

# LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19 Y SUS PRINCIPALES DEBATES JURÍDICOS

César CIERCO SEIRA\*

## Resumen

*La campaña de vacunación contra la COVID-19 representa una excelente oportunidad para profundizar en el estudio de la vacunación en clave jurídica. El marcaje tan estrecho del que viene siendo objeto por parte de los medios de comunicación y de la sociedad en general nos permite comprobar no solo la decisiva contribución de este instrumento, sino también la complejidad de muchas decisiones, incluidas algunas encrucijadas. Al mismo tiempo, han reverdecido algunos debates muy sustanciosos que, en el caso de España, no habían figurado en la agenda de vacunación de las últimas décadas y respecto de los que tampoco contamos con referencias normativas suficientemente expresivas. Se tiene así la impresión de estrenar ciertos dilemas o de encararlos con poca ayuda legal. En todo caso, es mucho lo que está en juego, pensando en la pandemia, por supuesto, pero también en el conjunto de la política de vacunación. El presente estudio pretende aportar al lector un esquema o guion de los dos principales debates, el relativo al acceso a las vacunas y el concerniente a su posible obligatoriedad, con el fin de contribuir a ese estudio de la vacunación desde la perspectiva jurídica.*

## Palabras clave

*Salud pública, COVID-19, acceso a la vacunación, Nudging, vacunación obligatoria.*

## Abstract

*The vaccination campaign against COVID-19 represents an excellent opportunity to improve the study of vaccination from a legal point of view. The narrow tracking that it has been subjected to by the media and society, in general, allows us to verify not only the decisive contribution of this instrument but also the complexity of many decisions, including some crossroads. At the same time, some very substantive debates have reappeared; deba-*

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Lleida. Dirección de correo electrónico de contacto: cesar.cierco@udl.cat.

*tes that, in the case of Spain, had not been considered in the vaccination agenda in recent decades and for which we do not have sufficiently expressive normative references either. Thus, one has the impression of having certain dilemmas or of facing them with little legal help. In any case, the stakes are high, thinking of the pandemic, of course, but also of the vaccination policy as a whole. This study aims to provide an introduction or script of the two main debates, the one related to access to vaccines and the one concerning their possible mandatory nature, in order to contribute to the study of vaccination from a legal perspective.*

### **Keywords**

*Public health, COVID-19, access to vaccines, Nudging, mandatory vaccination.*

SUMARIO: I. El punto de partida: una herramienta fundamental y esperanzadora. II. Una cuestión previa: el encauzamiento de los debates a partir de una estrategia o el empleo de la directriz coordinadora en vez de la norma. III. El debate sobre el acceso a las vacunas. 1. Recordatorio de la doble dimensión preventiva de la vacunación y de las razones de que el poder público desarrolle una política en este orden. 2. Las líneas maestras del acceso a la vacunación contra la COVID-19 trazadas por nuestra Estrategia. 3. La oportunidad de discurrir acerca de la mejora del acceso a la vacunación contra la COVID-19, incluso en clave de atractivo. IV. El debate sobre la obligatoriedad. 1. La preferencia por la recomendación ante la implantación de una vacuna nueva y el amplio margen de maniobra del poder público a la hora de diseñar y de perfeccionar una estrategia de vacunación. 2. Los contrapuntos imperativos basados en una causa de salud colectiva. A. La aplicación puntual de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. B. La restricción de otros derechos fundamentales distintos a la integridad física. El registro de la vacunación contra la COVID-19. C. El condicionamiento de actividades mediante la exigencia del certificado de vacunación. D. Las expresiones imperativas producto de la tutela judicial de la salud individual de personas vulnerables. El caso de los ancianos en residencias sin capacidad de consentir y las negativas de sus representantes o familiares. V. Final. VI. Bibliografía.

## **I. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA HERRAMIENTA FUNDAMENTAL Y ESPERANZADORA**

**N**O me resulta fácil reflexionar sobre la campaña de vacunación contra la COVID-19 y el impacto que ésta tiene o ha de tener previsiblemente en el marco regulador de la vacunación por dos razones elementales. La primera es que la campaña está en marcha y no está siendo precisamente un trayecto plano. Raro es el día que no nos despertamos con algún tipo de noticia al respecto. Es lógico que así sea pues la vacunación representa hoy por hoy la principal baza de que disponemos frente a esta terrible pandemia. En ella se halla depositada nuestra esperanza de retornar a una normalidad sostenible; sostenible desde un punto vista

sanitario, pero también social y económico. De modo que el foco mediático resulta del todo razonable. Ese mismo interés se ha encargado de revelar, por otra parte, que por delante de una campaña de vacunación aguardan muchos retos y una serie larga de contingencias, no digamos ya si, encima, ésta ha de desenvolverse a escala mundial y en condiciones estrictas de emergencia. Estamos asistiendo, en tiempo real, a la retransmisión de una anatomía implacable de las vicisitudes de la vacunación, con todo lo positivo que ello trae consigo y con el bagaje de información, razonamiento y estudio que genera a su alrededor y que, tamizado y reposado, permitirá dar un salto cualitativo en el progreso de la regulación de las vacunas y de la política de vacunación. Sea como fuere, hasta que esa calma llegue, un día preocupan las dificultades en el abastecimiento, otro nos sobrecogemos con la picaresca, saltamos a los efectos adversos raros, al papel de la Unión Europea, a la cohesión –o falta de– de las Administraciones y así siguiendo. Hasta la puntería respecto de lo esencial se ve alterada en ese sube y baja vertiginoso de la trascendencia: tan pronto reconocemos el carácter histórico, de hito, de la campaña que estamos presenciando como bajamos la mirada para ocuparnos de desviaciones impropias y casi caricaturescas. No hay duda de que, si medimos la importancia de un tema por las portadas y los titulares en los medios de comunicación, el de la vacunación se ha erigido en la estrella, máxime teniendo en cuenta la fuerza del reclamo de un asunto que, por su vocación masiva, nos conciernen a todos e impide la indiferencia. Digerir esta avalancha informativa en movimiento complica mucho, de todos modos, la perspectiva del jurista.

Pero hay una segunda razón que dificulta la cavilación jurídica: no contamos con un cuadro regulador de esta campaña de vacunación en grado de facilitar el escrutinio o el contraste, si se quiere, entre lo que está pasando y lo que debería estar pasando, así sea como respuesta ante el torcimiento. Es más, ni siquiera cabe acudir a una supletoriedad a la mano habida cuenta de que tampoco existe un texto legislativo vertebrador o regulador de las cuestiones capitales de la vacunación. El resultado: casi todo parece prestarse a la vacilación. No es que vea en la *lex certa* una suerte de panacea en grado de convertir en bálsamo lo que hoy se nos aparece como un rompecabezas o una amalgama. Tampoco pretendo sugerir que la discusión no convenga –que, desde luego, conviene siempre–. Pero el desfile de interpretaciones y opiniones si algo muestra a las claras es que nuestro ordenamiento jurídico no acierta a trasladar certidumbre y firmeza en la raíz, en la nuez de problemas importantes, lo cual, además de inquietante por la zozobra que traslada a la sociedad, testimonia el descuido del Estado en cuanto al mandato de sentar las bases de toda la materia sanitaria, también, pues, de la vacunación y su empleo ante epidemias. Lo comprobaremos sin falta en seguida: que la campaña se asiente en una Estrategia cuya naturaleza jurídica cuelgue, a su vez, de una figura nueva y de un órgano cuyo régimen de adopción de decisiones lleva décadas en el candelero por no haber sido aclarado el asunto legalmente, contribuye –a mi juicio, innecesariamente– a que hasta el «sustrato legal», por así decir, sea percibido como algo evanescente.

Claro que es bueno que se enfrenten los discursos de juristas sobre las preguntas que salen a nuestro encuentro mientras avanza la campaña de vacunación. Pero me cuesta entender la bondad de tener que hacerlo sin que la raíz de los temas más gruesos pueda ser identificada claramente en una norma. La imagen de que el régimen jurídico de temas tan cruciales como el alcance de la cohesión administrativa

o el marco aplicable a un salto hipotético a la obligatoriedad como canon general está algo así como en el limbo dista de parecerme una cosa estimulante. Porque una de las lecciones que, a mi juicio, dejará esta epidemia grabada en bronce es que la importancia del Derecho crece exponencialmente a medida que se agrava la amenaza y que la gestión de las emergencias de salud pública agradece la seguridad jurídica. Ciertamente, como valor complejo que es, la seguridad jurídica depende de muchos factores, entre ellos, claro está, la calidad de la ley. La ley es de calidad cuanto es clara, es decir, inteligible y fácil de aplicar. Pero también hace falta que sea completa en el sentido de dar respuesta a los problemas esenciales sobre los que se proyecta. Adviértase que no se trata de exigir un ideal superior. Lo sería si se exigiera, sobre la claridad, elegancia y, sobre la completitud, exhaustividad.

\* \* \*

Excusada la limitación de estas reflexiones y relativizado su valor, trataré de que el lector transite por las dos sendas principales de discusión jurídica que viene planteando la campaña de vacunación contra la COVID-19. De una parte, el debate sobre el acceso a las vacunas (epígrafe III). De otra, el concerniente a su obligatoriedad (epígrafe IV). Con carácter previo, no obstante, he de detenerme en una premisa fundamental toda vez que el encauzamiento de la resolución de estos debates se ha llevado a término mediante una fórmula singular, casi creada para la ocasión, como es la aprobación de una Estrategia (epígrafe II).

## II. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL ENCAUZAMIENTO DE LOS DEBATES A PARTIR DE UNA ESTRATEGIA O EL EMPLEO DE LA DIRECTRIZ COORDINADORA EN VEZ DE LA NORMA

La toma de posición ante los principales debates o problemas jurídicos torno a la vacunación contra la COVID-19 se ha materializado en España mediante la aprobación de un documento que lleva por título «Estrategia de vacunación COVID-19 en España» –en adelante, simplificaré la cita hablando de la «Estrategia»– (1).

Pensando en su misión y contenido, el título se antoja sin duda apropiado. Y es que, en efecto, a la hora de diseñar una campaña de vacunación hace falta introducir en la ecuación un gran número de variables (2). Precisamente por eso no es

---

(1) La Estrategia, así como las sucesivas actualizaciones, pueden consultarse en [mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunaCovid19.htm](https://mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunaCovid19.htm).

(2) En el reto de generalizar una vacuna, la del COVID-19 o cualquier otra, intervienen un gran número de variables, comenzando por la imagen social de la vacunación. Imagen que es resultado a su vez de un crisol de elementos y experiencias, que suelen ser, por eso mismo, cambiantes en cada país. Pesa mucho la historia particular y la existencia o no de pasajes más o menos afortunados en la trayectoria de las políticas vacunales que se hayan puesto en práctica. También influye decisivamente, desde luego, el grado de fortaleza y solvencia del sistema sanitario encargado de la vacunación. Sin olvidar, por supuesto, el factor probablemente más decisivo de todos: la alianza de los profesionales sanitarios cuyo concurso, históricamente y por doquier, ha sido la llave de la confianza de los ciudadanos en las vacunas.

casual que hallemos documentos similares a lo ancho del mundo y, singularmente, en la Unión Europea, donde parece haberse asentado un binomio Estrategia europea-Estrategia nacional a partir de un reparto de roles y funciones (3). En todo caso, la concreta estrategia de generalización de la vacunación –incluida la almen-dra de la voluntariedad– es cuestión que queda en manos de cada Estado pues cae muy lejos todavía del alcance de la política en salud pública del art. 168 del Trata-do de Funcionamiento (4). El formato de la Estrategia, por lo demás, permite visua-lizar la idea de que estamos ante un documento «vivo», que necesariamente va a tener que revisarse y adaptarse de manera periódica; diría más: constantemente, como corresponde al propio ritmo que nos está imprimiendo la pandemia –vamos por la sexta actualización en el momento en el que escribo estas líneas—.

Esto sentado, con las lentes de un jurista puestas, la Estrategia resulta de con-tornos mucho menos claros. Por de pronto, llama la atención que, siendo así de fundamental la herramienta, no se haya hecho apenas cuestión del rango del conti-nente, y tampoco ayuda el texto de la propia Estrategia, donde no se dedica ningún espacio a poner en claro cuál es exactamente su naturaleza jurídica. El caso es que asistimos a una figura alumbrada en la fragua de la pandemia e introducida concre-tamente en la reforma exprés de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud operada por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis ocasionada por el COVID-19 (5). Se pretendía en este punto dar más cuerpo a las «actuaciones coordinadas en salud pública», que era el instrumento de cohesión previsto para «Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública» (art. 65) y, en consecuencia, se aparecía la fórmula propicia para encauzar el nuevo paradigma de la «cogobernanza» donde el liderazgo había de recaer en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS). Cumple significar que una de las claves de la reforma de las actuaciones coordinadas pasó por añadir entre sus posibles contenidos la activación de «planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias». Se ampliaba así el elenco de medidas de coordinación dando un salto evidente de intensidad frente a la versión inicial. Si en un principio las actuaciones coordinadas apuntaban básicamente a la homogenei-dad técnica y a la información, añadir ahora la posibilidad de acordar planes y estrategias suponía entrar de lleno en la acción conjunta, en una coordinación, pues, de mayor significación y complejidad. Al fin y al cabo, para planear, para trazar una estrategia hace falta traspasar la frontera estrictamente técnica: hacer un diagnóstico de la situación, un pronóstico de la evolución, un cuadro de objetivos, un programa de acción y así siguiendo.

---

(3) Imprescindible aquí, por tanto, la consulta a las Comunicaciones de la Comisión «Estrate-gia de la UE para las vacunas contra la COVID-19», de 17 de junio de 2020, COM (2020) 245 final; y «Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la COVID-19», de 15 de octubre de 2020, COM (2020) 680 final.

(4) Es cierto que la Política en Salud Pública no otorga a las instituciones comunitarias compe-tencias para penetrar en un reducto así de sensible para los Estados como es la política de vacunación. Basta constatar que en el mapa de los modelos de vacunación sistemática la disparidad entre los países miembros es bien llamativa.

(5) Hoy hay que estar ya a 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.

Cabe concluir, por consiguiente, que la Estrategia que nos ocupa es expresión de una actuación coordinada en salud pública (6). De esta suerte, comparte su naturaleza y sus atributos, singularmente la fuerza vinculante de los acuerdos para con las partes incluidas en ella, lo cual significa, lisamente, que sus contenidos –salvo las recomendaciones, es claro– obligarán a las Administraciones autonómicas en el sentido de que tendrán que hacer efectivas las directrices allí contenidas haciendo uso de su competencia ejecutiva general en materia de vacunación. En definitiva, la indagación sobre la naturaleza jurídica de la Estrategia va a parar, a mi modo de ver, a la Ley de Cohesión, a las actuaciones coordinadas en salud pública y, de allí, al régimen de las decisiones de las conferencias sectoriales, una vez reconducidas, *facta concludentia*, a su seno las dudas persistentes en torno al régimen supletorio aplicable al CISNS. Está por ver, eso sí, si esta reconducción «a campo travieso» se asienta, ya sea directamente, producto de la reforma de la Ley de Cohesión o, quizás, del Reglamento de funcionamiento del CISNS, o bien indirectamente, a consecuencia de un respaldo judicial firme.

Ahora bien, por las mismas razones, la Estrategia comparte las debilidades de las actuaciones coordinadas en salud pública. La principal, bajo mi punto de vista, la falta de una definición del alcance de su contenido y del procedimiento de aprobación (7). No puedo evitar seguir insistiendo en la misma idea-fuerza: se abusa en demasía del «perfil bajo» a la hora de dar respuesta jurídica a las emergencias de salud pública y se orilla el concurso de la ley sin reparar en sus bondades. La Estrategia, por desgracia, sigue transitando esta senda. Es señal de ello, por ejemplo, que no venga acompañada de ningún plan de reforma normativa siendo que, por un lado, estamos ante una de las campañas de vacunación más ambiciosas y relevantes de nuestra Historia reciente y, por otro, nuestro marco regulador de la vacunación adolece de importantes déficits (8). Me temo, además, que a esta inercia general de concebir las emergencias de salud pública como objeto extraño e inapropiado de regulación se suma la errónea concepción según la cual la vacunación recomendada no requiere ni agradece de una ley que le confiera soporte.

### III. EL DEBATE SOBRE EL ACCESO A LAS VACUNAS

Preocupaba, antes que nada, dar con la vacuna. Pero se sabía igualmente que su producción y distribución representaba un reto de gran envergadura por la dimen-

---

(6) Concretamente, según se señala en la propia «Estrategia» (p. 15), responde a la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública acordada por el Pleno del CISNS el 9 de septiembre de 2020.

(7) La construcción de una pieza así de trascendental a partir de la sola habilitación contenida en el artículo 65.2.2.º de la Ley de Cohesión supone dejar a la «Estrategia» a una cierta intemperie. Precisamente por ello, importa todavía más si cabe que se aseguren escrupulosamente los pocos anclajes que allí aparecen. Los planes y estrategias ante las emergencias sanitarias constituyen mecanismos de realización de actuaciones coordinadas en salud pública; las cuales, a su vez, han de declararse por el Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del CISNS. A este guion, pues, hay que ceñirse.

(8) Sobre las claves para una regulación general de la vacunación, me sea permitido remitirme *in extenso* a *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

sión y la escala, así como por la rapidez con la que, en buenos principios, debería desarrollarse la campaña.

En lo que concierne a la adquisición de la vacuna, España ha venido actuando bajo el paraguas diseñado por la Unión Europea, es decir, de una manera armonizada a nivel comunitario, mediante un mandato a la Comisión para concluir en su nombre *Acuerdos de Adquisición Anticipada* (APA, en el acrónimo inglés) con los fabricantes de vacunas (9). Se buscaba así poner remedio a los destrozos provocados en los lazos comunitarios como consecuencia de las iniciativas aisladas de cada país actuando por su cuenta, evidentes en ésta y otras crisis sanitarias anteriores. Asimismo, un paso adelante en este punto podía suponer para la Unión Europea un salto importante de cara a su política de salud pública y, aún más, de cara a su liderazgo dentro y fuera de la Unión. Los APA servirían para garantizar un suministro ágil y equitativo de la vacuna a los socios comunitarios, en cantidades proporcionales a su población, sin olvidar, por otra parte, un compromiso, así sea modesto, con la solidaridad internacional. Un tal planteamiento de acción conjunta se consideró un acierto pleno inicialmente, aunque en estos momentos se está viendo empañado por los problemas en las entregas previstas y los embates de lo que ha venido en denominarse *vaccine nationalism*.

Comprar y distribuir las vacunas. Quedaba, no obstante, otro peldaño: garantizar su acceso a la población. Y en esto la responsabilidad recaía exclusivamente en cada uno de los Estados. El Acuerdo con la Comisión Europea sobre vacunas contra la COVID-19 es diáfano a este respecto: «Las políticas pertinentes en materia de vacunación seguirán siendo competencia de los Estados miembros participantes» (art. 2) [...] «Los Estados miembros participantes que adquieran una vacuna serán responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve dicho uso y distribución» (art. 6.3 *ibidem*).

\* \* \*

Centraré mis acotaciones en las líneas maestras del acceso a la vacunación según la Estrategia española (2). Con carácter previo, no obstante, considero que es conveniente recordar brevemente por qué el poder público está llamado a capitanear la vacunación y su generalización (1). Asimismo, expuestas esas líneas maestras, intentaré justificar la importancia de discurrir sobre la manera de mejorar el acceso, desarrollando el contenido de la recomendación en vacunación, la función de persuasión en este campo, y ampliando las miras mediante la aplicación, por ejemplo, de *nudges* (3).

---

(9) Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020. El texto puede consultarse en el *BOE* de 5 de agosto.

## 1. RECORDATORIO DE LA DOBLE DIMENSIÓN PREVENTIVA DE LA VACUNACIÓN Y DE LAS RAZONES DE QUE EL PODER PÚBLICO DESARROLLE UNA POLÍTICA EN ESTE ORDEN

La vacunación tiene como seña de identidad destacadísima esa doble dimensión preventiva que aúna la faceta individual y colectiva. Juntamente con el interés personal de cada cual en prevenirse frente a ciertas enfermedades mediante la vacuna converge el interés general en que ciertas vacunas, las más significativas, se generalicen.

Ese interés general tiene, básicamente, una doble explicación. La primera viene dada por las propiedades de la suma. Cuantos más ciudadanos se vacunen, mejor será la salud de la población entendida como la sola suma de individuos. De ello se seguirán a su vez, solamente en razón de los números absolutos, destacadas derivaciones positivas: ya sea pensando en el funcionamiento y sostenibilidad del sistema sanitario asistencial que habría de ocuparse de la curación de la enfermedad o incluso yendo más allá, es decir, asociando la ausencia de la enfermedad prevenida con el impacto en el mercado laboral y al cabo en la economía.

Hay, no obstante, una segunda explicación que supone reconocer un valor extra añadido a la suma y que tiene que ver con la expansión epidémica de ciertas enfermedades y la posibilidad de cortocircuitar su propagación gracias a la inmunidad de grupo (10). De acuerdo con esta teorización, es posible aislar un umbral de población vacunada en grado de garantizar como efecto que, de aparecer puntualmente la enfermedad, su vocación de expansión epidémica quede bloqueada. La fijación de ese valor mínimo capaz de generar el escudo o égida que denominamos inmunidad de grupo acostumbra a desembocar en un porcentaje exigente, elevándose de manera considerable allí donde la contagiosidad de la enfermedad es muy acusada. Si se alcanza y se mantiene la inmunidad de grupo en una población, el interés general propio de la vacunación sufrirá una auténtica transmutación en el sentido de que permitirá no solo disponer del mejor mecanismo de defensa que conocemos frente a las epidemias, sino que, además, creará un vínculo de solidaridad robustísimo entre los miembros de la colectividad en la medida en que ese escudo o égida disminuirá la exposición o riesgo de contagio de todos a la enfermedad, lo cual no solo beneficiará a quienes se vacunen minimizando los eventuales fallos en la eficacia vacunal, sino que, sobre ello, protegerá a quienes por causas médicas no se pueden vacunar, quedando más expuestos a la enfermedad. Diríamos hoy que es un *win-win* en toda regla, visto que incluso aquellos que rechazan vacunarse allí donde se ha alcanzado la inmunidad de grupo se benefician de dicha inmunidad.

El conjunto de ventajas de la vacunación es, a la vista está, muy relevante. Por eso mismo, la vacunación obligatoria ha venido superando los exámenes de compatibilidad con las libertades individuales en tribunales constitucionales y supremos desde antaño en las distintas latitudes. Existe, en efecto, un *corpus* jurisprudencial rico y compacto en el constitucionalismo comparado que legitima la

---

(10) Una exposición muy entendedora de esta teoría puede encontrarse entre nosotros en el trabajo, que ya es un referente consolidado, de VAQUÉ RAFART, J., «Inmunidad colectiva o de grupo», *Vacunas*, 2, 2001, pp. 22-29.



restricción de los derechos individuales en beneficio de los programas de vacunación sistemática (11). Corpus en el que no falta tampoco la destacada contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, por cierto, hace apenas unos días, ha dictado una notabilísima sentencia, dando un renovado y recio aval a la vacunación obligatoria: *Vavříčka y otros c. República Checa*, de 8 de abril de 2021 (12). No procede glosar aquí, naturalmente, este pronunciamiento, llamado a sentar cátedra sobre la vacunación obligatoria, pero no puede por menos ser resaltado que, en lo que hace a la legitimidad del fin perseguido con la vacunación, el TEDH refuerza el discurso tradicional desde una doble perspectiva: de una parte, hace más hincapié en la protección de las personas que no pueden vacunarse por su estado de salud y que, en consecuencia, quedan a expensas de la solidez del escudo comunitario. Se apela así sin ambages a la «solidaridad social» (*social solidarity*) con los más vulnerables como valor perfectamente reconducible a «la protección de los derechos y las libertades de los demás», que es razón de restricción del derecho a la vida personal y familiar según el artículo 8.2 del Convenio (13). De otra, se introduce de forma muy resuelta el criterio del interés superior del menor como aval de la obligatoriedad de la vacunación pediátrica, lo cual no es un refuerzo argumental cualquiera toda vez que permite justificar la imposición de un deber orillando las consideraciones de salud colectiva y centrándolo en la sola dimensión preventiva individual, de suerte que puede extenderse así a vacunas, como la del tétanos, respecto de las que no cabe predicar el beneficio de la inmunidad de grupo (14). Transmite, en suma, el caso *Vavříčka* un mensaje firme: la vacunación persigue un objetivo que, sobre ser legítimo, está plenamente contrastado y tiene entidad. Tan es así que el TEDH no se ve en la necesidad de explorar otras sendas para añadir razones de justificación —como los efectos sobre el bienestar económico del país—, sin perjuicio de que deje abierta la puerta a desarrollos ulteriores.

\* \* \*

Tenemos, por tanto, que la prevención sanitaria no puede entenderse en nuestros días sin la vacunación. Así que, la protección de la salud, en tanto que encargo

---

(11) Por ceñirme a Europa y a nuestros días, pueden referirse las decisiones de las Cortes Constitucionales de la República Checa (27 de enero de 2015); Francia (20 de marzo de 2015); Serbia (26 de octubre de 2017); Italia (18 de enero de 2018); o Moldavia (30 de octubre de 2018). Por cierto, que en la localización de estos pronunciamientos me ha resultado de gran ayuda la consulta a la base de datos en materia de jurisprudencia constitucional de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa: <http://www.codices.coe.int>.

(12) El grueso de la jurisprudencia elaborada por el TEDH en materia de vacunación obligatoria se contenía hasta esta sentencia en los siguientes pronunciamientos: Decisión de 15 de enero de 1998, *Carlo Boffa y otros c. San Marino*; Decisión de 9 de julio de 2002, *Ilaria Salvetti c. Italia*; Decisión de 25 de agosto de 2005, *Roland Courty y otros c. Francia*; Sentencia de 15 de marzo de 2012, *Solomakhin c. Ucrania*; Decisión de 12 de marzo de 2013, *Seyit Baytıre y otros c. Turquía*; y Decisión de 15 de septiembre de 2015, *Blanka Fuxová c. República Checa*. Figuran, por otra parte, en la agenda del TEDH algunos recursos que todavía pueden ayudar a consolidar o precisar en algún extremo la doctrina *Vavříčka*. Atentos conviene estar en concreto a la resolución de los asuntos *J. Č. c. Croacia*, (recurso 11504/18); *Dragana Baša c. Serbia* (recurso 20874/18); y *Zlatan Vasić c. Serbia* (recurso 42860/18).

(13) Aunque el argumento resuena en muchos apartados, la esencia de su posición queda fijada en los §§ 279 y 306.

(14) Fundamental a este respecto el razonamiento que encontramos en el § 288.

cosido a la razón de ser misma de un Estado, conlleva la necesidad de organizar un servicio de vacunación a la población. Ciertamente, no encontramos en el Derecho internacional la consagración de un derecho humano a vacunarse, formulado tal cual, pero no parece muy complicado deducirlo como corolario, al menos a propósito de las vacunas que podríamos calificar de esenciales, del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud que se recoge en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966).

En el caso de España, la cosa es aún más evidente. Primero, por el propio marco o estándar europeo de inteligencia de los derechos humanos. Hace al caso recordar que el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé que «toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria». Pero es que, además, sin salir del texto de nuestra Constitución, encontramos una referencia igual de propicia, aunque esta vez formulada desde el otro lado: «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.2). Derecho a la prevención; obligación de los poderes públicos de prevenir; dos caras de la misma moneda. Y aunque no se aluda, *expressis verbis*, a la vacunación, es inconcuso que anida implícitamente en este tipo de enunciados, a no ser que quiera degradarse el propio término «prevención» a una suerte de *flatus vocis* (15).

Se desprende, en suma, que los poderes públicos no pueden desentenderse a la hora de plantar cara a una enfermedad como la COVID-19 y, más aún en un contexto pandémico como el actual, de la aparición de vacunas por lo que en sí mismas representan como mecanismo eficaz de prevención sanitaria.

## 2. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL ACCESO A LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19 TRAZADAS POR NUESTRA ESTRATEGIA

A. Las vacunas se administrarán de manera gratuita a través del Sistema Nacional de Salud», se afirma con rotundidad en la Estrategia. No hace falta decir que es ésta una proclamación sustanciosa pues, sin perjuicio de las consideraciones de orden formal ya expresadas acerca de la naturaleza de la Estrategia, significa, ni más ni menos, que la vacunación contra la COVID-19 es absorbida por las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud que son las que conforman el Sistema Nacional de Salud. A ello hay que añadir que tendrá carácter gratuito, de modo que no solamente se satisface sin ambages la garantía de asequibilidad –liquidando de un plumazo el debate generado a propósito del precio de otros medios de defensa contra el coronavirus, caso de las mascarillas, por ejemplo–, sino que, sobre ello, se crea un importante estímulo de cara a su generalización.

---

(15) No desarrollaré aquí el argumento, pero, en mi opinión, la vacunación tiene dos anclajes claros en nuestra CE: de un lado, el referido artículo 43.2 de la CE, conectando con el derecho a la protección de la salud; de otro, el artículo 15 *ibidem*, pensando en las obligaciones positivas que se extraen del derecho fundamental a la vida. Y es que, respecto de ciertas vacunas, principalmente pediátricas, supuestos los efectos fatales sobre la infancia de enfermedades como la difteria o la poliomielitis, no costaría, en mi opinión, reivindicar con base en el derecho a la vida la obligación positiva del poder público de proveerlas.

Hacerla pública y gratuita constituyen, desde luego, dos determinaciones muy relevantes de cara a alcanzar la misión de expandir al máximo la vacunación contra la COVID-19. Sería, de todos modos, ingenuo pensar, eso sí, que con ello es suficiente. Cuando el éxito de una vacunación se deposita en el acceso voluntario del ciudadano, las cosas no se consiguen sin más, por arte de encantamiento. Por de pronto, hay un *prius*: lo público debe ser sinónimo de calidad, en el sentido más exigente de la palabra. El acceso a una vacuna recomendada no rodará eficazmente a no ser que el servicio público encargado de administrarla actúe como un engranaje eficaz, conscientes de que el mínimo *bug* puede desencadenar problemas de imagen. La pandemia, además, nos ha enseñado crudamente la necesidad de interiorizar el valor del principio de eficacia de nuestras Administraciones, tal y como reclama el artículo 103.1 de la CE. Por tanto, de poco sirven las precisiones y los esfuerzos de perfilamiento si la maquinaria no se muestra eficaz sobre el terreno. Que haya un servicio de vacunación contra la COVID-19 de calidad constituye, por lo demás, la mejor carta de presentación posible. Y eso engloba muchas decisiones previas de orden estrictamente instrumental: dónde se almacenan las vacunas, cómo van a transportarse, en qué lugar va a vacunarse, quién lo hará, etcétera. Cuestiones que van a pesar en la práctica mucho más que algunas disquisiciones teóricas.

B. De la Estrategia se sigue que las vacunas COVID-19 se erogarán como prestación sanitaria pública. Ahora bien, esto sentado, son muchos los cabos que allí se dejan sueltos y que habrá que atar, si no hay interposición normativa –que no se avizora hoy por hoy–, aplicando por analogía las reglas de la vacunación sistemática. Sirvan para ilustrarlo dos ejemplos.

Reparemos, *in primis*, en la universalidad toda vez que las implicaciones de este postulado en el terreno de la sanidad son especialmente sensibles. Hace al caso el periplo de los últimos años a propósito de los extranjeros en situación irregular y que justamente tuvo en los argumentos de salud pública y en la contradicción epidemiológica que suponía la exclusión de un colectivo vulnerable a la hora de combatir enfermedades transmisibles una de las réplicas centrales a las restricciones de 2012. Hay que entender, así pues, que la universalidad de la atención sanitaria ha de predicarse, *a simile*, a la vacunación contra la COVID-19 y, por consiguiente, que los criterios de priorización no se ven perjudicados por el hecho de la nacionalidad o la regularidad de la situación.

Llama la atención, por poner un segundo ejemplo, que no se haya formalizado la exclusividad pública. Por la propia realidad de las cosas, sabemos que así es, aunque la Estrategia omite una explicación del porqué, lo cual nos permitiría descifrar si estamos ante una decisión más o menos reversible, es decir, si responde básicamente a la coyuntura de escasez del momento o a específicas necesidades organizativas. Considero, sea como fuere, que la exclusividad pública podría ampararse legalmente en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales de Salud Pública –recordemos que es el único precepto de esta ley modificado durante la pandemia, concretamente mediante el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo–, donde se prevé que «Cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá: a) Establecer el suministro centralizado por la Administración». Con todo, que no se involucre a

la sanidad privada en la generalización de la vacunación constituye una opción que agradecería una mayor claridad explicativa toda vez que el papel de la sanidad privada en el contexto general de la vacunación sistemática no es menor y ello puede ser relevante en términos de acceso y generalización de la vacunación, tanto por la multiplicación de los recursos asistenciales como por el valor de las alianzas que puede generar, especialmente en lo que hace a la confianza de una parte de la población.

C. La producción de vacunas y su suministro en el marco de negociación creado por la Unión Europea lleva a un horizonte de acceso escalonado y gradual a un catálogo diverso de vacunas por parte de los Estados. Vale decir, pues, que toca regular el acceso en el sentido de establecer prioridades. El asunto es capital porque sin criterios objetivos bien fijados podría quebrar el principio de igualdad. Se conoce por el espacio dedicado y el interés que pone la Estrategia en este punto que se es consciente de su relevancia desde todos los ángulos de análisis posibles. No es éste el lugar para abordar cuáles han sido los criterios utilizados a la hora de efectuar esa priorización inicial y sus resultados. Solo indicaré que se ha tenido muy en cuenta el enfoque bioético, además de otro tipo de variables, aprovechando así las enseñanzas de esta disciplina en cuanto a la distribución de recursos escasos en los contextos de emergencias de salud pública.

D. En la vacunación recomendada la clave del éxito reside, fundamentalmente, en dos grandes pilares: el acceso a la vacuna y la confianza. Dejo para otro lugar el examen de este segundo pilar, que conduce a su vez a cuatro grandes temas cuyo análisis, amén de exigente, me alejaría demasiado de la cuestión central que aquí nos ocupa: el rol de los profesionales sanitarios en la recomendación de la vacunación; las alianzas públicas y privadas en vacunación; la fortaleza y transparencia en la labor de farmacovigilancia; y, por último, la desinformación, específicamente en materia de vacunas contra la COVID-19.

### 3. LA OPORTUNIDAD DE DISCURRIR ACERCA DE LA MEJORA DEL ACCESO A LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19, INCLUSO EN CLAVE DE ATRACTIVO

Dejando a salvo la logística, la operatividad y el rigor técnico del proceso –que es lo más importante, desde luego–, cabe pensar en introducir elementos que faciliten al máximo y aun hagan atractiva la vacunación. Comprendo que, en estos instantes, cuando el problema es la escasez que ha comprometido el rimo previsto, llamar a cavilar sobre cómo mejorar el acceso parezca estrambótico y fuera de orden. Sin embargo, no hay que perder de vista que el objetivo último es generalizar la vacunación y que, como tal, puede toparse con capas o segmentos de la población menos convencidos (i); que es un proceso inédito y que, por tanto, pueden surgir imprevistos que provoquen recelos o comprometan la predisposición favorable general (ii); sin perder de vista, por otra parte, que la campaña de vacunación contra la COVID-19 que hoy se contempla como algo puntual acaso acabe convirtiéndose en estacional, en cuyo caso, además de alcanzar unas tasas, surgirá el reto de mantenerlas sostenidamente (iii).

No me cabe la menor duda de que, además de la calidad del servicio, allí donde se apuesta por la vacunación recomendada como vía de generalización de una vacuna, es de recibo para mientes en las condiciones de acceso, en si es fácil, sencillo vacunarse. Y es que la necesidad de hacer una larga cola, rellenar un formulario o desplazarse, por usar escollos gráficos, puede marcar nuestra reacción en un momento dado. El horario, la distancia, el lugar y así siguiendo son circunstancias que pueden antojarse aparentemente menores, pero que, en el contexto de una vacunación recomendada, suben un punto en cuanto a relevancia estratégica. No en vano, algunos autores se fijaron de inmediato en el *nudging* como herramienta propicia para promover la vacunación contra la COVID-19 y se afanaron en dar con propuestas sugerentes en este sentido: desde las que ponen el acento en la manera de dar información a las que insisten en la multiplicación de los lugares de vacunación, pasando por otras como la visualización, la personalización, la aplicación de avisos o recordatorios, la cita previa, la entrega de certificados electrónicos instantáneos y así una larga lista (16).

Conforman estas propuestas un escaparate muy colorido, puntualmente pintoresco bajo la mirada de nuestra familia legal, pero al que, en mi opinión, vale la pena asomarse. De hecho, algunas de estas ideas ya se están aplicando sin que formen parte de ningún plan conductual preestablecido –v. gr. la cita previa–, lo cual es señal no solo de que el empleo de *nudges* (empujoncitos o acicates) a menudo puede llevarse a cabo en el plano puramente ejecutivo, sino de que hay margen para su utilización sin necesidad de un forzamiento de las categorías convencionales que manejamos entre nosotros. Desde la propia teorización del fomento o del servicio público sería posible justificar la cabida y aun idoneidad del *nudging*. Sin embargo, antes que la disolución, soy más partidario de significar la identidad de esta herramienta con el fin de ayudar a enriquecer ciertas formas de acción de la Administración que agradecerían una mayor teorización antes que reputarse zonas donde los logros y avances no suelen pasar de considerarse buenas prácticas o chispazos de ingenio. Singularmente, estoy pensando en la recomendación, que pasa por ser la quintaesencia de nuestro sistema de vacunación y, también, de la campaña específica contra la COVID-19. No me adentraré aquí en ello, pero la recomendación lleva ínsita la persuasión, esto es, la necesidad de inducir a la población a vacunarse con razones. Aunque no es fácil delimitar los perfiles de la categoría, tengo para mí que el estudio del *nudging* puede revelarse de gran ayuda con vistas a proveer de más sustancia, de mayor articulación y sofisticación, y a ampliar el

---

(16) Los *nudges* se definen como intervenciones que, inspirándose en la arquitectura social decisoria que van descubriendo las ciencias del comportamiento, buscan incidir en la conducta de las personas sin cargas o ventajas significativas y sin comprometer su libertad de elección. Una guía introductoria muy clara en Cass R. SUNSTEIN, *Behavioral Science and Public Policy*, Cambridge University Press, 2020. Entre nosotros, son fundamentales las aportaciones de Juli PONCE SOLÉ –por ejemplo: «Derecho Administrativo, Ciencias Conductuales y *Nudging* en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 2108, 8-27–. Para profundizar específicamente en el elenco de alternativas que proporciona el *nudging* aplicado a la vacunación, véase Katie ATTWELL y David T. SMITH, «Hearts, minds, nudges and shoves: (How) can we mobilise communities for vaccination in a marketised society?», *Vaccine*, 36, 2018, 6506-6508. Un cuadro específicamente diseñado para la vacunación contra la COVID-19 es el que se ofrece en el documento *Behavioural Considerations for Acceptance and Uptake of COVID-19 Vaccines*, elaborado por el WHO Technical Advisory Group on Behavioural Insights and Sciences for Health, octubre de 2020: <https://www.who.int/news/item/21-12-2020-behavioural-considerations-for-acceptance-and-uptake-of-covid-19-vaccines>.

catálogo con nuevas técnicas. Por supuesto, es este un terreno en el que conviene estar siempre en guardia ante los riesgos que entraña la manipulación y el paternalismo, que son dos de los principales temores del *nudging*, pero, neutralizadas estas derivas –básicamente, a base de transparencia–, hay mucho trecho por recorrer. Fiada la inmunidad de grupo a la aceptación de la ciudadanía, resulta de recibo fijarse en los detalles, ser creativos, pulir los sesgos del comportamiento, atender al lenguaje y servirse de técnicas que, insisto, ya aplicamos en ocasiones sin reparar en toda su profundidad.

#### IV. EL DEBATE SOBRE LA OBLIGATORIEDAD

Tan pronto se supo de la realidad de la vacunación, asistimos a un intenso y vivo debate acerca de la oportunidad de que adquiriese carácter obligatorio. Se invocaron, en sostén de esta opción, razones de índole muy diversa: desde las que apelaban a la importancia del «pragmatismo» ante un escenario con graves urgencias, un tejido social vapuleado por los estragos de la pandemia y una previsible resistencia de una parte de la población; a las que, en clave más filosófica, trataban de significar el valor «igualitario» que subyace en la formulación de un deber, de vocación universal, más aún cuando de lo que se trata es de alcanzar y preservar un valor o bien general en forma de inmunidad de grupo. Razones que suelen venir remachadas al cabo por un argumento interpretativo bien conocido en Derecho: *a maiore ad minus*. Después de todo, se ha razonado, el paradigma del *lockdown* vigente se ha construido sobre la base de una lógica obligatoria y universal. ¿Por qué variar el criterio a cuenta de la vacunación?

El debate inicial sobre qué modelo adoptar en la generalización de la vacunación contra la COVID-19 se ha zanjado a favor de la voluntariedad. Esa toma de posición en el caso de España ha sido consignada en la Estrategia y está fundada en la «firme convicción de que se pueden lograr mejores resultados de aceptabilidad si la vacuna es voluntaria» (17). Estamos, pues, ante una decisión que busca la mejor manera de acertar con la introducción y generalización de la vacuna confiando a tal efecto en la roca que proporciona nuestro sistema de vacunación sistemática, de corte recomendado y de resultados muy exitosos en cuanto a coberturas hace. De manera que la buena salud de la vacunación ordinaria en nuestro país invita a seguir por el mismo camino, sin cambiar los parámetros esenciales de un sistema engrasado y fiable. No es, por lo demás, la de España, una posición singular o discordante en el panorama internacional. Se alinea, antes bien, con la tónica perceptible en las estrategias nacionales a nivel mundial (18).

(17) Estrategia de vacunación COVID-19 en España. *Líneas maestras*, p. 4.

(18) La acentuación del peso del componente global en la vacunación contra la COVID-19 constituye un rasgo de esta campaña. Con sus luces, sin duda, pero también con sus sombras, especialmente en lo que hace a la solidaridad, mostrando, me temo, una quiebra en la propia inteligencia de las amenazas sanitarias. Dejando a un lado las carencias en la respuesta global compartida, hay que subrayar sin falta el alineamiento mundial en aspectos esenciales de la estrategia seguida (voluntariedad, priorización...). No es que la vacunación no sea habitualmente una materia que se preste a la internacionalización en el sentido de comparar y poner en común soluciones. Lo que ocurre es que constituye a la vez un reducto que los Estados preservan a cal y canto. Basta ver que no se han adoptado acuerdos

Esto sentado, la campaña de vacunación contra la COVID-19, por muchas razones, se aleja notoriamente de una campaña convencional de vacunación. Se desenvuelve en medio de una pandemia que, amén de su fuerza devastadora en todos los órdenes, se caracteriza por habernos acostumbrado amargamente a un escenario inestable e incierto que relativiza extraordinariamente la firmeza de las decisiones. De ahí que la Estrategia de vacunación se autocalifique, por fuerza, como documento vivo y de ahí también que sus líneas maestras, la voluntariedad entre ellas, estén comprometidas por la evolución de las cosas. Cabe, así pues, que, abstrayéndonos incluso de imprevistos y sobresaltos, la estrategia diseñada encalle en el sentido de que la apelación a la colaboración de los ciudadanos no permita alcanzar coberturas satisfactorias, el umbral de la inmunidad de grupo –a cuyo efecto se maneja convencionalmente el porcentaje del 70 por ciento de la población– o que no permita hacerlo en un plazo razonable –la razonabilidad aquí la marca, me temo, el cariz de la realidad–. Sería imprudente, por todo ello, no contemplar como hipótesis, siquiera sea remota o aun como *ultima ratio*, un escenario de eventual imposición de un deber de vacunación contra la COVID-19 como reacción estructural (1).

Por otra parte, en el mejor de los casos, aunque no hubiera que cambiar el signo general de la vacunación, hay que tener presente que en un modelo recomendado pueden aparecer manifestaciones imperativas o de obligatoriedad perfectamente compatibles, ya sea porque la protección de la salud colectiva exija en un momento dado o a propósito de un problema determinado el establecimiento de contrapuntos o bien porque sea el propio interés individual de la prevención de la salud de una persona –que no pueda decidir por sí misma– el que así lo justifique. Teniendo esto presente, trataré de esbozar el mapa de la imperatividad en la vacunación recomendada a partir de la naturaleza, colectiva (2) o individual (3), de la causa o razón del contrapunto.

## 1. LA PREFERENCIA POR LA RECOMENDACIÓN ANTE LA IMPLANTACIÓN DE UNA VACUNA NUEVA Y EL AMPLIO MARGEN DE MANIOBRA DEL PODER PÚBLICO A LA HORA DE DISEÑAR Y DE PERGEÑAR UNA ESTRATEGIA DE VACUNACIÓN

Si hay vacuna disponible ante una enfermedad grave, el Estado tiene que tomar cartas en el asunto. Surge entonces el dilema que tanto atrae: ¿se impone obligatoriamente o se fía a la voluntad de cada cual? Lo cierto es que presentada la disyuntiva tal cual, sin matices, puede trasladarse la idea de que la elección entre los dos

---

internacionales conducentes a fijar las vacunas esenciales, a garantizar su régimen de accesibilidad o el compromiso en la erradicación de enfermedades a partir de la vacunación. Se aprecia, en consecuencia, un mosaico de políticas nacionales de vacunación dispares, por más que todas coincidan en la misión última perseguida. Otro tanto ocurre en el seno de la Unión Europea. Las competencias comunitarias en materia de salud pública no permiten penetrar en el núcleo de las decisiones vacunales estatales. Pues bien, es novedoso el alineamiento que se ha producido a escala mundial en cuanto a las líneas principales de la estrategia de vacunación contra la COVID-19: sin que éstas vengan impuestas desde ninguna instancia internacional –pues no hay base jurídica para ello, como decía–, se han multiplicado los lugares comunes, comenzando por esta elección del modelo recomendado como canon de partida.

modelos es libre en el sentido de que no existe ningún tipo de condicionante legal que marque el punto de partida. ¿Es esto así?

En mi opinión, no exactamente. Comencemos por el plano constitucional. Nuestra CE, en su artículo 43.2 deja expedito el camino a ambas vías: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto». Se traslada, así pues, al legislador la responsabilidad de modelar la política de vacunación en cada momento. Un margen de maniobra que constituye uno de los lugares comunes en el tratamiento de la constitucionalidad de la vacunación obligatoria: la significación de la discrecionalidad del legislador en esta encrucijada. No en vano, es ésta una de las principales enseñanzas que se extraen de la reciente y trascendental sentencia del TEDH en el asunto *Vavříčka y otros c. República Checa*, llamada a sentar *–rectius*: consolidar las bases de la relación entre la vacunación obligatoria y las libertades individuales. En ella, además de un renovado y recio aval a la vacunación obligatoria, como ya se señaló más arriba, se resuelve esa aparente contradicción que arroja el mapa-mundi europeo –y mundial– respecto de las políticas de vacunación: ¿cómo puede justificarse el recurso a la obligatoriedad siendo que hay países, como España, que logran mantener las coberturas de vacunación óptimas a base de recomendar? Pues bien, el TEDH ha dejado claro que, lejos de la paradoja, la diferencia de criterio responde a la idiosincrasia de cada país y de cada tiempo y entra perfectamente dentro del «margen de apreciación» (*margin of appreciation*); margen que, en esta cuestión, debe ser, además, «amplio» (*wide*) (19). Resulta de todo ello que también en España cabe que el legislador module su política de vacunación atendida la realidad de cada momento. En el bien entendido, por supuesto, que esa discrecionalidad del legislador no justifica la arbitrariedad –proscrita *ex art.* 9.3 de la CE– y que, por tanto, recomendación y/o obligación en la vacunación deben tener en su trasfondo una explicación cabal.

Precisado el plano constitucional, ocurre que las medidas adoptadas en el marco de la salud pública, supuesta su propia naturaleza, se compadecen inicialmente mejor con la voluntariedad, con la complicitad, si se quiere, de los ciudadanos. Hay una explicación de orden ontológico, que conecta con principios nucleares que informan la salud pública moderna (educación, participación, corresponsabilidad...) y con su misión de alcanzar el mayor nivel de salud posible, pero hay igualmente razones puramente pragmáticas que tienen que ver con la masividad y la imposibilidad material de arbitrar un control sobre el conjunto de

---

(19) Son muchas las enseñanzas que cabe extraer del caso *Vavříčka* en orden al discurso sobre la vacunación obligatoria, su general compatibilidad con los derechos humanos y las condiciones necesarias en clave de proporcionalidad. Una de ellas atañe al margen de apreciación de los Estados a la hora de decidir cómo diseñar la implementación de su política de vacunación. A este respecto, son tres las constataciones del Tribunal. Primera: que hay un consenso entre los Estados parte en torno a la importancia y conveniencia de la vacunación. Segunda: que, a partir de aquí, no lo hay, en cambio, en cuanto al modelo a seguir para alcanzar y proteger ese objetivo; antes bien, se advierte la presencia de un amplio espectro de sistemas, más o menos incisivos. Y tercera: que la opción acogida por los Estados admite modulaciones en el tiempo, lo cual explica los recientes cambios experimentados en diferentes Estados (Francia, Italia y Alemania, por ejemplo) en los últimos años. Teniendo en cuenta todo ello, el TEDH reconoce la existencia de un ancho margen de apreciación (véanse en particular los §§ 276-280).



los determinantes de la salud. No ahondaré en la explicación conceptual (20). Me interesa, eso sí, subrayar que esta preferencia tiene una plasmación legal positiva. Así, el artículo 28 de la Ley General de Sanidad, ubicado dentro del capítulo dedicado a *La intervención pública en relación con la salud individual colectiva*, establece que «todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios: a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias [...]».

Preferencia expresa que, por lo demás, si atendemos a la –parca– legislación en materia de vacunación, puede colegirse igualmente de la redacción de la base cuarta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 –después de la modificación de su tenor por la Ley 22/1980, de 24 de abril–. No solo porque queda claro que se ha optado por un modelo recomendado como regla aplicable a la vacunación sistemática ordinaria, sino porque, además, respecto de las nuevas vacunas se señala lo siguiente: «en todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias». *Ergo*, dos momentos: recomendación, de partida y, «en su caso», imposición o, si se quiere, una suerte de opción por defecto a favor de la voluntariedad o recomendación.

Esta prioridad que cabe conceder a la vacunación voluntaria no significa, de todas maneras, que la vacunación obligatoria haya de ser concebida, en consecuencia, en clave de estricta supletoriedad, afirmando que solo cabrá recurrir al deber allí donde la primera falle, es decir, bajo la previa condición de haberse demostrado ineficaz la movilización espontánea. Lo que imponen el artículo 28.a de la LGS y la base cuarta de la LBSN es que la vacunación obligatoria tenga tras de sí un razonamiento suficiente en grado de explicar la necesidad y/o oportunidad de dar el salto y no dejar las cosas en brazos de la respuesta voluntaria de los ciudadanos. Explicación que puede ser de muy diverso tipo y que no tiene por qué exigir una previa demostración empírica, una prueba de la ineficacia de la voluntariedad, sin perjuicio de que ésta pase por ser, en efecto, la manera más sencilla de invocar la obligatoriedad. Por eso, de entrada, la activación de la vacunación obligatoria *per saltum* en un escenario nuevo requeriría de una motivación cualificada. La novedad favorece que se opte por la voluntariedad. De la misma manera que, si pasado un tiempo, se conoce que la causa no cuaja y se aleja el objetivo de la generalización, confirmándose los efectos beneficiosos de lo ya alcanzado, la obligatoriedad ganará enteros en cuanto a eventual justificación hace. Sea como fuere, es fundamental entender que se trata de una decisión estratégica y, por consiguiente, que no queda sino conceder un amplio margen de maniobra, de apreciación al poder público. Otra cosa es que, de tener que virar, nuestra legislación sanitaria tropezaría con importantes dificultades, producto de su precariedad (21).

(20) Para profundizar, puede servir como primera aproximación César CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006, 74-87.

(21) De ello trato de dar cuenta en «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93, 2021, en prensa.

## 2. LOS CONTRAPUNTOS IMPERATIVOS BASADOS EN UNA CAUSA DE SALUD COLECTIVA

### A. **La aplicación puntual de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública**

El interés sanitario colectivo puede llevar a que, puntualmente, haya que acudir a la imposición de mandatos de vacunación. Para que ello ocurra hace falta que se dé un episodio de urgencia o necesidad acentuada –por encima, pues, de la gravedad que ya de por sí trae consigo la pandemia– en grado de justificar que se ponga en marcha la maquinaria de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. De hecho, contamos con el valioso precedente de su aplicación en 2010, a cuenta de un brote de sarampión en un barrio de Granada, ejemplificando, pues, que, aun siendo la vacuna contra el sarampión de carácter recomendado, cabe legitimar su imposición coactiva allí donde concurra un supuesto de particular urgencia o necesidad (22). La clave residirá, siguiendo la arquitectura de la LOMESP, en razonar esa acentuación puntual del riesgo, es decir, en explicar las razones de la singularidad del lance dentro del contexto general de la estrategia voluntaria de vacunación.

### B. **La restricción de otros derechos fundamentales distintos a la integridad física. El registro de la vacunación contra la COVID-19**

Con base igualmente en el interés sanitario colectivo, pueden aparecer medidas imperativas relacionadas con la gestión pública del proceso de vacunación que, sin merma del derecho fundamental a la integridad física y de la libertad consecuente

---

(22) Los hechos ocurrieron en Granada. Detectado un brote de sarampión, la Junta de Andalucía, ante la falta de colaboración e incluso la negativa de algunos padres, decidió solicitar el auxilio de la Justicia, lo que dio lugar a la primera y hasta el momento única autorización judicial que se ha concedido en España para vacunar con carácter obligatorio por causa de salud pública. La autorización judicial fue otorgada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada mediante Auto de 24 de noviembre de 2010 (recurso 918/2010). Posteriormente, dicho auto vino confirmado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sentencia de 22 de julio de 2013, recurso 667/2012). Aunque algunos padres discutían la necesidad de utilizar la inmunización en detrimento de otras medidas, en su opinión, menos agresivas como el aislamiento domiciliario, los órganos jurisdiccionales van a significar cómo el resultado del balance entre la cara positiva de la vacuna antisarampionosa, conformada por su altísima efectividad como medida preventiva y de bloqueo de la expansión epidémica, y la cara negativa, circunscrita a molestias leves y pasajeras, se decanta ostensiblemente a favor de la primera. Interesante, en este sentido, cómo se despacha la comparación entre vacunación y aislamiento:

«En relación a la proporcionalidad de la medida de vacunación forzosa acordada, se ha cuestionado por los apelantes, con referencias a un informe emitido por el Profesor Simón (cuya copia ni siquiera se aporta) que debiera haberse adoptado como medida la de aislamiento voluntario. Sin embargo, esta Sala no llega a vislumbrar porqué sería más proporcionado tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (dado que habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración. Con ello, se cuestiona también la propia eficacia de esta medida considerada más adecuada, o al menos, proporcional, por parte de los apelantes» (STSJ de Andalucía de 22 de julio de 2013, recurso 667/2012, FD 5.º).

de consentir la vacuna, supongan injerencias en otros derechos o libertades individuales. Una muestra la encontramos en el registro de la vacunación contra la COVID-19.

A tenor de la Estrategia, está prevista la creación de un registro de carácter estatal –todavía en ciernes– (23). Su objetivo o finalidad no es otra que suministrar información a las autoridades sanitarias sobre el despliegue y progreso de las labores de vacunación a fin de que puedan adoptar las oportunas decisiones y ajustes con un conocimiento certero del terreno. Los registros de salud pública tienen, por lo demás, una larga tradición en el campo de la vigilancia epidemiológica y su creación tiene generosos anclajes legales (24). Lo cual no significa, sin embargo, que este tipo de registros esté exento de problemas. La inquietud sobre el uso que pueda hacerse de la información allí contenida y el temor por las gravísimas consecuencias de una revelación indebida suelen ser razón de controversia. Ya ocurrió a propósito de los registros VIH-SIDA, que generaron una gruesa litigiosidad cuya síntesis puede hacerse destacando el respaldo judicial a su viabilidad legal como medida necesaria de vigilancia epidemiológica, si bien con la exigencia de aplicarse en el respeto a las garantías habida cuenta de la entidad y sensibilidad de los datos recogidos, en consonancia, por lo demás, con los principios y requerimientos que informan la normativa en materia de protección de datos de carácter personal (25). También con ocasión del registro de vacunación contra la COVID-19 pueden reproducirse algunas de estas fricciones, especialmente si no se cuidan y precisan los contornos del registro del rechazo a la vacunación. Señalo esto porque, conforme a la Estrategia, «Todas las dosis de vacuna administradas deben registrarse en el registro o sistema de información de vacunación de cada CCAA, que confluirán en el registro único, incluyendo todas las variables requeridas: información de la persona a vacunar, información de la vacuna y del motivo de vacunación. También deberá rellenarse la causa de no vacunación de la persona candidata, cuando la vacunación no se lleve a cabo» (26). Extremo en el que se insiste, además, en sucesivas actualizaciones: «Se considera importante registrar los casos de rechazo a la vacunación en el Registro de vacunación, con la finalidad de conocer

---

(23) Entre los elementos de la gobernanza de la estrategia de vacunación figura «La creación de un Registro estatal de vacunación COVID-19 por parte del Ministerio de Sanidad en colaboración con las comunidades y ciudades autónomas, que se nutrirá con la información procedente de los registros y sistemas de información de vacunas, o de cualquier otro sistema con información de interés de las comunidades y ciudades autónomas» (*Estrategia*, p. 15). Cumple señalar que, desde un punto de vista competencial, la creación de registros estatales en materia sanitaria se ha considerado compatible con la competencia general ejecutiva de que gozan las CCAA en este orden siempre que medie una razón que justifique la necesidad de centralizar la información.

(24) Entre esos respaldos destaca el artículo 23 de la LGS, a cuya virtud «Para la consecución de los objetivos que se desarrollan en el presente capítulo, las Administraciones Sanitarias, de acuerdo con sus competencias, crearán los Registros y elaborarán los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria».

(25) Hay que estar hoy, en particular, a lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Es fundamental tener presente, como punto de partida, que estamos hablando de datos personales relativos a la salud y, en consecuencia, de una categoría especial de datos personales cuyo tratamiento implica la exigencia de garantías reforzadas.

(26) Véase la *Estrategia*, p. 83.

las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población» (27). Información ésta que puede ser de gran interés de cara a diseñar acciones o planes específicos, aunque no hay que olvidar que lo que aquí se plantea no es un simple sondeo de opinión (28).

Recogiendo el guante, el legislador catalán ha aprobado la creación de un Registro de vacunación que, en relación con la vacunación contra la COVID-19, prevé el asiento no solo de las personas finalmente vacunadas, sino también de las que renuncien o rechacen la vacuna, con indicación de una de estas tres razones: la existencia de contraindicaciones para su administración, la inmunidad ya adquirida, o, por último, «la libre decisión» (29). Se quiere así tener constancia de la razón de la omisión, separando claramente las causas médicas de las personales. Ciertamente, el motivo último, el fuero interno, no se revela —exigirlo haría que la colisión con libertades como la de pensamiento o conciencia fuese frontal y mucho más difícil de justificar (30)—, pero cabría cavilar si acaso no podría haberse utilizado una descripción más genérica de esta variable del estilo de «otras causas» a fin de alejar las fricciones que puede sugerir un vínculo con las creencias personales. Como sintagma, «libre decisión» se sitúa en el filo y, siendo necesario el registro del rechazo y su razón, me limito a plantear si no podría haberse rebajado la tensión en este punto con una formulación menos expresiva (31).

En todo caso, a los efectos de este estudio, es suficiente con reparar en cómo este componente de la estrategia de vacunación tiene carácter mandatorio. El registro proyectado de las personas a las que haya ofrecido la vacunación, la hayan aceptado o no, es obligatorio y no requiere de un consentimiento previo a fin de recoger y tratar los datos necesarios. Es una medida que limita imperativamente, en razón del interés general del seguimiento epidemiológico de la campaña, el derecho fundamental a disponer de los datos de salud personales. Aun siendo el canon recomendado, no todo lo que rodea a la vacunación tiene por qué ser, a la vista está, voluntario.

---

(27) Véase la *Actualización 1*, p. 7. La misma idea se repite en la *Actualización 3*, p. 13; la *Actualización 4*, p. 17; la *Actualización 5*, p. 16; *Actualización 6*, p. 16.

(28) Que es una alternativa que sugiere Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS, *Sobre la Estrategia de Vacunación*, 4 de enero de 2021: <https://agendapublica.es/sobre-la-estrategia-de-vacunacion>, muy crítico con el registro de las razones de la reticencia a la vacunación.

(29) Creado por el artículo 3 del Decreto-ley catalán 48/2020, de 1 de diciembre, de medidas de carácter organizativo en el ámbito sanitario, social y de salud pública para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

(30) Como se cuidó de significar la Autoridad Catalana de Protección de Datos:

«[...] pel que fa a les diferents opcions que s'ofereixen per justificar el no subministrament de la vacuna enfront la COVID-19, pot ser convenient ampliar les opcions que s'ofereixen a la proposta amb una quarta opció que es podria denominar "altres", perquè poden existir altres motius diferents dels que s'esmenten a la proposta. En qualsevol cas, s'hauria de tractar d'una opció tancada sense demanar altres justificacions addicionals, atès que, altrament, la sol·licitud de la justificació de la no-administració podria comportar un tractament de categories especials de dades (per exemple si és per raons de d'ideologia, religió o creences) que podria entrar en conflicte amb l'article 16.2 CE» (Informe 15/2020, de 30 de novembre).

(31) Conecta esta temática lateralmente con el alcance de la libertad de conciencia respecto de la vacunación obligatoria allí donde ésta rige como canon general. Sobre esta cuestión y la diferenciación entre la opinión crítica y las convicciones o creencias proyectada sobre la vacunación y el artículo 9 de la CEDH, es recomendable, por el marco actual que ofrece, la lectura de los §§ 313-338 de la STEDH *Vavříčka y otros c. República Checa*, de 8 de abril de 2021.

### C. El condicionamiento de actividades mediante la exigencia del certificado de vacunación

Finalmente, hay que estar atentos también a las manifestaciones imperativas que pueden aflorar mediante el condicionamiento de actividades.

En un modelo de vacunación recomendada toca hacer fuerte, antes que nada, el acceso a la vacuna. Ocurre, con todo, que, por muy llano que sea el camino que lleve a la vacuna contra la COVID-19 (provisión como prestación pública, gratuidad, facilitación del entorno, eliminación de barreras, información personalizada...), bien puede ocurrir que su difusión requiera de incentivos o estímulos adicionales; estímulos que pueden ser de contenido muy diverso y que, asimismo, es dado articular de muchas formas, ya en positivo –dando algo que ganar o mejorando la situación para obtenerlo– ya en negativo –haciendo que se pierda o que sea más difícil la obtención de algo–. No es casual que el uso de estos incentivos tenga una larga tradición en la vacunación sistemática ordinaria a lo ancho del mundo, destacando, por encima de todos, el establecimiento de vínculos, de intensidad y modularización variable, entre la vacunación y la escolarización de los niños.

Precisamente porque la música debiera sernos conocida, convendría estar atentos a las noticias que a diario recibimos acerca de la posible exigencia de la vacunación contra la COVID-19 en muchos ámbitos: en el mercado laboral, en el ocio, en los viajes... Hay un evidente impulso en esa dirección que tiene que ver no solamente con la generalización de la vacunación, sino también con las necesidades sociales y económicas de generar un marco más flexible que facilite el tránsito y la circulación de las personas. Pues bien, si el certificado vacunal es exigido para acceder a establecimientos o ejercitar actividades relevantes en lo cotidiano, sucederá que el centro de gravedad del modelo basculará hacia los dominios de la obligatoriedad. No en vano, allí donde se condiciona la escolarización, por su vocación universal, se suele considerar que el sistema raya *de facto*, por su eficacia indirecta, en la obligación. Y, claro está, a mayor dureza, mayor fricción con las libertades y derechos individuales: con los relacionados de fondo con la actividad condicionada –el derecho a la educación, la libertad de movimiento, la libre elección de profesión u oficio, etcétera–, pero también con el trasfondo de la libertad ideológica o religiosa y, sobre todo, del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Hay que insistir por ello que, puestos en el marco de una opción recomendada, la generalización de la vacunación no puede erigirse por sí misma en la razón que justifique la condición. Ésta debe explicarse a la luz de la naturaleza de la actividad condicionada y, por tanto, del interés sanitario en que se reduzca el riesgo de contagio en su desarrollo. No es un matiz. Es el *quid*: no se trata de escoger las actividades más cotidianas para condicionar la participación en ellas al hecho de estar vacunado y, de este modo, impulsar la extensión de la vacuna colocando, por así decir, *checkpoints* estratégicos. Ese enfoque resultaría falaz en el sentido de que sería incongruente con un canon general basado en la recomendación. Habría que, previamente, cambiar las tornas del sistema. Lo que sí es un enfoque coherente y aun necesario es la detección de actividades especialmente riesgosas, donde esté justificado en términos sanitarios aumentar las precauciones en cuanto al riesgo de contagio de la enfermedad, en este caso de la COVID-19.

Tomemos por caso el ejemplo que nos proporciona el legislador italiano respecto de la vacunación de los profesionales sanitarios. Se acaba de dar un paso relevante allí, aprobándose una medida que ha despertado un notable interés comparatista: se establece por ley un deber de vacunación para quienes ejerzan profesiones sanitarias, así como para el conjunto de los operadores de interés sanitario (32). Un deber cuyo cumplimiento se asegura, en vez de mediante la previsión de sanciones, a través del establecimiento de una condición. En efecto, la vacunación pasa a ser un requisito necesario en orden al ejercicio profesional y al desempeño de prestaciones y tareas de estos colectivos que exijan algún tipo de contacto personal o que supongan un riesgo de transmisión del coronavirus. Como correlato, el empleador pasa a estar autorizado para remover al empleado de su destino y encomendarle otras tareas no comprometidas, así sean de rango inferior; e incluso, si ese cambio de funciones no fuese posible, se producirá la pérdida del sueldo. Esta suspensión anudada a la negativa no justificada a la vacunación constituye un claro exponente de la vacuna-condición en un sector donde el legislador italiano ha apreciado la presencia de razones singulares de agravamiento del riesgo de contagio y, por ende, de acentuación de la necesidad de la vacunación. Y ello en el contexto general de una campaña basada, también en Italia, en la recomendación.

El ejemplo italiano nos muestra una vacuna-condición de libro, fijada por ley y de formato rígido, en el sentido de que la vacunación actúa como condición *sine qua non* del ejercicio de un derecho. No es éste, de todos modos, el único registro posible. El catálogo de la vacunación condicionante tiene un rico recorrido. Por eso mismo, conviene mucho detenerse en el análisis concreto de las especies que van entrando en escena poco a poco. Tengo en mente, señaladamente, el empleo de la vacunación a la manera de alternativa a otras medidas de prevención como sería el caso de los tests o de las cuarentenas. Como alternativa mejor y más práctica y, por eso mismo, como elemento que cabe presentar en la «facilitación» de la recuperación de la normalidad de ciertos derechos. Pensemos en las visitas en los centros de mayores y el levantamiento gradual que viene haciéndose de las duras restricciones al respecto (33).

No encaja, en última instancia, en la vacunación condicionante el «certificado digital verde» cuya regulación comunitaria está en ciernes (34). Y es que no estamos ante un pase o salvoconducto que autorice a viajar. El certificado verde digital busca tan solo facilitar el ejercicio de un derecho que ya se tiene, el de libre circulación *ex* artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero que se ve afectado de manera recurrente por las medidas de restricción de la movilidad

---

(32) Decreto-ley núm. 44/2021, de 1 de abril, de Medidas urgentes para la contención de la epidemia de COVID-19, en materia de vacunación contra el SARS-CoV-2, de justicia y de concursos públicos.

(33) De gran interés para reflexionar sobre este argumento desde un enfoque ético y, singularmente, tomando en consideración el principio de igualdad es la Recomendación del *German Ethics Council* que lleva por título *Special Rules for Vaccinated People?*, de 4 de febrero de 2021. Entre sus conclusiones encontramos la idea de que «The substantial isolation measures that are still in place in nursing homes, facilities for the elderly or disabled, and hospices should be lifted for vaccinated persons as soon as possible as the vaccination programme progresses» (p. 5).

(34) Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados interoperables de vacunación, de test y de recuperación para facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

en las fronteras ante las sucesivas olas del coronavirus. No se pretende dar carta de naturaleza u otorgar fuerza constitutiva a este nuevo documento, permitiendo que, a su virtud, se adquiriera algo distinto a lo que ya se poseía dentro del estatus de ciudadanía europea. Por eso mismo, la eventual crítica en términos de igualdad se debilita tanto: la vacunación no va a generar un nuevo derecho, ni siquiera va a autorizar su ejercicio; solamente facilitará que allí donde la libertad de circulación aparezca supeditada por el país de turno a la tenencia de una prueba de vacunación, ésta pueda ser suplida eficaz y ágilmente por medio de este certificado en un contexto transfronterizo. El certificado verde digital se erige, en suma, en un medio de simplificación documental en los viajes en la Unión basado en la estandarización y en el reconocimiento de un marco de confianza –que, sobre guardar el reconocimiento mutuo, sirva para combatir el fraude en la certificación–.

### 3. LAS EXPRESIONES IMPERATIVAS PRODUCTO DE LA TUTELA JUDICIAL DE LA SALUD INDIVIDUAL DE PERSONAS VULNERABLES. EL CASO DE LOS ANCIANOS EN RESIDENCIAS SIN CAPACIDAD DE CONSENTIR Y LAS NEGATIVAS DE SUS REPRESENTANTES O FAMILIARES

Hecho el recorrido por las manifestaciones de obligatoriedad amparadas en el interés sanitario colectivo, detengámonos ahora en las que encuentran su fundamento en la tutela del interés sanitario individual. Asumo que, a primera vista, cause extrañeza esta parte del mapa. Y es que la vacunación voluntaria gira alrededor del principio cardinal del consentimiento libre e informado (art. 5 del Convenio de Oviedo), de modo que se trata de una decisión estrictamente personal. Ahora bien, es sabido igualmente que dicho principio debe modularse allí donde la persona carezca de la capacidad suficiente para expresar su consentimiento. He ahí el posible origen de discrepancias que desemboquen en decisiones imperativas.

En efecto, cuando se analiza el régimen jurídico de la vacunación infantil sale a nuestro encuentro una pieza que, aparentemente, desenaja en un marco de vacunación recomendada como es el nuestro. Sucede o se aparece esta pieza cuando los padres del menor discrepan –lo cual, por cierto, no tiene por qué tener como sustrato una crisis familiar o de pareja, ni tampoco la precariedad o marginalidad; en esto conviene huir de estereotipos– y la controversia ha de ser resuelta al cabo por un Juez. Estos procesos se vienen resolviendo a favor del padre que sostiene la conveniencia de vacunar al hijo (35). Es ésta una constante que se da en todo el mundo y que, hasta donde he podido indagar, se monta sobre un hilo argumental muy pare-

---

(35) El primer caso del que tengo constancia en España es el resuelto, en segunda instancia, por la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto 433/2018, de 17 de octubre. La discusión entre los padres tenía que ver con la administración de la vacuna del papiloma a su hija. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó el criterio del juez de instancia y dio la razón al padre partidario de vacunar por considerar, luego de analizar la opinión de los expertos, que era la opción que más se compadecía con el interés de la menor. Con posterioridad y en la misma línea, véanse también la SAP de Pontevedra de 22 de julio de 2019 (recurso 321/2019) y la SAP de Murcia de 4 de junio de 2019 (recurso 82/2019). Para profundizar, acúdase a Cristina GIL MEMBRADO, «El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor», *Revista de Derecho Privado*, 3, 2018, 57-65.

cido centrado en la apelación al interés superior del menor y, más concretamente, a su salud y, en íntima conexión con ello, a la posibilidad de disfrutar de un desarrollo lo más pleno posible en cuanto a crecimiento, oportunidades e integración social.

En la vacunación contra la COVID-19 se ha producido una situación asimilable en relación con las personas mayores residentes en centros y privadas de forma temporal o permanente de su capacidad de decidir o consentir a causa de una enfermedad mental o de una discapacidad intelectual. Estamos ante otro supuesto en el que el consentimiento habrá de realizarse «por representación» y, por consiguiente, puede ocurrir que el familiar o el representante rechacen la vacuna en contra del criterio de la dirección de la residencia, ya sea privada o de la Administración. De hecho, un tal episodio ya se ha producido en la práctica, dando lugar a la intervención en última instancia de la Justicia en aplicación de los artículos 216 del Código Civil y 9.6 de la Ley de autonomía del paciente (36). Contamos, así pues, con los primeros pronunciamientos judiciales que, en claro paralelismo con la línea mantenida por sus homólogos en materia de vacunación pediátrica, se posicionan a favor de la vacunación (37).

Importa mucho tener en cuenta que en esta parte del mapa el norte viene marcado por la tutela de la salud individual de la persona, sin que las ventajas colectivas del hecho de vacunarse puedan erigirse en el fundamento de imponer la vacunación en contra o sin la voluntad del representante (38). Si respecto de los menores la *ratio decidendi* es el interés superior del menor, en el caso de los ancianos la clave reside en la búsqueda de lo que más conviene a la salud de la persona mayor internada en la residencia. Por mucho que el director de dicha residencia pueda invocar la conveniencia de la vacunación de todos los residentes en términos de

---

(36) Intervención que se sustanciará por el cauce de la jurisdicción voluntaria ante el orden jurisdiccional civil (arts. 87-89 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

(37) A título meramente ejemplificativo, cabe referir los siguientes: Auto de 9 de enero de 2021, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela (en funciones de guardia); Auto 47/2021, de 15 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla; Auto 55/2021, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela, de 19 de enero; Auto 60/2021, de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela; Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada, de 4 de febrero de 2021; y Auto 64/2021, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, de 11 de febrero.

(38) La precisión es relevante y puede dar lugar a equívocos. No en vano, el Fiscal de Sala delegado para el orden contencioso-administrativo, el Fiscal de Sala delegado para el orden civil, y el Fiscal de Sala para la protección de personas con discapacidad y mayores, al poco de echar a rodar la campaña, se vieron en la necesidad de efectuar una *Comunicación*, de 24 de febrero de 2021, con el fin de significar la improcedencia de encauzar este tipo de situaciones y conflictos en centros residenciales de mayores por la vía del artículo 8.6 de la LJCA. Como bien se explica en esa *Comunicación*, no cabe apelar a la protección de la salud pública para justificar la vacunación forzosa respecto de un colectivo, el de las personas residentes, siendo que el legislador ha optado por la recomendación, sin reservas al respecto. Así, entre las conclusiones alcanzadas –que comparto–, se señala que:

«En tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas, globalmente considerados, o de quienes se integran en ellos, para justificar la administración forzosa de la vacuna contra la COVID-19, puesto que tales razones y circunstancias no han sido acogidas por el Legislador, en el marco del artículo 43.2 de la Constitución, para establecer excepciones de esta índole al carácter no obligatorio de la vacunación y, por tanto, a la libertad de decisión individual para prestar o negar el consentimiento a tal fin.»



salud colectiva o incluso apelando a las mayores facilidades en el desenvolvimiento de las actividades del centro, es decir, al hecho de que la ratio de vacunación puede incidir en el giro cotidiano del centro y de todo lo que ocurre en derredor, los Juzgados que hasta el momento se han pronunciado han acertado a ajustar los términos en la estricta dimensión particular, buscando la mejor opción en beneficio de la salud del interesado (39). Se trata, en definitiva, de medidas *ad personam*, a título únicamente personal. De donde va a ser fundamental en el proceso el examen singular de la situación médica del usuario del centro y de su capacidad para discernir el rechazo de la vacunación (40). Asimismo, en esta misma línea de atender a lo que más conviene a la persona mayor, es destacable que se tome en consideración otras posibles ventajas de la vacunación, aparte de las sanitarias, en clara resonancia del argumento del desarrollo pleno y pensando en el contacto con los familiares y allegados que también aparece modulado en función del estado de vacunación muchas veces.

Precisamente por ser pronunciamientos a título personal, conviene ser prudentes a la hora de extraer conclusiones generales y evitar la categorización. Esto supuesto, cabe advertir en estos pronunciamientos cómo el balance entre las ventajas y desventajas de la vacunación contra la COVID-19 en términos individuales se decanta de una manera muy clara –más de la que la propia autorización de comercialización ya de por sí concede– del lado de su conveniencia como herramienta de prevención. Es mucho mayor el riesgo de contraer y padecer la COVID-19 que el de padecer efectos secundarios graves a causa de la vacuna (41).

---

(39) Sirva para ilustrarlo este fragmento extraído del Auto de 9 de enero de 2021, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela:

«Ya avanzamos que, entre las diversas variedades de supuestos que las normas de aplicación contemplan y en los que pudiera ordenarse la vacunación, entendemos que concierne al presente caso, exclusivamente, el atinente al peligro que pudiera suponer la no suministración de la vacuna a la presunta incapaz. No han de ser, en ningún caso, razones de sanidad pública ni de riesgo para terceros lo que justificase una decisión en contrario de la adoptada por su hija de modo que ésta ha de contravenirse, únicamente, si se considerase que la recepción de la vacuna es aquello que responde a la procura del mayor beneficio para la salud de la afectada. Una diversa intelección supondría obviar que la estrategia de vacunación relativa a la enfermedad epidémica que nos preocupa se ha establecido como voluntaria sin que exista cobertura legal a la imposición de la vacunación. Siendo esto así para la ciudadanía en general, constituiría, ciertamente, un desafuero cuando no una impúdica contravención de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, imponerla a un supuesto incapaz sobre la base de la conveniencia de terceros.»

En la misma líneas, leemos en el Auto 60/2021, de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela, que «La única perspectiva a ponderar en el caso es la individual del paciente es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente, debiendo quedar al margen cualesquier otra consideración de Salud Pública, dada la naturaleza voluntaria de la citada vacuna, debiendo quedar asimismo al margen otros intereses así como cualquier consideración accesoria como el eventual beneficio para los restantes residentes y para los trabajadores del centro residencial».

(40) De donde la trascendencia del rol que está llamado a desempeñar el Médico Forense. Por cierto, que, puestos a destacar roles, toca significar igualmente la importancia de la participación en este tipo de procesos del Ministerio Fiscal a partir de su función de protección y defensa de los derechos de las personas mayores. De hecho, su posicionamiento favorable a la vacunación como punto de partida explica también el impulso de esta vía.

(41) Con tersura se expresa en este punto el Auto 60/2021, de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela: «El riesgo de reacciones adversas a la vacunación

## V. FINAL

Se han expuesto aquí las claves de los dos principales debates que, en términos jurídicos, vienen rodeando a la vacunación contra la COVID-19. No son, por supuesto, los únicos debates puesto que hay otros temas quizás menos apremiantes, pero no por ello sin miga o relevancia como el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable en los casos de accidente (42). Es evidente, también, que los mencionados encierran en su interior a su vez otras cuestiones, algunas con la suficiente enjundia y complejidad de cara a justificar un tratamiento aparte. Qué decir si no del acceso a la vacunación visto desde la óptica de las patentes y la discusión en torno a la oportunidad y procedencia de activar licencias obligatorias. O, cambiando al otro tercio, del abordaje particular de la obligatoriedad de la vacunación para con los profesionales sanitarios.

Quisiera, no obstante, aprovechar estas líneas finales para llamar la atención sobre una circunstancia, a mi juicio, esencial. Los debates acerca del acceso y, más aún, en torno a la obligatoriedad de la vacunación no son, en rigor, nuevos. Este último, de hecho, es bicentenario. Ciertamente, la pandemia del coronavirus imprime su sello particular a todo lo que está ocurriendo, también a la vacunación. Sin embargo, ampliar la perspectiva es muy conveniente. Al contemplar la vacunación bajo la lupa del Derecho puede apreciarse que, a pesar de ser el género de las vacunas muy rico y diverso en especies, su tratamiento jurídico adopta sin estridencias un enfoque aglutinador, donde impera el género. Probablemente tenga mucho que ver en ello la figura del calendario de vacunación, que no deja de representar una agrupación de las vacunas esenciales que el poder público se compromete a erogar a fin de dar cumplimiento a su misión de proteger la salud pública y a sus obligaciones positivas para con las condiciones básicas de un desarrollo equitativo y pleno de los ciudadanos. La propensión a razonar jurídicamente y a elaborar discursos y respuestas pensando en la vacunación en bloque, como conjunto, es una constante. Presenta, ni qué decir tiene, aspectos bien positivos, pero arrastra al mismo tiempo ciertos riesgos en el sentido de que también las debilidades se comu-

---

debe estimarse en el momento actual muy inferior al riesgo derivado de la no vacunación, a la consiguiente frustración de una inmediata y prioritaria protección de la salud de la paciente y al consecutivo peligro y riesgo que debe calificarse como muy grave y efectivo de desarrollar enfermedad de contraer el virus del COVID-19, precisamente por razón de su edad avanzada, sus patologías y, en particular, por razón de su ingreso residencial dado que la dramática experiencia acreditada desde marzo de 2020 evidencia los inasumibles índices de contagio y mortalidad en el ámbito residencial de nuestros mayores».

(42) Si la vacunación contra la COVID-19 es servicio público, va de suyo que queda activada de inmediato la responsabilidad patrimonial de la Administración por su funcionamiento. El corolario es de Perogrullo. Otra cosa es el estándar aplicable. En ausencia de una previsión legal que reconozca la singularidad de la vacunación como manifestación de solidaridad colectiva merecedora de una respuesta consecuente en régimen de responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal, cabe que la Administración, de producirse algún episodio de accidente grave, intente desentenderse invocando las eximentes de la voluntariedad y de los riesgos del progreso. Por fortuna, el precedente de la STS, de 9 de octubre de 2012 (recurso 6878/2010), marca acertadamente el rumbo a seguir ante eventuales reacciones adversas inesperadas y remotas, aplicando el estándar de funcionamiento normal. De todos modos, creo que un compromiso sellado en la norma sería lo más idóneo y podría jugar, a mi modo de ver, como un estímulo más en términos de acceso y confianza.

nican entre las especies y no es infrecuente que una controversia, aun siendo particular o muy específica de una vacuna, comprometa al género entero.

Pues bien, interiorizar esta idea permite comprender mejor que el cariz de la vacunación contra la COVID-19 va a tener repercusiones en la vacunación en su conjunto. Vivimos ahora inmersos en un ambiente de vacunación; visualizamos cada día la potencia de esta herramienta de salud pública, su capacidad transformadora de las oportunidades para una sociedad. Propiedades que, respecto de la vacunación rutinaria, venían pasando desapercibidas. ¿Quién recordaba los estragos de la poliomielitis? Ahora, el destroz del coronavirus sigue ahí y seguirá grabado su recuerdo profundamente en nuestro ánimo por un tiempo. Asistimos a un momento crucial para el destino de la política de vacunación que ya antes del coronavirus venía librando, sin tanto estrépito, decisivas batallas en no pocos frentes. Ahí están, por poner claros ejemplos, los esfuerzos por dar esos últimos pasos que nos lleven a la erradicación de la poliomielitis, que supondría un segundo hito –después de la viruela– en el haber de la vacunación; o el inquietante retroceso respecto del sarampión, cuyas tasas de cobertura en Europa y en otras regiones del planeta se han situado por debajo del listón que estaba encauzando su eliminación en muchos países. Por eso mismo, la vacunación contra la COVID-19 constituye una excelente oportunidad para coger el tema con las dos manos y acometer esa lista de cuestiones pendientes. En el caso de España, para aprobar, si no una ley de vacunación, sí, al menos, una regulación ordenada de sus bases, enderezando la deriva en la que está instalado su régimen jurídico desde hace tiempo y que va a parar a una especie de cóctel de evanescencia –a menudo, confundida con flexibilidad– y de lenidad en el manejo de las fuentes. Sé que pesa el sentir que empuja a la quietud ante lo que funciona bien en la práctica. Sin embargo, no se trata de remover sin motivo la esencia del modelo, sino de preservarlo, arrojándolo con la mejor seguridad jurídica ante los eventuales embates venideros (43).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J. F., «La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la Administración», *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 29-50.
- ATTWELL, K., y SMITH, D. T., «Hearts, minds, nudges and shoves: (How) can we mobilise communities for vaccination in a marketized society?», *Vaccine*, 36, 2018, pp. 6506-6508.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados», *Derecho y Salud*, 22, 2012, pp. 9-30.

---

(43) Por eso mismo, es éste un alegato a favor de una regulación sustantiva que entronca con una posición que he tratado de exponer con más detalle en otro lugar. El meollo no radica en un tipo de ley, sino en la existencia de una estructura normativa que dé razón de las bases de la vacunación. Sin perjuicio de que, por su propia naturaleza y la especial dosis de tecnicismo y dinamismo de este campo, haya que reconocer de inmediato mucha importancia a la manera de conjugar las distintas fuentes normativas, ya sea en clave territorial y/o jerárquica, así como a los enlaces entre los planos normativo y ejecutivo. Sobre el sentido y la dificultad de esta articulación existen, por lo demás, importantes episodios en el derecho comparado de los que podemos extraer valiosas enseñanzas.

- CIERCO SEIRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93, 2021, en prensa.
- *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano», *Derecho Privado y Constitución*, 26, 2012, pp. 203-237.
- DOUGLAS, T.; FORSBERG, L., y PUGH, J., «Compulsory medical intervention versus external constraint in pandemic control», *Journal of Medical Ethics*, 2020, pp. 1-6.
- GIL MEMBRADO, C., «El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor», *Revista de Derecho Privado*, 3, 2018, pp. 57-65.
- GOSTIN, L. O., *et al.*, «Mandating COVID-19 Vaccines», *The Journal of the American Medical Association*, 2021, 325 (6), pp. 532-533.
- GRAVAGNA, K., *et al.*, «Global assessment of national mandatory vaccination policies and consequences of non-compliance», *Vaccine*, 38, 2020, pp. 7865-7873.
- MACDONALD, N. E., *et al.*, «Mandatory infant & childhood immunization: Rationales, issues and knowledge gaps», *Vaccine*, 37, 2018, pp. 5811-5818.
- MELLO, M. M., *et al.*, «Ensuring Uptake of Vaccines against SARS-CoV-2», *The New England Journal of Medicine*, 383, 2020: pp. 1296-1299.
- PAUL, K. T., y LOER, K., «Contemporary vaccination policy in the European Union: tensions and dilemmas», *Journal of Public Health Policy*, 40, 2019, pp. 166-179.
- PONCE SOLÉ, J., «Derecho Administrativo, Ciencias Conductuales y Nudging en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 2108, pp. 8-27.
- RAMIRO AVILÉS, M. Á., *Sobre la Estrategia de Vacunación*, 4 de enero de 2021: <https://agendapublica.es/sobre-la-estrategia-de-vacunacion>.
- SAVULESCU, J., «Good reasons to vaccinate: mandatory or payment for risk?», *Journal of Medical Ethics*, 2021, 47, pp. 78-85.
- SUNSTEIN, C. R., *Behavioural Science and Public Policy*, Cambridge University Press, 2020.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «Problemas legales de la vacunación en España», *Diario La Ley*, 22 de enero de 2021.
- VAQUÉ RAFART, J., «Inmunidad colectiva o de grupo», *Vacunas*, 2, 2001, pp. 22-29.