio que la obligatoriedad implicaría en caso de negativa por parte de un paciente la imposición de sanciones o multas coercitivas y prohibiciones o limitaciones de acudir a determinados lugares<sup>42</sup> (lo que tendría un papel más bien disuasorio de la elusión de la vacuna) o, inclusive, el recurso a la *vis física*<sup>43</sup>, actuación que ha de estar amparada por una autorización judicial debidamente motivada, conforme a los principios de

<sup>40</sup> El Comité de Bioética de España no olvida que es ineludible una ley orgánica para imponer la obligatoriedad. «De ahí que entienda dudosamente aplicable la única ley que impone la vacunación, esto es, la Ley 22/1980, de 24 de abril, en cuyo artículo único dispone que «las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno»» (Cotino Hueso, 2021).

<sup>41</sup> De implementarse de algún modo *de lege ferenda* la obligatoriedad de la vacunación.

<sup>42</sup> Léase, prohibir los viajes entre distintas comunidades autónomas o viajes internacionales a personas que no estén vacunadas sin causa justificada.

<sup>43</sup> Precisa el autor que «la autorización judicial no es un permiso en blanco que permite a la Administración realizar la intervención sanitaria a su libre antojo. En caso de otorgar la autorización, el auto judicial debería fijar los condicionantes y límites que correspondan en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso. Una vez ya obtenida la autorización judicial, los responsables del centro sanitario pueden requerir el auxilio administrativo de las fuerzas policiales para materializar la vacunación. En cualquier caso no es admisible un trato inhumano, degradante o contrario a la dignidad de cualquier persona (art. 10.1 CE)» (Blanquer Criado, 2021, p. 224). La afirmación de este autor recuerda, *mutatis mutandis*, al tenor y aplicación en la práctica judicial del art. 520.6 c) inciso segundo de la LECrim, en relación a la práctica de pruebas de ADN sobre personas investigadas en el ámbito de un proceso penal.

legalidad y proporcionalidad relacionados con el caso y las particularidades del paciente en concreto. En relación con estos avatares, el referido autor hace cita del artículo 8.6 de la LJCA 29/1998, barajando inclusive la posibilidad de que ante razones o circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, la vacunación forzosa pueda realizarse de manera inmediata, sometiéndose ulteriormente la medida a la eventual convalidación o ratificación judicial (Blanquer Criado, 2021, p. 218).

En efecto, de la mano de la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en Justicia, se han reformado, entre otros extremos, aquellos relativos a la competencia, de forma que se traslada la misma a la Audiencia Nacional cuando la medida sea impuesta por la autoridad estatal. En el caso de que la medida sea impuesta por la autoridad sanitaria autonómica o local y de carácter general (es decir, sin identificar a un ciudadano en concreto), la competencia recaerá en el Tribunal Superior de Justicia que territorialmente corresponda. En consecuencia, la competencia en favor de los juzgados de lo contencioso-administrativo se preservará residualmente para aquellos supuestos en que la medida se imponga respecto a una persona concreta, esto es, identificada individualmente (Blanquer Criado, 2021, pp. 218-2020).

Haciendo alusión al antes referido artículo 8.6 de la LJCA, el citado autor afirma que el control judicial de las medidas sanitarias impuestas debe realizarse cuando la medida sanitaria implique, como sería el caso, una privación o restricción de derechos o libertades fundamentales y con la finalidad de supervisar no solo si la misma es urgente y necesaria, sino también si es proporcionada con esa privación de derechos y libertades, entre los que se encuentra el de autodeterminación (autonomía de la voluntad) del paciente (Blanquer Criado, 2021, pp. 220-221). Y no nos engañemos, en la ponderación, a la hora de verificar si concurren o no los subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad (necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto), se esconde el quid de la respuesta a si procedería, aún con reforma legislativa, la adopción de la vacunación obligatoria en el caso de la covid-19.

En efecto, los derechos y libertades tienen límites y la salud pública conforma uno de esos límites, pero ¿dónde está el equilibrio? La respuesta, sin duda, la hallamos a través del principio de proporcionalidad y su aplicación real o práctica.

Ciertamente, el interés colectivo que se perseguiría con la vacunación de carácter obligatorio sería trata de razonar que la finalidad de la vacunación masiva (y obligatoria) es la búsqueda de la denominada «inmunidad de rebaño», lo que conlleva trascender de medidas individuales e implementar obligaciones generales o *erga omnes*. Empero, si tenemos en cuenta la explicación de Cierco Seira (2018, pp. 81-82), reseñada al final del epígrafe anterior, se infiere que esa inmunidad de rebaño no se puede garantizar. Ello nos conduce necesariamente a preguntarnos qué ocurre entonces con aquellas personas que expresen su objeción de conciencia y no quieran vacunarse (los denominados mediáticamente como «negacionistas» o simplemente aquellas personas que temen los eventuales efectos secun-

darios o personas con determinadas creencias religiosas)<sup>44</sup> ¿Se adoptaría aquí una postura paternalista desde el Estado?<sup>45</sup> De hacerlo, correríamos el riesgo de caer en el error de

que se haga de la vacunación pública un asunto rutinario en el peor de los sentidos, esto es, que se administre por mera práctica y de forma automática sin prestar atención a su profunda significación (4.1) y, al mismo tiempo, a las circunstancias individuales de cada caso (4.2) (Cierco Seira, 2018 p. 115).

Se podría partir de la premisa referida por De Montalvo Jääskeläinen (2014, p. 18) relativa a que «la decisión del paciente que, con fundamento en su autonomía de voluntad pone en peligro su salud con menoscabo del sistema público de asistencia sanitaria no puede

<sup>44</sup> El célebre actor español José Sacristán declaró públicamente, en relación con quienes él apoda como antivacunas: «No me cabe en la cabeza estos estúpidos, estos necios que asesinan, que matan, que no se quieren vacunar, que la gente está muriendo». <https://www.elmundo.es/f5/comparte/2021/12/02/61a87622e4d4d87e2f8b45c7.html>. Al margen de la libertad de expresión y sus límites (lo que no corresponde como objeto de estudio en el presente trabajo), a nuestro parecer, con la retransmisión de este tipo de ideas y comentarios por parte de personas con cierta celebridad o repercusión social se cae en el grave error de fomentar una suerte de violencia que se concretaría en discriminación y odio hacia personas no vacunadas, atentando así a la postre contra la paz social y obviando, además, de forma evidente, la coexistencia de derechos, los límites del ejercicio de los mismos y las exigencias que derivan del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad (comentadas en el presente trabajo).

<sup>45</sup> Siguiendo a Seoane (2008), podemos señalar que «la actitud paternalista consiste en decidir por y sobre el otro sin el otro o sin tomar en consideración al otro» (p. 79). Si nos centramos en el ámbito sanitario, «el paternalismo equivale en la relación clínica a que el paciente, al igual que un niño menor de edad, es incapaz de distinguir lo beneficioso o perjudicial para él, y se ve obligado a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando el juicio del profesional asistencial acerca de cómo debe ser feliz». (p. 80).

Existen determinadas situaciones en relación a las cuales las actuaciones paternalistas se consideran justificadas, destacando, por ejemplo, la forma en la que el Estado obliga a los ciudadanos, con la finalidad de proteger su vida e integridad física, a llevar el cinturón de seguridad cuando viajan en automóvil bajo la advertencia o coacción de que si no lo hacen, podrán ser sancionados mediante la imposición de una multa, o el caso de efectuar una transfusión de sangre a un paciente cuando está en estado de inconsciencia y su vida corre peligro, aunque se haya negado a que se le realice dicha intervención o, sin ir más lejos, el referido suministro de alimentación forzosa a los presos en huelga de hambre previa solicitud de la oportuna autorización judicial, que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (Alemany, 2011). *Vid.* también aquí las SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio, y 11/1991, de 17 de enero, relativas a la huelga de hambre emprendida por unos reclusos del grupo terrorista Grapo, amén del AAN de 25 de enero de 2007, atinente a la huelga de hambre realizada por el terrorista De Juana Chaos. En estas resoluciones se amparan prácticas consistentes en intervenciones médicas coactivas, a pesar del rechazo de los propios pacientes. Se justifica como medida excepcional, autorizada mediante resolución judicial motivada, la alimentación forzosa o coercitiva de estos sujetos, tomando en consideración esencialmente la tutela que debe prestar a los mismos, en su calidad de individuos, al considerar que la Administración penitenciaria debe velar por la protección de los bienes jurídicos de los reclusos, especialmente, su salud y su vida, estimando que tales bienes jurídicos o valores han de colocarse por encima de la autonomía de la voluntad de la persona afectada por la medida (Seuba Torreblanca, 2011, p. 462; Jerónimo Sánchez-Beato y Martín Vida, 2002, pp. 169-171).

ser indiferente para el Estado social». Pero ¿quién rehúsa vacunarse por la covid-19 pone en riesgo la salud o el sistema público?

Por el momento, parece que no se podría considerar que los individuos que rechazan la vacunación supongan una amenaza o un peligro directo para la salud pública. Existen otros medios preventivos (uso de mascarillas, distancia social, higiene, uso de hidroalcohol, etc.) que vienen utilizándose desde el inicio de la pandemia y que han resultado eficaces, motivo por el cual entraría aquí en escena el subprincipio de necesidad o subsidiariedad (cuyos postulados, a nuestro entender, no concurren). La vacunación no es el único método apto para evitar contagios ni frenar la crisis sanitaria, y además no resulta infalible<sup>46</sup>. Los datos e información disponibles revelan que personas vacunadas contraen igualmente la enfermedad y la contagian (y en algunos casos la padecen también con síntomas graves)<sup>47</sup>. Se han constatado contagios de personas vacunadas y de contactos estrechos con personas vacunadas, especialmente con la variante ómicron<sup>48</sup>. Incluso, recientemente, se ha acordado que las personas no vacunadas ya tampoco tendrán que guardar cuarentena obligatoria cuando sean contacto estrecho de un positivo en covid<sup>49</sup>. Todas estas circunstancias nos conducen, por extensión, a colegir que tampoco se pueden considerar cumplidos (estrictamente) los requisitos de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Si considerásemos aplicable la máxima de proceder a la vacunación obligatoria como técnica o medida de prevención para combatir los contagios o propagación de la covid-19, ello podría extrapolarse (al menos indirectamente) a barajar también la posibilidad de implementar medidas predictivas o preventivas con respecto a otras enfermedades de mayor incidencia poblacional, tasa de mortalidad y generación de secuelas que suponen una de las principales causas de discapacidades y situaciones de dependencia, como ictus, infartos de miocardio o cáncer<sup>50</sup>, estableciendo por ejemplo la obligatoriedad/coerción de

<sup>46</sup> Las vacunas no son 100 % efectivas.

<sup>47</sup> Y parece que las estadísticas de muertes por covid no ayudan tampoco a sostener la obligatoriedad de la vacuna por razones de preservación de la salud pública, habida cuenta de la existencia e incidencia de otras patologías como causas de muerte acuciantes. Así, a título ejemplificativo y a pequeña escala, destacan los datos de Orense, donde se han difundido estadísticas, a través del diario provincial *La Región*, que arrojan que durante el año 2021 fallecieron 1.147 orensanos por cáncer, mientras que los muertos por covid fueron siete veces menos en comparativa, esto es, 158 personas. También a modo ilustrativo y a escala nacional, según el INE, en el 2020, el 24,3 % de los fallecimientos fueron debidos a patologías del sistema circulatorio y el 22,8 % a tumores, mientras que las enfermedades infecciosas, entre las que se incluyen la covid-19 identificado y la covid-19 sospechosa (sin confirmar), supusieron la tercera causa de muerte (16,4 % del total).

<sup>48</sup> <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/effectiveness/why-measure-effectiveness/breakthrough-cases.html>. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59863523>

<sup>49</sup> Vid. al respecto la noticia publicada en <https://cadenaser.com/2022/03/05/las-personas-no-vacunadas-no-tendran-que-guardar-cuarentena-obligatoria-cuando-sean-contacto-estrecho-de-un-positivo-en-covid/>

<sup>50</sup> Acerca del ictus, vid. la información contenida en <https://www.sen.es/saladeprensa/pdf/Link223.pdf> y <https://ictusfederacion.es/infoictus/codigo-ictus/>

someterse a test/cribados genéticos (especialmente ligados a esta última enfermedad de carácter multifactorial) mediante la reforma, entre otras normas, de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica<sup>51</sup>.

En efecto, las enfermedades citadas no son de carácter epidemiológico<sup>52</sup>, pero sí representan una cuestión de interés general, por cuanto suponen un importante riesgo para la población en general y, consiguientemente, para el Estado y la sociedad, además de un gasto de recursos para el sistema sanitario. En este sentido, debe aclararse que el concepto epidemia guarda relación con la propagación y el contagio de la enfermedad, pero no lleva implícita *per se* la nota de gravedad. Efectivamente existen enfermedades graves y muy graves, por su incidencia poblacional, la tasa de mortalidad que revisten y las secuelas que provocan, que no tienen la característica de conformar una epidemia.

La vacunación no deja de ser una actuación sanitaria preventiva y si considerásemos su obligatoriedad, *mutatis mutandis*, podría llegar a plantearse también la obligatoriedad de otras actuaciones preventivas, como, por ejemplo, el sometimiento por colectivos de población a prueba de ADN (*screenings* poblacionales) orientadas a la investigación, predicción y prevención de enfermedades endogámicas de importante incidencia, como es, verbigracia, el caso de la variante autóctona de cáncer de mama hereditario existente en Galicia, una vez detectado el perfil de potenciales personas afectadas por una concreta predisposición genética a desarrollar una particular enfermedad.

Del mismo modo, no podemos obviar que se están realizando recopilaciones de datos para confeccionar estadísticas acerca de la situación de los distintos perfiles poblacionales

---

Sobre el infarto de miocardio, *vid.* las consideraciones plasmadas en <https://www.revespcardiol.org/en/incidencia-diez-anos-infarto-miocardio-articulo-13127845>

Una síntesis concerniente a la situación del cáncer en España (análisis en relación con el año 2020) puede consultarse en <https://criscancer.org/es/cancerespana2020/>

Destacan también los siguientes datos difundidos en relación con la provincia de Orense en el diario *La Región*: «El observatorio de AECC muestra que Ourense es la segunda provincia española con la tasa de incidencia más alta. La entidad calcula la tasa en 858 casos por 100.000 habitantes, solo superada por los 873 de Zamora». <https://www.laregion.es/articulo/ourense/cancer-mato-veces-mas-que-covid-2021/202202042250371103891.html>. En la misma noticia se indica que «en 2019, Ourense superó a Zamora en este listado y desde entonces contabiliza en torno a 1.150 muertes anuales. Esto supone que tres personas mueren cada día por culpa del cáncer».

<sup>51</sup> Acerca de la importancia de la práctica de pruebas de ADN en relación con enfermedades cardiovasculares y otro tipo de patologías, como aquellas degenerativas del sistema nervioso (parkinson, alzhéimer), mentales (epilepsia, trastornos psicóticos, etc.) o, inclusive, enfermedades infecciosas o metabólicas, *vid.* Abellán García-Sánchez (2009, p. 200) y Millán Núñez-Cortés (2004, pp. 200-204).

<sup>52</sup> Entendiendo por epidemia «enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas», según la acepción recogida en el Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/epidemia?m=form>. Debe matizarse que una de las particularidades de la covid, como epidemia, es su propagación global, a escala mundial y no limitada a un país.

en relación a la covid-19, incluyendo número de personas que han recibido la vacuna, número de personas que no han acudido a la cita/llamada de vacunación, etc. ¿Cómo y para qué se está utilizando esta información? ¿Y cómo y para qué podría utilizarse en caso de convertirse la vacuna en obligatoria? Es decir, ¿podría llegar a confeccionarse un registro obligatorio de personas vacunadas o sin vacunar? ¿Con qué finalidad? ¿Controlando, por seguridad y salud pública, la movilidad a lo largo y ancho del país o la salida al extranjero?

A título comparativo, podemos dirigir nuestra mirada al supuesto del registro obligatorio de portadores de VIH, enfermedad que representa no solo una cuestión de salud pública, sino que puede catalogarse como epidemiológica, a pesar de los avances alcanzados en los últimos tiempos. Dicho registro ha sido objeto de estudio por parte de Garriga Domínguez (2011), quien explica que

la finalidad que justifica la existencia de un registro obligatorio de portadores de VIH, según las normas que le dan cobertura legal es aportar información a la administración sanitaria sobre la incidencia y evolución de los nuevos diagnósticos de infección por VIH, para conocer los factores que la determinan y definir estrategias de prevención. También para la realización de estadísticas periódicas y para contribuir a la investigación científico-médica. Asimismo, para la realización de estudios epidemiológicos para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria (p. 197).

Asimismo, esta autora matiza que

la información epidemiológica debe servir para detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional, así como para difundir la información a sus niveles operativos competentes (p. 197).

Todas estas ideas podrían, *a priori* y según cómo evolucione en el futuro próximo la covid-19, trasladarse potencialmente al tratamiento sociopolítico y jurídico de este virus, pero por el momento no podemos ignorar que, como bien precisa la citada autora,

el interés de la salud pública no justificaría las pruebas o la inscripción del VIH con carácter obligatorio, salvo en casos muy concretos: donaciones de sangre, órganos o tejidos en los que no se analiza a la persona sino al producto humano antes de utilizarlo en otra persona (Garriga Domínguez, 2011, p. 204).

De manera similar y, a nuestro juicio, el interés de la salud pública en caso de prevención de la propagación de la covid no justificaría la implementación de la vacunación obligatoria. Para poder justificar tal actuación, tendríamos que hallarnos ante un virus de otras caracte-

rísticas e incidencia (más grave) y ante una vacunación que garantice la inmunidad y la irrelevancia de efectos secundarios, recordando lo ya advertido por Cierco Seira (2018, pp. 81-82).

Como otra suerte de comparanza y en conexión indirecta con el tema que nos atañe, podemos acudir a De Miguel Beriain (2012, p. 61), autor que se pregunta «si el derecho a la autonomía debe amparar también otras conductas sumamente insolidarias». Su planteamiento hace alusión en concreto «a aquellos casos en los que una persona se niega a cooperar en una investigación biomédica de gran importancia para la sociedad en la que vive amparándose en su derecho a la autonomía»<sup>53</sup>. A su entender, la solidaridad es un parámetro a tomar en consideración a la hora de llevar a cabo la ponderación de los intereses individuales de una persona y aquellos ligados al bien común y al interés general en el desarrollo de la investigación científica.

De Miguel Beriain (2012, p. 62), para ilustrar su idea y mucho antes de saber ni poder vacunar lo que sucedería con la covid-19, menos de una década después de haber realizado su trabajo, de forma tímida y poco concluyente, tomaba como base un supuesto hipotético basado en que en un futuro próximo se produjese una epidemia (refiriéndose particularmente a la gripe aviar)<sup>54</sup>, que se propagase con una gran rapidez y provocase la muerte de miles de personas, sucediendo además que una de las personas contagiadas lograse superar la enfermedad sin dificultad y sin consecuencias.

Lógicamente, para los profesionales de la salud que estuviesen trabajando en combatir dicha epidemia sería de enorme utilidad científica analizar la estructura del genoma de esa persona, puesto que estaría dotada de un sistema inmunológico más eficiente que el de otra persona, al menos para combatir esta concreta enfermedad, de forma que una vez analizadas sus muestras biológicas en laboratorio, las mismas podrían servir para diseñar y desarrollar un remedio o vacuna que contribuyese a luchar contra la epidemia o incluso a curar a las personas afectadas por la misma. Pero se plantea el autor como problema la negativa de la persona a facilitar voluntariamente sus muestras biológicas por diversos motivos, por miedo a que se pueda hacer algún extraño experimento con las mismas, porque no quiere difundir información acerca de su salud o configuración biológica o, inclusive, porque cree que puede llegar a recibir una importante suma de dinero de dicha información.

---

<sup>53</sup> Disertaba también Cavoukian (1995, pp. 67-69), sin concluir nada en firme, sobre la posibilidad de que en determinados supuestos en relación con los cuales exista un interés relevante para la sociedad (por ejemplo, la obtención de un beneficio para la salud de determinadas poblaciones, como aquellas que resultan proclives a padecer la enfermedad de Tay-Sachs o la talasemia) se pudiera llegar a establecer la obligación jurídica de que una persona se someta a la realización de pruebas genéticas. Venía a entender esta autora que la clave aquí pasaría por dilucidar cómo hallar el correcto equilibrio entre los derechos del individuo en particular (autonomía, intimidad y autodeterminación informativa) y los derechos de la sociedad, tarea que es harto compleja.

<sup>54</sup> Que podría asimilarse, *mutatis mutandis*, a la covid-19.

La investigación biomédica, que, en este caso, perseguiría un fin claro de salud pública, se vería claramente truncada y ya no parecería tan desorbitado plantearse aquí la posibilidad de obligar a este sujeto a prestar su consentimiento o a proceder a la toma de su muestra biológica sin consultarse o contra su voluntad, es decir, por medio de la utilización de medidas coactivas, entendiéndose que se cumplirían las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, por cuanto a la postre se estaría sacrificando la autonomía personal del individuo y su derecho a la intimidad genética en favor de un bien común, esto es, la salud y la vida de miles de personas.

Somos conscientes de que este ejemplo pudiera parecer extraído de ciencia ficción, si bien todo semeja producto del cine hasta que ocurre de manera efectiva. De hecho, aunque nada está más lejos de nuestra intención que adivinar el futuro, teniendo en cuenta factores tales como la superpoblación humana, la fabricación de armas biológicas, los avances en el campo de la ciencia y la tecnología, así como los riesgos y peligros que los mismos suscitan y que son desconocidos para la población común y la experiencia que estamos viviendo con la covid-19, no sería de extrañar que en un futuro y –quizás no tan lejano– se produjese algún tipo de amenaza sanitaria (que implique una importante tasa de mortalidad o gravedad de secuelas), en relación a la cual pudiera resultar necesario que una o varias personas facilitasen sus muestras biológicas para la fabricación de vacunas o fármacos destinados a combatir la enfermedad en cuestión, para lo cual podría ponerse sobre la mesa la posibilidad de obligar a esas personas a que se sometiesen a la extracción de las muestras biológicas, teniendo en cuenta que lo que se encontraría aquí en juego sería la salud pública, y entendemos que la vida de un gran número de ciudadanos.

Podría aquí llevarse a efecto, *mutatis mutandis*, un razonamiento semejante al que, sobre la base de los principios de legalidad y proporcionalidad, avala la práctica de pruebas de ADN –incluso de modo coactivo– en el seno de las investigaciones criminales y los procesos penales, por cuanto se considera que existe un conflicto entre intereses individuales (los derechos fundamentales del sujeto pasivo en cuestión) y colectivos (particularmente, relativos al interés público en la persecución delictiva, el ejercicio del *ius puniendi* y la realización de la justicia), concluyéndose tras la pertinente ponderación que deben primar los segundos (Álvarez Buján, 2018, pp. 119-390). Si la imposición de pruebas de ADN de forma coactiva llegase a implementarse, debería hacerse siempre empleando medidas proporcionadas y dispensando la debida información acerca de la utilización tanto de las muestras biológicas como de la información genética obtenida a partir de las mismas<sup>55</sup>.

Centrándonos de nuevo en la covid-19, es claro que todo lo que gira en torno a este virus se presentó como un imprevisto para los Gobiernos de toda índole y ámbito y, en efecto, la coyuntura de la pandemia (su origen y tratamiento en todos los sentidos) guarda

---

<sup>55</sup> Resultan de singular interés las reflexiones plasmadas en De Miguel Beriain (2012, pp. 61-62) y, especialmente, lo expuesto en la nota a pie de página núm. 35.

relación con los avances científicos y tecnológicos (digitales). Nos encontramos ante nuevas circunstancias que no estaban (y siguen sin estar en su mayoría) previstas en el texto constitucional y en el conjunto del ordenamiento.

Con todo, siguiendo *mutatis mutandis* a Díaz Revorio (2009, p. 115), no podemos perder de vista que, aun cuando lo ideal sería que la declaración de derechos de la Constitución se adecuase a las circunstancias (científicas, tecnológicas, digitales, etc.) de la nueva era en la que nos hallamos y, por consiguiente, concretase más los valores aplicables, la respuesta a los retos surgidos puede obtenerse a partir de la interpretación y desarrollo de los valores comprendidos en nuestra Carta Magna, en las declaraciones internacionales y en el patrimonio constitucional común. Tal y como explicita el citado autor,

en definitiva el germen de las respuestas que deben darse a los retos y problemas que en tiempos recientes plantean los avances científicos y tecnológicos puede encontrarse en los valores constitucionales fundamentales (dignidad, vida, libertad, igualdad), aunque los mismos deben ser desarrollados para establecer las soluciones de forma más específica (Díaz Revorio, 2009, p. 115).

Al margen de todo lo anterior y retomando la idea de la responsabilidad patrimonial, explica Cierco Seira (2018, p. 124) que

está fuera de orden exigir al servicio público de vacunación una información comprensiva de efectos adversos o reacciones remotas o de carácter impredecible: «Es bastante –por usar las palabras del Tribunal Supremo– con que en el acto de la inoculación del virus se advierta verbalmente a la persona que lo recibe de aquellas consecuencias leves que pueden presentarse y que desaparecerán en breve tiempo y se indiquen los medios para paliar sus efectos»<sup>56</sup>.

Y claro, ello nos lleva precisamente a preguntarnos lo siguiente: ¿cómo se aplicaría esta doctrina a una vacuna (contra la covid-19) de supuesta reciente creación, cuyos efectos todavía no se ha tenido tiempo de ser estudiados y analizados, especialmente atendiendo a patologías previas que puedan tener los pacientes. En caso de consecuencias adversas en la salud, integridad o vida de las personas vacunadas, ¿no podría exigirse responsabilidad patrimonial? Es decir, ¿se entendería que no hay responsabilidad porque cuando se acude a las citas de vacunación, antes de administrar la vacuna al paciente, se le explican de forma genérica los efectos secundarios leves que se pueden sufrir (como dolor de cabeza, fiebre o febrícula, dolor o inflamación del brazo, etc.) y los medios para paliar los mismos (verbigracia, la ingesta de paracetamol)? La respuesta a esta última cuestión sería objeto de otro trabajo de investigación, habida cuenta de los límites de contenido y extensión previstos para el presente.

<sup>56</sup> Este autor hace cita de la STS de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 6878/2010, FD 5.º.

## 5. A modo de reflexión final

El debate en torno a la posibilidad de imponer la vacunación obligatoria y su base o fundamentación jurídica no son cuestiones baladíes o menores<sup>57</sup>. La covid-19 es una realidad que parece haber llegado para quedarse, dejando a su paso cambios sociales permanentes. Se trata de un virus que, al igual que otros muchos, como sucede con la gripe, muta, motivo por el cual, entre otros, es de suponer que se realizarán próximas y periódicas campañas de vacunación de cara a la prevención de nuevas o distintas cepas.

Aunque desconocemos qué ocurrirá en el futuro próximo, no sería improbable que en nuestro ordenamiento jurídico se aprobasen (al menos de manera paulatina) reformas que permitan, entre otras medidas, la imposición de la vacunación obligatoria para casos de pandemia<sup>58</sup>, y ello quizás no tanto con la aplicación de vis física (en cuyo caso habría que analizar quién podría ejercitar la misma y de qué modo, esto es, con qué medidas), sino más bien con una suerte de coerción jurídica o indirecta, que se basaría en determinadas prohibiciones o limitaciones de derechos y libertades, como, por ejemplo, la restricción de libre circulación (tanto a nivel nacional –entre comunidades autónomas– como internacional) de aquellos ciudadanos que no se hayan vacunado (sin causa de salud justificada)<sup>59</sup>.

Por los motivos *ut supra* expuestos, lo cierto es que podría llegar a sostenerse y hallarse el encaje constitucional para avalar la vacunación obligatoria (con diversas consecuencias derivadas de la negativa a vacunarse), si bien, a tal efecto, a nuestro juicio, no cabe duda de que sería necesario reformar el panorama legislativo (en los términos ya indicados en este trabajo), al estimar que la normativa actual no avala la vacunación obligatoria/coercitiva. Ahora bien, entendemos que esa reforma que eventualmente pudiera implementarse,

<sup>57</sup> Si dirigimos la mirada a los países de nuestra contorno, podemos observar que en algunos de ellos, y más en particular en Italia, Estados Unidos o Francia, se han emprendido medidas para tratar de instaurar la vacunación obligatoria en lo que respecta a determinados ámbitos, especialmente el laboral y el sanitario, que son dos (sino los principales) de los de mayor trascendencia social. Información al respecto puede consultarse en: <https://elpais.com/sociedad/2021-09-16/italia-se-convierte-en-el-primer-pais-occidental-en-imponer-la-vacunacion-a-todos-los-trabajadores.html>

<https://www.france24.com/es/francia/20210914-francia-vacunacion-obligatoria-sanitarios-protestas>

<https://www.europapress.es/internacional/noticia-suspendidos-3000-sanitarios-entrada-vigor-vacunacion-obligatoria-francia-20210916134914.html>

[https://www.eldiario.es/internacional/biden-ordena-vacunacion-mayoria-empleados-ee-uu\\_1\\_8288888.html](https://www.eldiario.es/internacional/biden-ordena-vacunacion-mayoria-empleados-ee-uu_1_8288888.html)

<sup>58</sup> Con la finalidad de estar «preparados» para futuras y eventuales pandemias al margen de la covid-19.

<sup>59</sup> En relación con este extremo, Cierco Seira (2018, p. 96) matiza que «la efectividad de la vacunación obligatoria no se hace descansar sin más en la amenaza de la coacción forzosa y el empleo postrero de la fuerza física llegado el caso, sino en la disuasión asociada a otro tipo de repercusiones». De este autor se hace eco también Blanquer Criado (2021, p. 209).

con la que no concordamos habida cuenta de los peligros y riesgos (léase discriminaciones, vulneración del derecho a la protección de datos, etc.) que podría conllevar, pero que serviría para dar cumplimiento a las exigencias del principio de legalidad (requisito *sine qua non* para imponer de manera lícita y válida la vacunación obligatoria), debería observar y exigir también el estricto cumplimiento, en el caso concreto, de los presupuestos del principio de proporcionalidad entendido en toda su amplitud, esto es, con los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, en los términos arriba expuestos<sup>60</sup>.

## Referencias bibliográficas

- Abellán-García Sánchez, F. (2009). Los análisis genéticos dentro de la ley de investigación biomédica. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 11, 22-42.
- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Edersa.
- Aleman, M. (2011). El paternalismo médico. En M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Tirant lo Blanch, 745-788.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31(91), 11-29.
- Álvarez Buján, M. V. (2018). *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*. Tirant lo Blanch.
- Álvarez Buján, M. V. (2021). A propósito del Estado de alarma decretado en España por causa del COVID-19: el olvido del principio de proporcionalidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, 209-248.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blanquer Criado, D. V. (2021). La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19). Tirant lo Blanch.
- Boix, A. (2020). La alternativa al estado de alarma no es el caos. *Valencia Plaza*. (Entrevista realizada por Rafa Lupión). <https://>

<sup>60</sup> A título comparativo, hemos de reseñar que Blanquer Criado (2021, p. 200-201) hace mención a algunas inactividades administrativas, esto es, casos en que se omitió un programa de vacunación obligatoria aun cuando existían importantes indicios para determinar la imposición de esa medida de salud pública con una finalidad preventiva. No obstante, si acudimos a una de las sentencias que cita en este contexto, la STS de 14 de febrero de 2012 (rec. de casación 6424/2010), podemos constatar como ni siquiera en los años 1966 y 1967, en pleno régimen franquista, se instauró la vacunación obligatoria contra el virus de la poliomielitis (era voluntaria). Si bien quizás aquí lo que ocurrió fue una falta de implementación de recursos públicos para que la vacunación llegase a todos los estratos de la población y a todos los lugares del país. Y curiosamente esa STS de 14 de febrero de 2012 viene a razonar que al no existir un protocolo de vacunación obligatoria no se puede achacar la omisión de no haber vacunado a la recurrente en casación, que a los 11 meses de edad contrajo poliomielitis y quedó con graves secuelas, como un funcionamiento anormal de la Administración.

- [valenciaplaza.com/andres-boix-la-alternativa-al-estado-de-alarma-no-es-el-caos](https://valenciaplaza.com/andres-boix-la-alternativa-al-estado-de-alarma-no-es-el-caos)
- Cavoukian, A. (1995). La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a «no saber». *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, 2, 55-69.
- Cierco Seira, C. (2018). *Vacunación, libertades individuales y Derecho público. Ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Cierco Seira, C. (2021). La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19. *Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/14/la-pandemia-y-la-vacunacion-ii-algunas-reflexiones-sobre-el-certificado-verde-digital-y-la-vacunacion-contra-la-covid-19-cesar-cierco-seira/>
- Cobrerros Mendazona, E. (1988). *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*. Instituto Vasco de Administración Pública (HAEE-IVAP).
- Cobrerros Mendazona, E. (1996). La voluntariedad y los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca. *Revista Vasca de Administración Pública*, 44, 345-346. <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/t59auEjemplares/page>
- Cotino Hueso, L. (2021). La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas. *Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/07/la-pandemia-y-la-vacunacion-i-estrategia-y-obligatoriedad-de-la-vacunacion-covid-19-constitucionalidad-y-comunidades-autonomas-lorenzo-cotino-hueso>
- Crespo Barquero, P. (2021). La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 54, 45-103. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/Publicacion/1285055508526/Redaccion>
- Díaz Revorio, F. J. (2009). *Los derechos humanos ante los avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Tirant lo Blanch.
- Domingo Pérez, T. (2007). Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad. *Persona y Derecho*, 56, 245-280.
- Espín López, I. (2018). Estado de alarma en el sistema constitucional español: espacio aéreo. *Revista Acta Judicial*, 2, 115-131.
- Garriga Domínguez, A. (2011). El registro obligatorio de los portadores del VIH. En A. Garriga Domínguez, S. Álvarez González (Dirs.), *Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores de VIH* (pp. 181-206). Dykinson.
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso Penal*. Colex.
- González López, J. J. (2016). Análisis de la admisibilidad constitucional de la vacunación obligatoria de menores. *Derecho y Salud*, 26, 160-168.
- Jerónimo Sánchez-Beato, E. y Martín Vida, M. A. (2002). *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*. Grupo Editorial Universitario.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martín Ayala, M. (2014). Vacunación infantil. *Derecho y Salud*, 24, 169-178.

- Miguel Beriain, I. de (2012). El derecho a la investigación biomédica. Intereses en conflicto. En R. Junquera de Estéfani y J. de la Torre Díaz (Ed.), *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Dykinson, Universidad Pontificia de Comillas.
- Millán Núñez-Cortés, J. (2004). Las pruebas genéticas en la clínica. Fundamentos y aplicaciones. En J. Masiá Clavel y J. Masiá Clavel (Eds.), *Pruebas genéticas. Genética, Derecho y Ética*. Universidad Pontificia Comillas, Desclée de Brouwer.
- Montalvo Jääskeläinen, F. de (2014). El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado? El caso concreto de la política de vacunación. *Derecho y Salud*, 24, núm. extraordinario XXIII congreso, 14-27.
- Olmo, L. del (2021). La vacunación Covid en Galicia, obligatoria desde el sábado 27 de febrero. *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/galicia/vacunacion-covid-galicia-obligatoria-sabado-27-de-febrero-7477>
- Perelló Doménech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia*, 28, 69-75.
- Piña, R. (2021). El Gobierno lleva al Constitucional la ley gallega que abre la puerta a la vacunación obligatoria contra el coronavirus. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/espana/2021/03/30/606325ddfc6c8309198b45f5.html>
- Prieto Sanchís, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. Carbonell Sánchez, (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (pp. 213-236). Trotta.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 283-309.
- Rius, M. (2021). ¿Nos pueden obligar a vacunarnos de la covid? *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20210117/6183238/obligar-vacunar-covid.html>
- Seoane, J. A. (2008). La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas. *Derecho y Salud*, 16, extra 1, XVI Congreso «Derecho y Salud», 79-86.
- Seuba Torreblanca, J. C. (2011). Rechazo de tratamientos médicos. En M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (pp. 459-492). Tirant lo Blanch.
- Teruel Lozano, G. M. (2020). El revestimiento jurídico de la «desescalada» ¿Estado de alarma? *Hay Derecho. Expansión*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/05/el-revestimiento-juridico-de-la-desescalada-estado-de-alarma/>

**María Victoria Álvarez Buján** es doctora en Derecho por la Universidad de Vigo, habiendo impartido docencia durante su etapa predoctoral. Se licenció en la misma Universidad en 2013, donde también cursó el Máster en Abogacía (2013-2015). Actualmente ejerce la abogacía y es profesora contratada doctora en la Universidad Internacional de La Rioja. Cuenta con diversas publicaciones, así como intervenciones en congresos y jornadas. Ha realizado estancias de investigación en Portugal e Italia. En 2017 obtuvo el I Premio «Manuel Olivencia». <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>