



«Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

La necesidad de reforzar la prevención frente al riesgo de contagio de COVID-19 en los lugares de trabajo no solo ha creado más obligaciones a cargo de las empresas, también les ha dado más poderes de organización y control sobre cuestiones laborales y personales propias de sus personas empleadas. La Ley 2/2021, de 29 de marzo, mantiene, para después de terminado el estado de alarma, y mientras no se supere definitivamente la pandemia de coronavirus, medidas específicas para la prevención y protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y de las personas clientes. Sin embargo, no afecta a otras cuestiones actuales que deben recibir un tratamiento adecuado, como sería el impacto del inminente certificado digital verde («pasaporte de vacunación») y los riesgos de discriminación y desprotección de datos que lleva asociados, o la espinosa cuestión de la vacunación obligatoria a personas empleadas en contacto directo con clientes. Sin embargo, países como Italia, así como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abren la vía a la introducción de la vacuna obligatoria, solo en ciertos casos. Este estudio hace un análisis de la ley y de la doctrina jurisprudencial más reciente sobre estos temas.

Palabras clave: salud laboral; gestión de riesgos laborales; COVID-19; certificado digital verde; vacunación obligatoria.

Fecha de entrada: 26-04-2021 / Fecha de aceptación: 26-04-2021

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 89-110.



«New law» on protection against the risk of COVID-19 in the workplace: more company power, but no news of compulsory vaccination.

(Regarding Law 2/2021, of 29 March, on urgent prevention, containment and coordination measures to deal with the health crisis caused by COVID-19)

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The need to strengthen prevention against the risk of contagion of COVID-19 in the workplace has created more obligations for companies. At the same time, this exceptional situation has given employers more powers of organization and control over labor and personal matters (health data) specific to their employees. Law 2/2021, of March 29, maintains, after the end of the state of alarm, and until the end of the coronavirus pandemic, specific measures for the prevention and protection of the safety and health of workers and clients. The law is born something «old», because it does not address current issues that should receive adequate treatment. This would be the case of issues such as the impact of the imminent green digital certificate («vaccination passport») and the risks of discrimination and lack of protection of data associated with it, or the thorny issue of mandatory vaccination of people employed in direct contact with customers. However, countries such as Italy, as well as the European Court of Human Rights, itself open the way to the introduction of the mandatory vaccine, only in certain cases. This study makes an analysis of the law and the most recent jurisprudential doctrine on these issues.

Keywords: occupational health; occupational risk management; COVID-19; green digital certificate; mandatory vaccination.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «New law» on protection against the risk of COVID-19 in the workplace: more company power, but no news of compulsory vaccination. (Regarding Law 2/2021, of 29 March, on urgent prevention, containment and coordination measures to deal with the health crisis caused by COVID-19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 89-110.



Sumario

1. Introducción: del «abuso» de las «leyes de urgencia» a la insustancialidad de las «leyes ordinarias» que las transcriben
2. Las medidas de protección frente al riesgo de contagio en los centros de trabajo: ¿salud laboral o prevención de riesgos laborales?
3. Llamada a mejoras institucionales y profesionales de futuro, incluido un «estrambote»: más recursos, también para la ciencia de mañana
4. Los especiales deberes comunicativos en aras de la eficacia y eficiencia del control «público» de la epidemia: ¿protección de datos personales versus «certificado digital verde»?
5. La gran cuestión sociosanitaria orillada por la UE y en (casi) todos sus Estados: ¿vacunación obligatoria o voluntaria?
 - 5.1. La excepción del caso italiano: el reconocimiento legislativo y judicial de la legitimidad de la vacunación obligatoria para ciertas profesiones
 - 5.2. La conciencia social del tiempo de aplicación de las normas y la opinión pública como presupuestos para una ley de vacunación obligatoria: un dispar panorama europeo
 - 5.3. ¿La vacunación obligatoria, en un estado de razonable certeza científica, como un deber de civismo social y un principio de civilización jurídica?: el favor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Referencias bibliográficas

Leonor de Aquitania: Ahora pienso en que «solo sé seguir». Que la vida no va a ponerse más fácil, solo podemos optar por ser más fuertes. Y prefiero pensar que siempre, todos los días, vamos a vivir el penúltimo día de la guerra.

E. García Sáenz de Urturi (*Aquitania*)

1. Introducción: del «abuso» de las «leyes de urgencia» a la insustancialidad de las «leyes ordinarias» que las transcriben

En el actual contexto de incertidumbre y convulsión sistémicas, uno de los principales reproches que se puede hacer al Poder Legislativo es que no haya aprovechado la –trágica– experiencia de la pandemia actual para ofrecer un marco normativo más adecuado de protección eficaz de la seguridad y la salud de las personas, no tan dependiente de dilatar hasta el extremo la solución excepcional prevista en la Constitución española (CE). La finalización del estado de alarma no implica la superación de la crisis sanitaria, del mismo modo que los progresos en la vacunación no acaban con la multitud de incertidumbres que envuelven esta pandemia. La experiencia está mostrando que la lucha más eficaz contra este tipo de pandemias, en aras de la salud, conlleva limitaciones de variados derechos y libertades fundamentales individuales (movilidad, protección de datos, prohibición de discriminación...), generando notables conflictos, potenciales o reales, y que, por lo augurado, no desaparecerán con el tiempo de pos-COVID-19.

Pese a lo indudable de este escenario conflictual y de retos reguladores inexorables, incluso estando ya claro que el conflicto entre salud y economía es falso, porque esta depende de aquella (los países que mejor han controlado la pandemia, o de inicio, por la reducción del número de contagios –China–, o después, por el progreso de la vacunación –Estados Unidos, Israel–, son los que tienen mejores situaciones y expectativas de crecimiento), el Gobierno y, con él, el Poder Legislativo siguen renuentes a emprender ese proceso más que adaptativo de cambio y transformación. De ahí que, incluso cuando deciden convertir precedentes «leyes de urgencia» específicamente dirigidas a organizar y tutelar la salud pública frente al riesgo de contagio en «leyes ordinarias», se limitan a reiterar medidas precedentes, o a establecer compromisos de futuro asociados a un reforzamiento notable del sistema sanitario, en recursos de personal y materiales, que emerge como de

larga data («largo me lo fais»). Por lo que las cuestiones más relevantes siguen en espera, también de una normativa comunitaria (por ejemplo, «pasaporte COVID-19»). Sería el caso de la [Ley 2/2021, de 29 de marzo](#), de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El preámbulo nos cuenta que la ley obedece a la responsabilidad de los poderes públicos en el cumplimiento de su deber constitucional de protección eficaz de la salud pública, tanto en su dimensión preventiva como asistencial ([art. 43.2 CE](#)). Asimismo, insiste en la imprevisibilidad de la evolución de la pandemia, por su naturaleza y por el incierto estado de conocimiento científico sobre la misma, recordando que así ha sido asumido por el Tribunal Constitucional (TC) ([Auto 40/2020, de 30 de abril](#), FJ 4.º). La referencia no es casual, por cuanto parece justificar el que no se vaya hacia una regulación más precisa y completa, porque, siendo cambiante el estado del arte de la ciencia en esta materia (formas de contagio, propagación del virus; incluso, podríamos añadir, si bien este tema tan espinoso no se toca, los efectos de la vacunación, tiempo de inmunización, etc.), la incertidumbre acentuada que se deriva impediría, o haría difícil, ponderar las soluciones más eficaces desde «parámetros jurídicos». En consecuencia, conscientes de que el fin del estado de alarma y las medidas a él asociadas no ponen punto final al problema, más bien solo abren una nueva etapa en la acción preventiva, prefieren continuidad de las precedentes, así como mantener la apariencia de «coordinación estatal» de las intervenciones autonómicas.

En suma, el tránsito de las leyes de autoridad gubernativa (Real Decreto-Ley [-RDL- 21/2020, de 9 de junio](#)) a las de soberanía legislativa nos ofrece poco «gozo», también en términos de mayor certidumbre para problemas notables aplicativos, anclados en el «pozo» de la mera continuidad, con escasas novedades a reseñar. Las enmiendas asumidas fueron pocas, siempre de los grupos parlamentarios del Gobierno de coalición. Además, de alcance más programático que normativo.

La ley no es completamente ajena a la necesidad de realizar modificaciones puntuales de la legislación sanitaria, pero, además de puntuales, tiende a quedarse en el marco de la pura coordinación, de modo que se garantice «a futuro la articulación de una respuesta eficaz y coordinada de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis». De ahí, la llamada a las típicas «actuaciones coordinadas en salud pública» (técnica de la planificación anticipatoria para el futuro), con las no menos recurrentes medidas de programación estratégica y planificación operativa (planes de acción) en relación con próximas emergencias sanitarias. Si bien todo pasa por muchos más recursos, tanto del Estado como de las comunidades autónomas –también en espera de los fondos comunitarios–, así como por reformas autonómicas.

Sin embargo, respecto de cuestiones importantes para este tiempo nuevo en la gestión pandémica, determinadas cuestiones son orilladas, pese a su conflictividad, que también tendrá consecuencias en el ámbito laboral, el que aquí interesará, como desarrollaremos. Así, por ejemplo, del mismo modo que se ha venido eludiendo afrontar la tensión entre el

marco normativo de protección de datos personales y las prácticas, también de las empresas, de acceso a datos especialmente sensibles en aras de la mayor eficacia de la política preventiva (controles de contagio –PCR–, controles de temperatura –datos biométricos–), ahora se adoptaría análoga «política de avestruz» con la cuestión de la vacunación obligatoria. Sin embargo, el problema ya ha surgido no solo por la regulación específica establecida, cierto para determinados profesionales, los sanitarios, en países vecinos (Italia), sino por la decisión legislativa de alguna comunidad de dar «obligatoriedad jurídica» a este «deber de civismo social». Es el caso de la [Ley de salud de Galicia, suspendida por el TC](#) (el Gobierno ha planteado conflicto de competencias), en la parte que prevé medidas de control de las personas enfermas por COVID-19 (aislamiento en domicilio o centro hospitalario, así como la posibilidad de obligar a la ciudadanía a vacunarse).

En cambio, nuestro Gobierno es de los más «militantes» en la defensa del «pasaporte de vacunación», el denominado técnicamente «[certificado verde digital](#)» (como explicaba al inicio de este número, en el [editorial](#), ahora todo tiende a llevar esa doble «fórmula mágica», que todo parece lo arreglará, como si tuviese poderes taumatúrgicos –digital y verde–; también relegada queda la tercera, «inclusivo»). La razón es evidente: ayudaría a «salvar el turismo de verano». Una ambiciosa misión que interesa especialmente a España –también a Italia y Grecia– por la mayor dependencia de nuestra economía de aquella «industria».

Sin embargo, [la Organización Mundial de la Salud \(OMS\) se opone firmemente a este tipo de instrumentos](#), por los efectos discriminatorios que pueden generar, precisamente por sus efectos excluyentes y de mayor desigualdad social que tendrían asociados, si no directamente, sí de manera indirecta. Al respecto, una cuestión central en esta crítica es que ni todas las personas ni todos los países tienen el mismo acceso a las vacunas, siendo aún muy escasas. También dentro del entramado institucional de la Unión Europea (UE) se llama la atención del peligro que hay de vulneración de derechos fundamentales (protección de datos, intimidad, no discriminación) en un instrumento de este tipo, que contendrá información especialmente sensible (vacunación/análisis/recuperación). Así lo evidencian los órganos encargados de vigilar que tales vulneraciones no se produzcan, como el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y el [Supervisor Europeo de Protección de Datos \(SEPD\)](#). La imprevisibilidad que domina todo este escenario también se proyectaría en derivas descontroladas, pero más que posibles, de riesgos para los derechos fundamentales de la ciudadanía ([González Cobaleda, 2021](#)).

En realidad, tampoco es nuevo. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) alertó del riesgo de prácticas de contratación laboral que requerían, a las personas candidatas, certificado de su inmunización. Aunque la AEPD fue más posibilista y valoró la legitimidad de estas prácticas relativas a la exigencia de un «pasaporte de inmunidad», si se certifican los usos de buena gestión y el acceso a tal información se realiza por personal garante del cumplimiento de las finalidades relacionadas con políticas públicas para el control de la pandemia, en línea con el artículo 9.2 del [Reglamento general de protección de datos](#) y la legitimación que reconoce para la protección de un interés público esencial. Sin

embargo, no faltan quienes incluso advierten, desde sectores críticos más radicales, de la [posibilidad real de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\) termine anulando la normativa europea a tal fin.](#)

Que el actual escenario jurídico (no solo económico, social y político, incluso cultural) es extremadamente conflictivo no parece dudoso. Pero ¿tiene que ver con la gestión del trabajo en las empresas si estamos ante una cuestión de salud pública, no tanto de salud laboral, menos incluso de gestión de riesgos laborales? Sin duda, [como ya tuvimos ocasión de poner de relieve al analizar la «ley de urgencia»](#) en su día.

De un lado, ya el [preámbulo](#) recuerda que, «aun tratándose de medidas de salud pública, la eficacia de las mismas y la garantía de su cumplimiento aconseja habilitar» (mantener la otorgada) al funcionariado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y personal técnico habilitado autonómico para vigilar el cumplimiento de las obligaciones higiénicas en los centros, de protección de las personas trabajadoras y de adaptación de las condiciones de trabajo, la organización de los turnos o la ordenación de los puestos y el uso de las zonas comunes. Precisamente, se fijó un tipo infractor específico y autónomo que contiene la conducta empresarial consistente en incumplir las obligaciones fijadas en el [artículo 7.1 a\), b\), c\) y d\) de la Ley 2/2021](#), que se califica como infracción grave ([art. 31.5](#)). La graduación y las cuantías de las sanciones a imponer se remiten a las infracciones graves de prevención de riesgos laborales¹.

De otro, y en estrecha conexión con esta última observación legislativa, hay que destacar la proliferación de decisiones judiciales que, sobre esta perspectiva de gestión de prevención de riesgos laborales, pese a tratarse de proteger un interés de salud pública prevalente (aunque su vertiente económica es manifiesta), habilitan a la empresa a novaciones relevantes de condiciones de trabajo (horarios, turnos), como expusimos en el [análisis monográfico de las doctrinas judiciales relativas a la COVID-19](#). En otros términos, no se trataría de modificaciones sustanciales de trabajo ex [artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) (una síntesis de doctrina jurisprudencial reciente en torno a las novaciones no consideradas como sustanciales en la Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– 354/2021, de 26 de marzo](#) –novación unilateral de un sistema de incentivos retributivos no considerada sustancial ex [art. 41 ET](#)–). Por lo tanto, la excepcional situación pandémica reforzaría los poderes empresariales, si su razón de ser es la garantía de la seguridad y salud frente al contagio de COVID-19 (de personas trabajadoras y clientes), por lo que muta en *ius variandi* normal lo que, fuera de la pandemia, sería extraordinario, urgido de consulta-negociación (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ– de Galicia de 2 de diciembre de 2020, rec. 22/2020](#)).

¹ El régimen es el propio de la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) y del [Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo](#), según el [artículo 31.5 de la Ley 2/2021](#).

Finalmente, por no dilatar más este momento introductorio (no querría repetir ese vicio de técnica legislativa tan recurrente en estos tiempos de pandemia, según el cual los preámbulos de las leyes de urgencia, y ahora de las «leyes ordinarias» de emulación o transcripción, tienden a ser más largos que el cuerpo normativo), conviene también evidenciar que no es puramente especulativa la llamada a la precaución en el acceso de las empresas a ciertas informaciones de índole sanitaria. Hace pocas semanas conocíamos la [sanción de la ITSS a una empresa riojana](#) por despedir (sin duda, de forma discriminatoria) a 4 personas trabajadoras por dar positivo en una prueba masiva de PCR a toda la plantilla (53). Aquí la infracción social es muy grave.

Para más inri, la empresa las dio de baja con efecto retroactivo de 3 días, por lo que no solo se las privó de la retribución correspondiente, sino del acceso a las prestaciones previstas por incapacidad temporal.

2. Las medidas de protección frente al riesgo de contagio en los centros de trabajo: ¿salud laboral o prevención de riesgos laborales?

Con un horizonte genérico de promoción institucional del deber general de protección cautelar frente al riesgo de contagio a cargo de toda la población ([art. 4](#)), tratando de mantener una cierta tensión frente al problema, que no ha desaparecido, solo ha reducido su gravedad, la ley reproduce, en lo sustancial, las medidas de prevención-protección contempladas en la «ley excepcional» de la que trae causa, como se advertía. La ley se estructura en 7 capítulos, 31 artículos, 7 disposiciones adicionales, 1 disposición derogatoria, 8 disposiciones finales y un anexo. Como se sabe, la norma busca adaptar las medidas de prevención y protección frente al riesgo de contagio por COVID-19 en atención a las singularidades de cada entorno (centros sanitarios, centros docentes, servicios sociales, comercios, hoteles, etc.).

En el plano de la interacción entre normas de salud pública y de seguridad y salud laborales, así como normas laborales propiamente dichas, el artículo más relevante sigue siendo numerado como el [7](#), incluido en el [capítulo II](#) (arts. 6 a 16). Reproduciendo literalmente lo que se preveía en la normativa excepcional de origen, combina el mantenimiento de ciertas medidas de prevención e higiene (letras a) y b), incluido el uso obligatorio de mascarillas –[art. 6](#), medida sobre la que hay polémica respecto de los lugares de uso– con otras estrictamente laborales u organizativas: medidas de prevención en el entorno de trabajo (ordenación de puestos y turnos para evitar aglomeraciones –letras c) y d)–, si bien respecto de las distancias de seguridad ya no se precisa el 1,5 metros). En relación con el uso de las mascarillas, habrá que verificar la inocuidad de su uso, en la medida en que, [conforme se alerta, las fabricadas con ciertos materiales, como el grafeno, pueden generar otros riesgos biológicos](#) (afección pulmonar), por lo que se ha ordenado, en virtud del

principio jurídico de precaución, su retirada, a partir de una [alerta de las autoridades sanitarias](#). Aunque no existe aún evidencia científica completa, el referido principio de precaución requiere de la máxima cautela. Genera una nueva obligación empresarial para que un EPI no mute en factor de riesgo.

Por supuesto, este tipo de cautelas no están en la «nueva ley», que prefiere repetirse. Por reiterar, sin adaptarse al nuevo tiempo, hasta se mantiene inalterada la previsión de retorno progresivo o gradual al «trabajo presencial», así como la meliflua llamada a «la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible» (letra e). Hemos de entender que se trata ya de una llamada a la «normalización» del teletrabajo en los términos de la nueva regulación ([RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#)), y no de la excepcional por pandemia. No cabría, en modo alguno, acudir a la vía del [artículo 41 del ET](#) para su imposición ([STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre](#)), dado el carácter voluntario para ambas partes (aunque sea un derecho subjetivo si las razones son las de conciliación de la vida laboral y familiar).

Naturalmente, la adopción de esta forma organizativa no justificará modificaciones sustanciales unilaterales si no tienen que ver directamente con la protección de la seguridad y salud frente al riesgo de contagio. Así lo reitera la Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) [44/2021, de 18 de marzo](#) (en línea con la, [en su día comentada, SAN 114/2020, de 4 de noviembre](#)). En ella se considera no acreditada la causa que permita la supresión del cheque-comida ni la jornada continuada de 8 horas (en contra de lo previsto convencionalmente) impuesta unilateralmente por una empresa que ha implantado el teletrabajo por la COVID-19, dado el perjuicio creado: suprime el tiempo de descanso y, a su vez, se les quita una parte del salario con la supresión del cheque-comida.

No obstante, esta interacción entre las normas de salud pública y las normas laborales, mutando aquellas en normas de garantía ex [artículo 1 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL), a pesar de la incertidumbre e, incluso, confusión (la citada habilitación expresa al funcionariado inspector y técnico era inherente, a mi juicio, a esta integración, no se necesitaba ni concreción ni dotarla de una vis temporal), es uno de los aspectos más conflictivos. Como confirma la citada [STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2020 \(rec. 22/2020\)](#), la ley exige «conjugar la obligación de adoptar las medidas impuestas por la normativa del estado de alarma con la normativa de prevención de riesgos laborales en la que se exige al empresario una diligencia máxima [...]». En consecuencia, remitiendo al precedente de la [STSJ de Madrid 688/2020, de 25 de junio](#) (se produce en el seno del mismo grupo empresarial, Inditex, aunque en tiendas diferentes, Stradivarius en su caso, Zara en la de Madrid), asume que la obligación legal impuesta a las empresas de garantizar la efectividad de la seguridad y salud de las personas trabajadoras frente a la COVID-19, en buena parte también respecto de las clientes (de interés para esta integración del entorno laboral y el social en la prevención frente a riesgos industriales –aquí uso de amianto–, la [STS, Sala de lo Civil, 141/2021, de 15 de marzo](#)), hace que las facultades de novación extraordinarias, paradójicamente, en el estado actual de pandemia, excepcional, muten en «ordinarias». Por tanto, refuerza el [artículo 20](#) en detrimento del [artículo 41](#), ambos del ET.

En la misma dirección, para otras empresas de interés, la [STSJ de Madrid 600/2020, de 23 de julio](#) (Actren, Mantenimiento Ferroviario, SA)². De este modo, ni la ausencia de acuerdo (en el caso de Inditex se firmó luego un acuerdo para materias concretas ex [art. 83.3 ET](#) a tal fin) se puede entender ilegal, ni siquiera la falta de negociación en sentido estricto, si bien la consulta debería exigirse no solo por el deber de buena fe empresarial, sino de los imperativos de la LPRL, o al menos la información colectiva previa si media urgencia acreditada, ni el eventual efecto sacrificial que genera tal protección de la salud en otros derechos laborales carecería de causa justificativa distinta al interés económico empresarial (las medidas se dirigen a minimizar la magnitud de los riesgos tanto para personas empleadas como clientes) y es proporcionado (carácter temporal). En suma, las medidas vienen condicionadas, aunque no predeterminadas de una forma exhaustiva, por las instrucciones y recomendaciones de la autoridad sanitaria, de acuerdo con las órdenes ministeriales vigentes para el «plan de desescalada» (control de aforo, limitación de metros cuadrados y otras restricciones). Condiciones ajenas, pues, al [artículo 41 del ET](#).

Finalmente, alguna mención de actualidad merece, no porque lo prevea la ley, sino por las derivas que se han ido produciendo en la práctica, la previsión legal relativa a las obligaciones de las personas trabajadoras en relación con la diligencia en la prevención del contagio. En este sentido, el [artículo 7.2 de la Ley 2/2021](#) reitera el deber (prohibición) de no acudir al centro de trabajo si se tienen síntomas o se ha tenido contacto estrecho con personas contagiadas, permaneciendo en una estricta cuarentena (cuyo periodo total es cada vez más problemático y confuso, siendo, en todo caso, considerado como situación asimilada al accidente de trabajo). Por su parte, su [artículo 7.3](#) carga sobre las personas trabajadoras análogo deber de diligencia preventiva, exigiendo una comunicación temporal y útil a los servicios sanitarios públicos, o al servicio de prevención de riesgos laborales de su empresa, si siente síntomas compatibles con la enfermedad durante el trabajo. Su incumplimiento abre la potestad disciplinaria, nunca por dar positivo, siendo nulas, al vulnerar la prohibición de discriminación, con lo que el despido será, como ya se dijo, nulo, incluyendo una indemnización adicional disuasoria ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), no ya solo improcedente, aunque, según también se analizó en el [análisis monográfico realizado en marzo](#), hay discrepancias judiciales.

Ninguna previsión se hace respecto de la vacunación, la cuestión que hoy centra la atención y el interés. Y ello bajo diversas y opuestas perspectivas. Lo vemos de inmediato.

No sin antes advertir que, con todo, sigue siendo llamativo que continúen las condenas a determinados centros de trabajo, aquellos que deberían dar ejemplo de protección, como son los sanitarios, no ya por carecer de un sistema de protección de la seguridad y salud

² En este mismo sentido, si bien las razones en este caso serían más de protección del empleo que de la salud de las personas empleadas afectadas por la novación de condiciones de trabajo (horario, turno y jornada, incluso salario, así como centro de trabajo), *vid.* SSTSJ de Asturias [1951/2020, de 10 de noviembre](#), y [2088/2020, de 24 de noviembre](#).

en el trabajo eficaz antes de la pandemia y durante su transcurso, sino, incluso, de presente y para el futuro más inmediato. Y ello en relación con el riesgo biológico de contagio, sin duda, pero también en relación con la considerada ya como «pandemia oculta» y la «gran olvidada» –desde luego en la ley de referencia–, la propia de la huella psicosocial que se registra en los/las profesionales con mayor protagonismo en la lucha contra la pandemia. Todo ello puede constatarse en la muy bien razonada [STSJ de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#). En ella se condena a la Comunidad de Madrid a efectuar de forma inmediata un plan de prevención de riesgos laborales con la valoración de los puestos de trabajo del personal de atención primaria y pediatría, evaluación de riesgos de los mismos y determinación de la carga de trabajo fijando los cupos, número máximo de pacientes a atender por jornada de trabajo y tiempo mínimo de dedicación a cada uno (también atendiendo a la gestión de riesgos psicosociales³), así como al establecimiento de una plantilla acorde con ello y a la cobertura de las vacantes existentes en la misma.

3. Llamada a mejoras institucionales y profesionales de futuro, incluido un «estrambote»: más recursos, también para la ciencia de mañana

Justamente, esta última precisión judicial nos lleva a otro aspecto de la [Ley 2/2021](#). Ya se advirtió de que el mayor interés de la ley estaba en lo que anunciaba para el futuro, pero con un carácter programático, no normativo, y condicionado tanto a poner más recursos financieros, como a reforzar las plantillas de profesionales del sistema sanitario, que también requiere de muchos más recursos económicos, así como de decisiones de múltiples niveles. El [capítulo VI](#), artículos 28 a 30, dispone una serie de medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario en materia de recursos humanos, planes de contingencia y obligaciones de información. En cambio, sí que tiene contenido normativo la nueva [disposición adicional sexta](#), auténtico «estrambote», típico de las «leyes de urgencia», sobre las reglas aplicables a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratado en el Sistema Nacional de Salud y en el marco del [Plan de Choque para la Ciencia y la Innovación](#), presentado el 9 de julio de 2020 (ya en el [RDL 11/2020, de 31 de marzo](#))⁴.

Por supuesto, sus previsiones son minimalistas y no afronta, tampoco aquí, los notables problemas de fondo evidenciados en el «[Pacto por la Ciencia](#)». En última instancia, se

³ En línea con las Sentencias del TJUE (SSTJUE) de 9 de marzo de 2021, asuntos [C-344/19](#) y [C-580/19](#).

⁴ Los costes laborales y sociales derivados de dicha prórroga serán financiados con cargo a los presupuestos del órgano, organismo o entidad convocante del Ministerio de Ciencia e Innovación y del Ministerio de Universidades, en las mismas condiciones económicas que la convocatoria a la que responden.

trata de ofrecer una mayor seguridad, cierto en un contexto notablemente incierto, e inestable, en el que se asiste –también aquí– a una profunda contradicción: la calidad del sistema, no solo sanitario, sino de vida, hasta de la economía, pasa por más ciencia e industria que pueda desarrollar sus hallazgos, en cambio, quienes deben hacer la ciencia viven en una extrema temporalidad y en incertidumbre continua. Las diferencias con la [disposición adicional decimotercera del RDL 11/2020](#) son las siguientes (un análisis muy ilustrativo en [Rojo Torrecilla, 2021a](#)):

- Frente a la prórroga prevista de 1 año, ahora se prevé solo de 5 meses.
- La eventual prórroga se concreta en aquellos contratos que tengan prevista su finalización «entre el día 2 de abril de 2021 y el día 1 de abril de 2023».
- Se mantiene la posibilidad de superar, en virtud de esta prórroga singular⁵, el límite de duración máxima que se establece en la [Ley 14/2011](#) (Ley de la ciencia). También para el programa de doctorado en relación con contratos predoctorales.

Ahora bien, se precisa, y aquí está la principal y más conflictiva previsión, que en ningún caso (la técnica no es afortunada, porque utiliza la formulación positiva junto con la negativa: «en todo caso, no dará [...]») la prórroga dará lugar a la adquisición de la naturaleza fija de los correspondientes contratos laborales sujetos a la misma por parte del personal contratado. Aunque discutible, parece adecuada, a fin de no mutar en estructural lo coyuntural. Se evidencian con la máxima claridad las cautelas de la ley para evitar la estabilización indebida a causa de las muy frecuentes, en exceso, irregularidades en la contratación. Una cláusula que, como bien se ha apuntado por la doctrina científica más atenta, «generará un buen debate, inicialmente doctrinal y sin duda en algún momento posterior de carácter práctico ante juzgados y tribunales» ([Rojo Torrecilla, 2021a](#)).

Sin duda se trata de un problema más amplio y que exigirá de una profunda reforma legal. Es evidente que los tribunales han alcanzado su máximo de agotamiento y no pueden dar una solución adecuada, alimentando la conflictividad y la incertidumbre la enorme disparidad de posiciones interpretativas. Como mero ejemplo reciente, merece reseña la [STS 96/2021, de 26 de enero](#), que rechaza la declaración de fijeza declarada por abuso en la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2019 (rec. 4/2018), en relación con 228 personas trabajadoras interinas de la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares (organismo público institucional, pero con personalidad jurídica privada) (sobre la misma, [Beltrán de Heredia Ruiz, 2021](#)).

⁵ Debe precisarse que no es posible acumular prórrogas excepcionales, excluyendo acumular la prevista en la [disposición adicional decimotercera del RDL 11/2020, de 31 de marzo](#).

4. Los especiales deberes comunicativos en aras de la eficacia y eficiencia del control «público» de la epidemia: ¿protección de datos personales versus «certificado digital verde»?

Otro de los ámbitos relevantes, y más problemáticos de lo que el tenor de las normas refleja, que tira de «las generales de la ley» para eludirlos, es el relativo a la potenciación de los deberes comunicativos (de información y transparencia), en aras de un control más eficaz de la pandemia. Se recoge en el [capítulo V](#), artículos 22 a 27, que prevé medidas para la detección precoz de la enfermedad y el control de las fuentes de infección y vigilancia epidemiológica. Por supuesto, la regulación no es ajena a la citada alta tensión entre la eficacia en la prevención y los límites derivados de la protección de datos personales (panproteccionismo de datos versus colonización de datos personales). De este modo, se señala de manera específica que la COVID-19, enfermedad producida por la infección por el virus SARS-CoV-2, es una enfermedad de declaración obligatoria urgente, calificación que en la práctica ya tenía por ser un subtipo de la familia SARS (síndrome respiratorio agudo grave), y estar prevista en los anexos [I.48](#) y [II.1.B](#) del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre (crea la red nacional de vigilancia epidemiológica).

En este mismo escenario, igualmente se da continuidad a una serie de obligaciones de tratamiento de información de los datos de relevancia epidemiológica y sanitaria que sean pertinentes, siempre –se insiste en la cláusula general cautelar, pero sin ofrecer más precisión– salvaguardando los derechos de protección de datos personales, como complemento al sistema de vigilancia individualizada de los casos de COVID-19. No se avanza más. Pero la actualidad está marcada por otras dimensiones de esta cuestión que se muestran muy conflictivas.

De forma general, se advierte, en un estudio de la empresa de ciberseguridad Varonis, de los crecientes riesgos de la fuga de datos, un problema no restringido a la industria de la salud, pero en la que alcanza especial relevancia e incidencia. En este sentido, el informe «[2021 Data Risk Report: Healthcare, Pharmaceutical & Biotech](#)» subraya la importancia de la seguridad de los datos a medida que las organizaciones gestionan las brechas de seguridad creadas por el trabajo remoto y la migración a la nube (1 de cada 5 archivos está abierto a todas las personas que se emplean en los sistemas de salud). Los datos se compilan mediante el [análisis de datos de 3.000 millones de archivos en 58 organizaciones](#) y examinan el estado de la seguridad de los datos en entornos locales, en la nube e híbridos para organizaciones de atención médica, incluidos hospitales, empresas de biotecnología y farmacéuticas.

En este preocupante escenario, emerge la gran cuestión del «pasaporte verde sanitario», futuro certificado de vacunación o de inmunización de las personas que vivan y se desplacen en el seno de la UE, también de las que procedan de terceros países y circulen en el

interior de la UE. Dado que se trata de un marco de regulación comunitario uniforme, vía reglamento de la UE, pero futuro, previsto para el mes de junio (el Parlamento Europeo ha aceptado su tramitación urgente), no nos detendremos aquí en su análisis, dejándolo para el momento en que se convierta en norma publicada. Sin embargo, sí conviene recordar las críticas que ha recibido desde múltiples sectores, también en el seno de la [gestión institucional comunitaria especializada para la protección de datos personales](#).

Es el caso del CEPD (organismo europeo independiente que vela por la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la UE y promueve la cooperación entre las autoridades de protección de datos de la UE integradas en él) y el SEPD, institución de garantía para que las instituciones comunitarias cumplan con las obligaciones de protección de datos personales. Ambas instituciones han emitido un dictamen conjunto –a petición de la Comisión– en el que piden que se restrinja su uso, temporal como en los derechos que otorgará su posesión. Ambos organismos temen que se convierta *de facto* en una condición para buena parte de la vida social y laboral, desde el acceso a centros comerciales y lugares de ocio a la posibilidad de obtener un empleo, pese a ser un «certificado de estado –negativo– COVID-19», no un «pasaporte de vacunación» propiamente.

Además, CEPD y SEPD consideran excesiva la discrecionalidad que el proyecto de reglamento sobre el certificado (gratuito, bilingüe y con código de barras –QR–) otorga a la Comisión para prolongar su uso y extenderlo. La Comisión asegura que es temporal, «morirá» con la pandemia. El certificado verde digital (que podrá expedirse también en papel, si bien debe incluir código de barras para que pueda ser verificado electrónicamente y en cualquier país de la UE) permitirá recoger tres tipos de verificaciones: vacunación, resultado de un test (PCR negativa) o haber superado la COVID-19. En todo caso, el reglamento futuro no bastará por sí solo para el funcionamiento transfronterizo del certificado, que requerirá el establecimiento de la infraestructura informática necesaria para que su emisión y lectura sea posible en todos los Estados miembros por igual.

Por su parte, la Comisión de Libertades Civiles apoya su creación, a condición de que no se utilice como presupuesto necesario para ejercer la libre circulación ni desencadene en su aplicación tratos discriminatorios hacia quienes no dispongan del certificado, en especial en el ámbito del trabajo. Así lo «jura o promete» la Comisión Europea, que se afana por convencer –ya vemos que con escaso éxito, incluso en las instituciones que ella misma crea para la defensa de la protección de datos y la prevención de riesgos discriminatorios asociados a usos indebidos de información personal– de que se trata solo de un instrumento de promoción o facilitación (sistema de incentivos) de la libre circulación. La posesión del certificado verde digital de vacunación no es una condición previa o necesaria para su ejercicio, tampoco en lo que concierne al trabajo. Eso sí, el reglamento no impedirá, no predeterminará, los concretos usos estatales del [certificado de vacunación](#). El reglamento se limita a exigir que se reconozcan los mismos derechos a los certificados emitidos a nivel nacional que a los expedidos por las autoridades de otros países de la UE.

Finalmente, tampoco establece ni una obligación ni un derecho a la vacunación. Sin embargo, la OMS no «se fía» de las pretensiones de este instrumento comunitario, por lo que lo considera prematuro. Y algunos países, como Alemania o Francia, han acogido la propuesta con reticencias –si bien parece que finalmente la apoyarán– por temor a que se interprete como una forma de obligar a vacunarse en países donde el movimiento antivacunas es pujante. La Comisión ha acelerado el proceso para evitar una diáspora de respuestas europeas o una solución nacional a la carta, dando una imagen de desgobierno comunitario, que es lo real⁶.

5. La gran cuestión sociosanitaria orillada por la UE y en (casi) todos sus Estados: ¿vacunación obligatoria o voluntaria?

5.1. La excepción del caso italiano: el reconocimiento legislativo y judicial de la legitimidad de la vacunación obligatoria para ciertas profesiones

Aunque todas las instituciones comunitarias y estatales en Europa orillen el debate sobre si ha de ser o no obligatoria la vacunación, produciéndose posiciones muy encontradas, a favor (en especial el sector de la medicina) y en contra (en el ámbito jurídico) de su obligatoriedad, lo cierto es que el debate existe. Más aún, arrecia el conflicto entre quienes defienden a ultranza la decisión libre de las personas en general, y trabajadoras en particular (prevalencia de los derechos y libertades fundamentales individuales en juego –intimidad, integridad, libertad de decisión–), y quienes revigorizan los límites a la misma en aras de los deberes cívicos solidarios, en aras de los intereses públicos y sociales (prevalencia de la protección de la salud colectiva). Si bien se trata de una cuestión de la que no escapan los intereses económicos, el centro básico de atención se sitúa en la referida tensión entre qué valor constitucional debe sacrificarse más, si las libertades individuales o el interés de la salud pública.

En este nuevo marco conflictual, Italia (dejamos de lado la referida [decisión legislativa pionera en Galicia](#), y [hoy en suspenso por el TC](#)) ha dado un paso valiente y se ha convertido en el primer país europeo en obligar, por ley, a sus profesionales de la sanidad a vacunarse contra el coronavirus. Así lo ordena el artículo 4 del [Decreto-Ley 44/2021, de 1 de abril](#)⁷. Todo el personal sanitario, del sector público o privado, que esté en contacto con

⁶ Dinamarca, Francia o Estonia planean lanzar sus certificados nacionales de vacunación, tanto para viajar como para la vida cotidiana. La OMS trabaja en un certificado de vacuna global de «[tarjeta amarilla inteligente](#)».

⁷ *Vid.* una síntesis interesante en [Biarella \(2021\)](#).

los/las pacientes –incluido el personal de farmacia– deberá ponerse la vacuna para evitar la COVID-19. De lo contrario, podrán «sufrir» bien una modificación de funciones, incluso aunque implique un puesto de inferior categoría profesional, para que no atiendan de forma directa a personas usuarias, o bien, en defecto de esta posibilidad, una suspensión de empleo y sueldo temporal (hasta que se vacune, hasta que finalice el plan de vacunación nacional y, en todo caso, finales del año 2021). El objetivo es primar la salud pública, garantizando condiciones de seguridad adecuadas en la prestación de cuidados y asistencia de naturaleza sanitaria.

La norma legal prevé un periodo de 10 días en el que las autoridades sanitarias deben solicitar información de los profesionales y las profesionales sobre su situación médica, de modo que comuniquen las razones por las cuales rechazan la vacuna, en la medida en que determinadas personas tienen contraindicada la vacunación, por razones de salud, pudiendo también estar ya inmunizadas por haber pasado la infección. De no existir causa justificada para el rechazo de la vacuna, deberán recibirla, so pena de entrar en la rueda de consecuencias profesionales negativas.

Al respecto, y en relación con la –ya referida más arriba– intensificación de los deberes de comunicación personal, ahora no solo en interés estrictamente público, sino empresarial, muy ilustrativa puede ser la doctrina jurisprudencial fijada en la [STS 289/2021, de 10 de marzo](#). Resuelve de forma firme, confirmando la decisión de instancia, un conflicto colectivo planteado en Renfe, a raíz de la demanda sindical frente a la práctica de la empresa de exigir, a quienes estén obligados de forma rotatoria a conducir vehículos de empresa, que comuniquen las razones personales (incluido el consumo de sustancias psicoactivas) por las cuales se nieguen a tal incorporación, conforme al acuerdo colectivo de empresa que rige estas situaciones. Para el sindicato mayoritario, tratándose de tiempo de no trabajo propiamente ese periodo, no estarían obligadas a manifestar circunstancias de índole personal (por ejemplo, ingesta moderada de alcohol, que no le impide el desarrollo de su trabajo, pero sí la conducción; consumo moderado de cannabis; conducción buena de día, dificultada de noche), por lo tanto, una libre opción individual, del mismo modo que estas actividades serían una opción libremente decidida por la empleadora por razones de su conveniencia económica.

Para la empresa existe un acuerdo de empresa en el que se exige la posesión del permiso de circulación, sin distinguir que se trate de una adscripción obligatoria o voluntaria, al tiempo que se establece un régimen de localización y, en consecuencia, puesta a disposición para la incorporación al equipo una vez llamado. Por lo tanto, regiría una prohibición del consumo, aun moderado, de sustancias psicoactivas que bien pudieran dificultar la conducción, sin que constituya una intromisión ilegítima en la intimidad ex [artículo 18 de la CE](#), al tratarse de un límite razonable derivado de las obligaciones de diligencia y buena fe contractual ([art. 5 a\) ET](#)). La AN y el TS asumen esta posición y refuerzan en tales casos el papel limitador de tales deberes de índole laboral, en interés

empresarial y de seguridad vial, por cuanto se trata de un tiempo de disposición⁸ y respecto de una actividad exigente (como la conducción de vehículos a motor).

En definitiva, la previsión legal italiana favorable a la vacunación obligatoria de cierto sector profesional, no de toda la ciudadanía (entre otras cosas porque no hay vacunas suficientes por el momento), enlazaría con la doctrina jurisprudencial favorable a la obligación de ciertos reconocimientos médicos, cuando están en juego derechos de seguridad y salud de las demás personas que interactúan con las personas trabajadoras (arts. 22 y 25.1, párr. segundo, LPRL; STS 259/2018, de 7 de marzo). Además, contaría con amplio apoyo social (opinión pública), profesional (Federación Nacional de Colegios de Medicina) y sindical. Y ello en la medida en que se valora que una eventual negativa relevante en número de profesionales sanitarios pondría en notable crisis el entero sistema, creando un problema público asistencial.

La norma se considera proporcionada, porque se limita a colectivos específicos y además es temporal. Asimismo, y pese a las críticas por insuficiente, las medidas son ajustadas, dado que no se contempla como condición de ejercicio profesional⁹, como parece que propuso la Federación Nacional de Colegios de Medicina, al considerar que era una obligación deontológica vacunarse antes que una obligación legal («si trabajas, te vacunas, y si no lo haces, te vas a casa»), sino que sus efectos suspensivos, de empleo y sueldo, son en defecto de posibilidad de realizar un puesto sin contacto con las personas pacientes. Finalmente, es interesante reseñar que, pese a la fuerte crítica desde un sector importante de la abogacía, la solución legislativa vino precedida por una decisión judicial favorable a tal naturaleza obligatoria de la vacunación en los colectivos profesionales con mayor contacto directo ciudadano. Así, la interesante [Sentencia del Tribunal de Belluno número 12/2021, de 19 de marzo](#), concluye –en línea con la doctrina judicial española sobre revalorización del poder de dirección en aras de la garantía preventiva– la prevalencia del deber de protección ([art. 2089 CC italiano](#)) sobre los derechos laborales de estos y estas profesionales. La eficacia razonable de la vacunación para frenar los contagios, citando los casos de Israel,

⁸ Sobre la problemática calificadora del tiempo de localización no presencial en el centro de trabajo, *vid.* SSTJUE de 9 de marzo de 2021 (asuntos [C-344/19](#) y [C-580/19](#)). En síntesis, el tiempo de disponibilidad que exija actuación en un determinado arco temporal podría ser calificado como tiempo de trabajo si objetiva y considerablemente afecta de forma significativa a la capacidad para administrar libremente intereses propios. En todo caso, sea o no laboral, debe ser evaluado en el marco del sistema de gestión de los factores de riesgo psicosocial.

⁹ Recuérdese que debe ser un requisito objetivo, no subjetivo (decisión de la empresa en aras de una mejor satisfacción del que presume sería el interés de la clientela), derivado de «la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que se lleva a cabo». *Vid.* las SSTJUE de 14 de marzo de 2017, [asunto C-157/15](#) (Bélgica) y [asunto C-188/15](#) (Francia). Además, deben tenerse en cuenta también las posibilidades de acomodación razonable de su puesto de trabajo, de modo que pueda asignársele un puesto sin contacto directo con la clientela ([Sentencia de la Corte de Casación francesa de 14 de abril de 2021](#); *vid.* un magnífico análisis en [Rojo Torrecilla, 2021b](#)).

Estados Unidos y Reino Unido, evidencia que la permanencia de profesionales sanitarios no vacunados en estos centros se muestra un factor de riesgo que la empleadora está obligada a prevenir de la manera más diligente, incluyendo obligación de vacunar.

Sin embargo, un sector de opinión critica la debilidad de los fundamentos científicos y jurídicos para establecer tal obligatoriedad, incluso en estas condiciones restrictivas. No sería una cuestión de negacionismo jurídico de la eficacia de vacunar a la población, más a sus profesionales en contacto directo con el virus (en España los problemas surgen por lo opuesto, por la demanda de vacunación que es negada por la empresa porque no hay vacunas disponibles), sino de establecer límites ciertos, en el marco del orden constitucional y europeo, a los poderes públicos sobre lo que pueden hacer y lo que no, atendiendo a los hallazgos científicos. El hecho de que la conciencia social mayoritaria sea favorable al modelo de vacunación obligatoria no garantiza la bondad de la ley, en la medida en que el principio jurídico sobre el que se asienta el orden constitucional sería la protección de las minorías frente al poder de las mayorías (dimensión sustantiva del principio democrático). A lo que habría que añadir el límite, también con fundamento constitucional, del consentimiento informado en tales casos, pues nadie mejor que una persona profesional de la sanidad para poder rechazar la vacunación obligatoria en un estado del arte científico-médico sobre la materia todavía insuficiente (Bianchini, 2021).

Finalmente, se critica que el Gobierno también haya introducido una medida que asegura la protección penal del personal que administra las vacunas contra la COVID-19. Muchos/as se habían vuelto reacios a vacunar a la gente después de que varias personas fueran investigadas por la fiscalía por homicidio involuntario tras la muerte de 2 personas en Sicilia poco después de que se les administrara la fórmula de AstraZeneca el mes pasado.

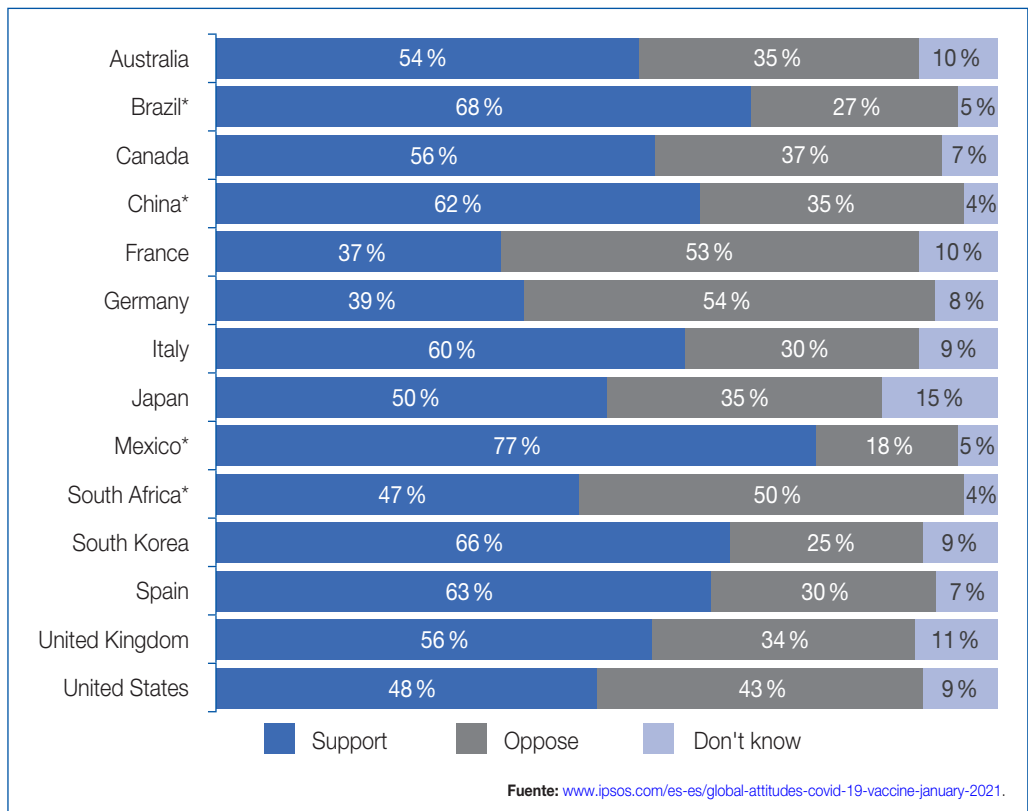
5.2. La conciencia social del tiempo de aplicación de las normas y la opinión pública como presupuestos para una ley de vacunación obligatoria: un dispar panorama europeo

En espera de lo que pueda decir el TC en España, pese a las limitaciones competenciales del conflicto suscitado entre el Gobierno nacional y el gallego, por lo tanto, entre el Parlamento de España y el gallego, parece claro que la opción legislativa por un modelo –voluntario, que es y será el mayoritario– u otro –obligatorio, sin duda minoritario– parte de la constatación de un estado de opinión pública previa. La norma legal en Italia no nació en el vacío. La presión social para el Gobierno surgió al conocerse el contagio de pacientes por personas sanitarias no vacunadas, una absoluta minoría, prácticamente residual. Los/las profesionales de la sanidad vacunados en Italia están en torno al 95 % y sobre el 60 % en el caso del personal que trabaja en residencias de personas ancianas. El rechazo se da en apenas 100, de más de 500.000 profesionales sanitarios.

No obstante, en Italia sí existe un movimiento antivacunas bastante arraigado y en torno al 18 % de la ciudadanía no piensa vacunarse contra la COVID-19, según una encuesta realizada a finales de febrero por la Agenas y la Universidad Santa Ana de Pisa, mientras que otro 17 % está indeciso. Otro sondeo reciente de Demos y Euromedia Research muestra que en torno al 58 % de la población está a favor de que las vacunas sean obligatorias. En cambio, España es el país europeo más a favor de que la vacunación contra la COVID-19 sea obligatoria.

El 80 % de las personas españolas afirman estar dispuestas a vacunarse, 6 de cada 10 de forma inmediata, el porcentaje más elevado después de Reino Unido, aunque, al tiempo, España es el país europeo más preocupado por los posibles efectos secundarios de la vacuna. La obligatoriedad a la hora de vacunarse también ha sido objeto de debate en los últimos meses, una idea apoyada por el 63 % de los españoles y españolas en el caso, mientras que un 30 % se opone a esta propuesta. Se sitúa así [España como el país europeo más a favor de esta medida](#), seguido de Italia (60 %) y Reino Unido (56 %). Los países más opuestos a implementar la obligación de vacunarse a nivel mundial son Alemania (54 %) y Francia (53 %).

Apoyo para que la vacunación contra la COVID-19 sea obligatoria para cualquier persona mayor de 18 años



5.3. ¿La vacunación obligatoria, en un estado de razonable certeza científica, como un deber de civismo social y un principio de civilización jurídica?: el favor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Y en este nuevo territorio de tensiones y conflictos a costa de la pandemia y su control, para salir de las múltiples crisis y tragedias a las que nos está enfrentando, mundialmente, nos encontramos cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), aunque de manera no directa, pero tampoco tangencial, sino referencial, ha lanzado un mensaje potente. Quizás no en el sentido esperado por las posiciones críticas con la vacunación obligatoria, pero es posible que sí sea el toque de atención debida, y necesario, para evitar un exceso de individualismo, e incluso de panproteccionismo liberal (no solo en protección de datos), en detrimento de los debidos elementos colectivos y sociales de ponderación. Por supuesto no afecta, como se decía, ni a la vacunación frente a la COVID-19 ni al ámbito estrictamente laboral, sino en relación con la vacunación de la población infantil.

La [Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 8 de abril de 2021 \(asunto Vavříčka and Others v. the Czech Republic\)](#), afirma que, en ciertos casos y condiciones, la vacunación obligatoria es necesaria en una sociedad democrática. El derecho a la protección de la vida privada (art. 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)) no sería incompatible con la potestad de los Estados de sancionar a los padres y madres que no vacunen a sus hijos/as, así como de la exclusión en tales casos del acceso al centro (en el caso preescolar) mientras se mantenga la negativa. El TEDH parte de un consenso general europeo para lograr el mayor grado posible de cobertura vacunal que, además, respondería a un principio de solidaridad social con las personas y colectivos de mayor vulnerabilidad. De ahí, la legitimidad de asumir «un riesgo mínimo en forma de vacunación» (los efectos secundarios).

Este enfoque obligatorio considera que supera el juicio de proporcionalidad de los límites al derecho individual, porque es una necesidad social urgente de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y para protegerse contra cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación (aquí infantil). Por lo tanto, esta política obligatoria sería consistente también con el interés superior de la persona menor, cuya satisfacción pasa por la inmunización de la mayoría (igual podría afirmarse para personas de edad avanzada). Eso sí, el TEDH pone una doble condición de cautela sanitaria:

- Que se tomen las precauciones necesarias de seguridad de las vacunas en uso.
- La comprobación de posibles contraindicaciones en cada caso individual.

Un tipo de cautelas al que añade las clásicas, las del juicio de proporcionalidad: la sanción no puede ser excesiva, ni repercutir de forma prolongada en la educación infantil. Pero,

en este caso, las consecuencias negativas eran ponderadas (reducidas y temporales –la admisión a la escuela primaria no se ve afectada por el estado de la vacuna–). Bajo estas condiciones, debe dejarse al Estado un razonable margen de apreciación para cumplir con tan legítimos objetivos. Pese a que el fallo no se refiere directamente a las vacunas contra el coronavirus, sí [aparece una referencia a esta situación, traída a colación por Francia](#). Por tanto, podría tener un efecto en el despliegue actual en Europa, particularmente para aquellas personas que se niegan a recibir su dosis, si bien hoy, en realidad, el verdadero problema parece el contrario, la inexistencia de vacunas suficientes para todas las personas que quieren –queremos– ponernos la nuestra –precisamente, algunos colectivos de profesionales ya están judicializando la decisión de no vacunación de las entidades empleadoras ante la falta de vacunas–.

El TEDH abre la vía a la necesidad de ponderar el interés social a la hora de diseñar el programa de vacunación, de modo que las razones individuales no sean ni las únicas a considerar, ni menos las prevalentes, también las razones (derechos e intereses legítimos) de otras personas, que hallan en la alta tasa de vacunación el mejor medio de protección frente a un virus que puede ser mortal. Ya hay certeza suficiente sobre la eficacia de las vacunas para prevenir la transmisión, al tiempo que la hay sobre lo reducido de los efectos secundarios nocivos («daños colaterales individuales»), aunque al respecto no hay igual certeza. Ahora bien, es evidente que el debate no puede producirse de forma idéntica para todas las personas, porque ni todas tienen el mismo nivel de riesgo ni todas tienen, por ello, el mismo nivel de acceso a la vacunación, dada su escasez y selección pública.

Naturalmente, debe haber una relativa certidumbre sobre sus efectos, lo que no puede decirse respecto de ciertas vacunas. Las personas expertas creen que es poco probable que las vacunas contra el coronavirus sean obligatorias ahora, pero podría cambiar la situación con muchas personas reticentes a recibir la dosis por el riesgo a efectos secundarios. A menudo alimentadas por las autoridades sanitarias, que tanto suspenden como impulsan la vacunación con algunas de las vacunas. En fin, es lo incierto –y el reto– del deber de prevenir lo imprevisible.

Y, en cualquier caso, sea obligatoria o no, la ley debería atender a la necesidad de prevenir que sí se ha retribuido el permiso de quienes deben acompañar a personas mayores a la vacunación. Ahora no sucede, al no considerarse deber público ex artículo 37.3 d) del ET, sino solo familiar ([STS 1098/2020, de 9 de diciembre](#)). Otro «olvido» más de las leyes de urgencia y de las leyes ordinarias que no asumen más misión que transcribir aquellas para dar apariencia de que hay vida parlamentaria en este atormentado tiempo de pandemia. Habrá que seguir confiando en un tiempo más proclive para la «épica y la lírica legislativa» de calidad (democrática –y técnica–).

Referencias bibliográficas

- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. (21 de abril de 2021). Superación de pruebas selectivas para personal fijo en sociedad pública sin obtención de plaza y posterior acceso a bolsa de empleo, temporalidad ilícita y fijeza. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/04/21/superacion-de-pruebas-selectivas-para-personal-fijo-en-sociedad-publica-sin-obtencion-de-plaza-y-posterior-acceso-a-bolsa-de-empleo-temporalidad-ilicita-y-fijeza/>.
- Bianchini, Riccardo. (8 de abril de 2021). Covid-19: riflessioni sulla vaccinazione obbligatoria. *Altalex.com*. <https://www.altalex.com/documents/news/2021/04/08/covid-19-riflessioni-sulla-vaccinazione-obbligatoria>.
- Biarella, Laura. (1 de abril de 2021). Coronavirus: le novità per giustizia e sanità. *Altalex.com*. <https://www.altalex.com/documents/news/2021/04/01/coronavirus-le-novita-per-justizia-e-sanita>.
- González Cobaleda, Estefanía. (8 de abril de 2021). ¿Es posible la creación de un nuevo escenario laboral a partir del certificado verde digital? *Blog TransformaW*. <https://www.transformaw.com/blog/es-posible-la-creacion-de-un-nuevo-escenario-laboral-a-partir-del-certificado-verde-digital/>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (30 de marzo de 2021 –2021a–). Covid-19. Del RDL 11/2020 de 9 de junio a la Ley 2/2021 de 29 de marzo. Notas a las (pocas) modificaciones de contenido laboral. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/covid-19-del-rdl-112020-de-9-de-junio.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (20 de abril de 2021 –2021b–). ¿La imagen que pretende dar la empresa a su clientela (femenina) puede prevalecer sobre la libertad religiosa de una trabajadora? Nulidad del despido. Notas a las importantes sentencias del Tribunal Supremo francés de 14 de abril de 2021 y del Tribunal de Apelación de Toulouse de 6 de septiembre de 2019. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2021-04-20T17:42:00%2B02:00&max-results=5>.