

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2020/2021**

**Convocatoria: Julio**

**OBLIGATORIEDAD DE LA VACUNANACIÓN**  
**CONTRA LA COVID-19**  
MANDATORY COVID-19 VACCINATION

Realizado por el alumno D. Fernando Ruíz Díaz

Tutorizado por el Profesor D. Gerardo Pérez Sánchez

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho.

Área de conocimiento: Derecho constitucional



RESUMEN (entre 150 y 300 palabras)

Este Trabajo Fin de Grado analiza si el ordenamiento jurídico español contiene los mecanismos jurídicos suficientes para imponer (carácter obligatorio) una campaña de vacunación masiva contra la COVID-19. Para ello, se realiza un estudio de las disposiciones normativas que, en aras de proteger la salud pública, dan una respuesta ante situaciones como las crisis sanitarias; fundamentalmente, aquellas que componen la normativa sanitaria y el Derecho de excepción. Además, se determina qué derechos fundamentales protegidos por la Constitución española de 1978 pueden considerarse vulnerados, al igual que se expresan los requisitos necesarios para que la medida se considere constitucional.

Una vez realizado dicho estudio, se procede a delimitar esta posibilidad. Por un lado, se explica la inseguridad jurídica de la que adolece el marco normativo y la necesidad de reformarlo, sin perjuicio de razonar qué norma es la más idónea para la finalidad que se pretende conseguir, además de una propuesta para dotarlo de seguridad jurídica. Por otro lado, se comentan cuestiones implícitas a la vacunación, tales como el Plan y el Registro de Vacunación. Finalmente, se tratan las posibles consecuencias que conllevaría la medida, tanto para las personas que se vacunen, como para aquellas que la rechace.

**Palabras clave:** vacuna, voluntariedad, obligatoriedad, COVID-19, derechos fundamentales, salud pública, estado de alarma, normativa sanitaria.

ABSTRACT

This research work analyses the legal mechanisms contained in the Spanish legal system to impose (mandatory) a mass vaccination campaign against COVID-19. To do this, a study is carried out of the regulatory provisions that, in order to protect public health, respond to health crises; fundamentally, those that make up the health regulations and the Law of exception. Furthermore, it is determined which fundamental rights protected by the Spanish Constitution can be considered violated, as well as the necessary requirements for the measure to be considered constitutional.

Once this study has been carried out, this possibility must be defined. On the one hand, the legal uncertainty that the legal framework suffers and the need to reform it is explained, without prejudice to reasoning which provision is the most suitable for the purpose it is intended to achieve, in addition to a proposal to provide it with legal certainty. On the other hand, issues implicit in vaccination are discussed, such as the Vaccination Plan and Registry. Finally, it deals with the possible consequences that the measure would entail, both for people who are vaccinated, and for those who reject it.

**Key Words:** vaccine, voluntary nature, obligatory nature, fundamental rights, State of Alarm, public health, health regulations.



## ÍNDICE

<b>1. LA VACUNACIÓN COMO POLÍTICA DE SALUD PÚBLICA .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1. El derecho a la salud pública .....</b>	<b>4</b>
1.1.1. Naturaleza.....	4
1.1.2. Contenido.....	5
<b>1.2. La vacunación como política de salud pública.....</b>	<b>6</b>
1.2.1. Ordenamiento jurídico español.....	6
1.2.2. Ordenamiento jurídico europeo .....	7
<b>1.3. Eficacia y riesgos de la vacunación. El rechazo a las vacunas.....</b>	<b>8</b>
<b>2. MARCO JURÍDICO VIGENTE: voluntariedad vs obligatoriedad.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1. La voluntariedad como regla general .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2. La obligatoriedad como regla excepcional .....</b>	<b>12</b>
2.2.1. Normativa sanitaria.....	12
2.2.2. El derecho de excepción. El estado de alarma.....	16
<b>3. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS .....</b>	<b>18</b>
<b>3.1. Derecho a consentir o rechazar los tratamientos médicos.....</b>	<b>18</b>
<b>3.2. Derecho a la educación. La vacunación infantil .....</b>	<b>22</b>
<b>3.3. Limitación a los derechos fundamentales: constitucionalidad .....</b>	<b>25</b>
<b>4. ALCANCE DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA .....</b>	<b>29</b>
<b>4.1. Problemas del marco teórico actual: inseguridad jurídica.....</b>	<b>30</b>
<b>4.2. ¿Marco jurídico actual o necesidad de reforma? .....</b>	<b>35</b>
4.2.1. Obligatoriedad de la vacunación COVID-19 en la legislación actual.....	35
4.2.2. Reforma de la legislación actual.....	39
<b>4.3. Plan de vacunación .....</b>	<b>41</b>
<b>4.4. Registro de vacunación y la protección de datos .....</b>	<b>43</b>
<b>5. EFECTOS DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA.....</b>	<b>44</b>
<b>5.1. La responsabilidad patrimonial del Estado .....</b>	<b>44</b>
<b>5.2. El certificado COVID-19 digital de la UE .....</b>	<b>45</b>
<b>5.3. El rechazo a la obligatoriedad: régimen sancionador y otras medidas .....</b>	<b>47</b>
<b>6. CONCLUSIONES .....</b>	<b>48</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>50</b>



## 1. LA VACUNACIÓN COMO POLÍTICA DE SALUD PÚBLICA

### 1.1. El derecho a la salud pública

El **artículo 43.2 de la Constitución Española** de 1978<sup>1</sup> manda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

#### 1.1.1. Naturaleza

Esta previsión constitucional se constituye, por su ubicación sistemática, como un **principio rector de la política social y económica** (Capítulo III, Título I, CE); reflejo de la naturaleza social de nuestro Estado proclamada en el art. 1.1 CE<sup>2</sup>.

Ahora bien, no implica ser una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato impuesto por la norma suprema para que establezca prestaciones necesarias para tutelar la salud pública<sup>3</sup>.

Lo expuesto no significa un compromiso político, sino el deber de configurarlo mediante desarrollo legislativo porque, atendiendo a su nivel de protección, el artículo 53.3 CE impide a los órganos judiciales el reconocimiento y el otorgamiento de prestaciones con el único fundamento en estos principios por servir de guía en las resoluciones judiciales, aunque sea interpretativamente (parámetro de interpretación de la legalidad). De esta forma, los tribunales deben buscar una interpretación de las leyes lo más favorable a la efectividad de los principios rectores<sup>4</sup>.

No existe una garantía constitucional directa, sólo serán alegados en la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que lo desarrollen y, en consecuencia, tampoco se reconoce un derecho subjetivo que pueda estar bajo la protección del Tribunal Constitucional (en adelante TC). En definitiva, nos encontramos ante un deber genérico impuesto que debe ser concretado mediante una norma con rango de ley que lo convierta en una obligación jurídica exigible.

---

<sup>1</sup> Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE).

<sup>2</sup> ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (Dir.): “Sistema Constitucional de Garantías y Niveles de Protección”, en *Lecciones de derecho constitucional*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 534.

<sup>3</sup> STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, FJ 8.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ VÉLEZ, M. ISABEL: *op. cit.*, págs. 535 a 536.



### 1.1.2. Contenido

El derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE) contiene una **doble dimensión individual y colectiva**: la primera dirigida al conjunto de acciones encaminadas a tutelar la salud, traducido como un derecho prestacional, en cuanto los ciudadanos tienen derecho a recibir una adecuada asistencia sanitaria; mientras que la segunda, se refiere a que **los poderes públicos deben preservarla a través de las medidas y prestaciones necesarias**<sup>5</sup>. No obstante, también hay quienes consideran una **tercera dimensión**<sup>6</sup>, relativa al derecho de la salud como derecho de cada persona a que su salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. Además, presenta una **doble incidencia**<sup>7</sup>:

- a) **Positiva**: se refiere al derecho a exigir a los poderes públicos una serie de actuaciones y servicios. Se relaciona con el Estado social (art. 11 CE), lo cual se traduce que su consecución no supone un límite a los derechos y libertades individuales porque realmente recae en la satisfacción de estos, siendo máxime protagonista el derecho a la salud, o por extensión, otros derechos como el derecho a la vida (artículo 15 CE) o la dignidad humana (artículo 10.1 CE).
- b) **Negativa**: se refiere al límite frente a determinadas injerencias del Estado con relación a varios aspectos de la salud y en las que se encuentran varios derechos fundamentales regulados en el artículo 15 CE, en concreto, la vida, la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes. No obstante, L. SALAMERO TEIXIDÓ<sup>8</sup> considera que en este inciso debemos distinguir:
  - i. Situaciones ordinarias. La Administración actúa de forma desajustada, bien por políticas públicas mal diseñadas o, bien a pesar de que están al margen de la legalidad, no contribuyen a la finalidad de servir a la salud pública.

---

<sup>5</sup> TOLOSA-TRIBIÑO C.: “El derecho a la salud y la vacunación en España y en el Derecho Comparado”, en *ANALES RANM*, núm. 135 (03), 2018, pág. 324. Disponible en: <https://bit.ly/3udsblr> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>6</sup> SANS LARRUGA, F. JAVIER: “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en materia sanitaria”, en AA. VV. (JUANE SÁNCHEZ, M., Coord.) *Lecciones de Derecho Sanitario*, Servicio de Publicaciones, Universidade da Coruña, 1999, pág. 109.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: “Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 19 - Extra-2010, págs. 14 -15.

<sup>8</sup> SALAMERO TEIXIDÓ, L.: “La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones”, en AA. VV. (BLANC, A. y CIERCO, C., Coords.): *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, 2018, pág. 3.



- ii. Situaciones extraordinarias. Situaciones de emergencia en las que existe un riesgo inmediato o potencial y la Administración debe poner en marcha una serie de mecanismos extraordinarios para tutelar de forma adecuada la salud pública.

Actualmente, la intervención pública en esta materia se ha centrado en la protección de la salud individual, es por ello por lo que surge la necesidad de brindar una nueva concepción de la salud pública; consecuencia derivada de lo débil e inadaptable que está siendo ser la legislación sanitaria para dar respuesta a graves crisis sanitarias<sup>9</sup>.

## **1.2. La vacunación como política de salud pública**

La protección de la salud pública comprende la curación y prevención de las enfermedades, entendida como el control de todas las circunstancias cuya afectación ponga en peligro a la salud colectiva, sin perjuicio de aquellos supuestos concretos en los que una persona posea una enfermedad transmisible<sup>10</sup>.

La vacunación está considerada como la **principal acción de salud pública** realizada por el ser humano, cuya eficacia ha logrado reducir drásticamente la transmisión de enfermedades contagiosas y mejorar la calidad de la vida<sup>11</sup>. Por esta razón, se encuentran dentro de las **políticas preventivas de salud pública** al definirse como una medida profiláctica tendente a inmunizar a un individuo frente la aparición de una enfermedad concreta, en la que el sujeto vacunado pueda vencer la infección mediante una respuesta defensiva de su propio sistema inmunitario<sup>12</sup>.

### **1.2.1. Ordenamiento jurídico español**

En nuestro ordenamiento jurídico existe un sinnúmero de normas jurídicas que desarrollan este mandato constitucional. Partiendo desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>13</sup>, en la que constituye la prevención de enfermedades como un principio general del sistema materializado en la elaboración de estudios epidemiológicos, considerados como una actividad sanitaria fundamental necesarios para orientar con mayor eficacia la

---

<sup>9</sup> TOLOSA-TRIBIÑO C.: “El contagio por coronavirus desde la perspectiva administrativa”, en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Doctrina, núm. 9602, 26 de marzo de 2020, pág. 2.

<sup>10</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, en *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, 2012, pág. 10.

<sup>11</sup> Esta información ha sido extraída del Instituto Choiseul España, disponible en <https://bit.ly/36cqK8Y> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>12</sup> CIERCO SIEIRA, C.: “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, en *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, 2005, pág. 231.

<sup>13</sup> BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986 (en adelante LGS)



prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica (artículos 3.1 y 8). Además, deberá complementarse con lo dispuesto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud<sup>14</sup>, al establecerse dentro de las prestaciones de salud pública, entendidas como el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población; la información y vigilancia epidemiológica (artículo 11). En resumen, se garantizan mediante dos instrumentos: las prestaciones sanitarias y la vigilancia epidemiológica.

Por otro lado, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, incorpora en nuestro Derecho un amplio catálogo de derechos y libertades para los ciudadanos en este ámbito, ya sea desde lo asistencial como de lo preventivo. Finalmente, no podemos olvidarnos de Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia pública<sup>15</sup> para aquellas situaciones excepcionales en las que se derive un riesgo para la salud pública con motivos de urgencia o necesidad.

### 1.2.2. Ordenamiento jurídico europeo

La competencia normativa en materia de vacunación es exclusiva de los Estados, no obstante, la Unión Europea (UE) establece políticas de coordinación y programas de vacunación, mediante la Comisión Europea, para ayudar a los países miembros<sup>16</sup>.

El fundamento reside en el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, estableciendo una función complementaria de las políticas nacionales en aras de mejorar la salud pública y prevenir las enfermedades humanas, además de evitar las fuentes de peligro para la salud. Además, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reproduce su contenido.

En definitiva, ¿cuál es el papel de la Unión en esta materia?, dar una respuesta eficaz a los Estados miembros y lo ha hecho de la siguiente manera: en primer lugar, con la creación del Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (CEPCE) mediante el Reglamento (CE) nº 851/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, a través de una estrategia coherente entre los Estados

---

<sup>14</sup> BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003 (en adelante LCCSNS).

<sup>15</sup> BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986 (en adelante LOMESP).

<sup>16</sup> Esta información ha sido extraída de la página oficial de la Comisión Europea. Disponible en <https://bit.ly/2TpBYEz> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



miembros y la contribución de expertos en sanidad pública. Posteriormente, adoptó la Recomendación (2018/C 466/01) sobre intensificación de la cooperación contra las enfermedades evitables por vacunación con la finalidad de hacer frente a la reticencia a la vacunación, mejorar la coordinación y apoyar la investigación y la innovación.

### **1.3. Eficacia y riesgos de la vacunación. El rechazo a las vacunas**

La vacunación presenta un extenso debate desde su implementación, a pesar de que su eficacia ha sido más que demostrada. La incidencia de la COVID-19 junto a las nuevas tecnologías han acelerado el proceso, tanto que probablemente nos encontremos ante su auge y, en particular, del movimiento anti vacuna.

Este movimiento se define como un colectivo de personas que por diferentes motivos (sanitarios, religiosos, científicos, políticos, filosóficos) creen que las vacunas y en definitiva el acto de vacunarse supone un mayor perjuicio para su salud que el posible beneficio que puedan aportar. Para ello, aportan información no contrastada y acientífica<sup>17</sup>. Los principales motivos para el rechazo de las vacunas son los siguientes:

- a) Por razones filosóficas y religiosas<sup>18</sup>. Para algunas creencias religiosas, las vacunas suponen una ruptura del equilibrio de la naturaleza de las cosas. Por ejemplo, los Testigos de Jehová rechazan las transfusiones de sangre.
- b) Por razón de los efectos adversos de la vacunación. Existe una probabilidad de que la vacunación produzca una secuela, un daño o, en última instancia, una enfermedad. Sin embargo, está demostrado que los beneficios son mayores.
- c) Inmunidad transitoria de muchas vacunas. Posiblemente sea la actual razón por la que muchas personas se oponen a la vacunación del coronavirus, cuya eficacia a largo plazo todavía está por demostrar; sin perjuicio de que el razonamiento general sea la falta de eficacia, aunque haya aprobado los procedimientos necesarios para su aplicación.
- d) Otros argumentos. Algunas justificaciones menos significativas a la hora de rechazar las vacunas son las molestias de los pinchazos, una mala praxis o el negocio que supone

---

<sup>17</sup> LOPEZ SANTAMARÍA, M. Á.: ‘‘Los movimientos antivacunación y su presencia en internet’’, en *Ene Revista de Enfermería*, núm. 3, vol.9, 2015. Disponible en <https://bit.ly/2VeUeks> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>18</sup> Esta información ha sido extraída de <https://bit.ly/2UpquRp> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



para los fabricantes y la falta de transparencia de todos los actos que intervienen en el mundo de las vacunas<sup>19</sup>.

A la postre, la principal causa de oposición es la falta de información y, por supuesto, de educación sanitaria.

## 2. MARCO JURÍDICO VIGENTE: voluntariedad vs obligatoriedad

El derecho debe determinar a la hora de imponer una campaña de vacunación, si dicha opción es la más conveniente para el interés general, es decir, si la Administración podría imponer su aplicación y si nuestro ordenamiento jurídico lo admite<sup>20</sup>.

En la etapa preconstitucional, la Base IV de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1994<sup>21</sup>, declaró obligatoria la vacunación contra la viruela y la difteria, sin perjuicio de su imposición preventiva cuando existan casos repetidos y teniendo en cuenta el estado epidémico en el que se encuentre. Posteriormente, la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944<sup>22</sup>, suprimió en su artículo único esta obligatoriedad al convertirla en una facultad para el Gobierno.

Pero ¿por qué no sirve como antecedente lógico para la aplicación forzosa de la vacuna contra la COVID-19? A pesar de que existen autores<sup>23</sup> que sostienen su vigencia jurídica, es razonable poner en duda la eficacia jurídica y operatividad de esta norma<sup>24</sup> por las siguientes razones:

- 1) La Disposición Final 5º LGS dispone que el precepto debía ser, en el plazo de dieciocho meses, objeto de refundición, regularización, aclaración y armonización, de acuerdo con los actuales conocimientos epidemiológicos, técnicos y científicos, con las necesidades

---

<sup>19</sup> GÓMEZ MARCO, J. J., y ZAMANILLO ROJO, I.: “Grupos antivacunas. Análisis de sus causas y consecuencias. Situación en España y resto de países”, en *Revista Clínica Electrónica en Atención Primaria*. Disponible en: <https://bit.ly/3xldHy3> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>20</sup> TOLOSA-TRIBIÑO C.: “Problemas legales de la vacunación en España”, en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Tribuna, núm. 9784, 4 de febrero de 2021, pág. 1.

<sup>21</sup> BOE. núm. 331, de 26 de noviembre de 1944, páginas 8908 a 8936 (29 págs.)

<sup>22</sup> BOE. núm. 102, de 28 de abril de 1980, páginas 9159 a 9159 (1 pág.)

<sup>23</sup> CIERCO SEIRA, C.: *op. cit.*, pág. 233. BELTRÁN AGUIRRE considera que es una cuestión más teórica que práctica porque la habilitación derivaría de otra normativa, la LOMESP; véase en BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, pág. 15.

<sup>24</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación”, en *Derecho y Salud*, vol. 24, núm. Extraordinario, pág. 22.



sanitarias y sociales de la población y con la exigencia del sistema sanitario; todavía no se ha realizado.

- 2) La imposición forzosa de una vacuna incide en el ámbito de los derechos y libertades de todos los ciudadanos, exigiendo su desarrollo vía ley orgánica a tenor del artículo 81 CE y atendiendo a la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional<sup>25</sup>. Podemos comprobar que la norma citada no ostenta dicha naturaleza.

Por esas razones y las que se expondrán a continuación, rige un **principio de voluntariedad**, al no existir explícitamente un deber legal de vacunación en las normas reguladoras de la lucha contra las enfermedades infecciosas.

### **2.1. La voluntariedad como regla general**

Toda medida preventiva debe actuar bajo los principios que establece el artículo 28 LGS, concretamente, debe existir una **colaboración voluntaria** entre los ciudadanos con las autoridades sanitarias sin derivar un riesgo para la vida porque deberán ser proporcionadas al fin que se persigue.

Esta norma no regula nada más acerca de esta cuestión, ni tampoco la LGSP prevé en ningún precepto la obligatoriedad de una campaña de vacunación, sino que refuerza esta voluntariedad en el deber de colaboración (artículo 8) previsto en su artículo 5.2 al disponer que «la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria». No obstante, en sus primeros borradores preveía (artículo 12.6) que «las medidas especiales en materia de salud pública que tengan carácter obligatorio quedan exceptuadas de la necesidad de consentimiento».

Este cambio en la redacción final, sin embargo, no es muy relevante a simple vista porque el borrador, de por sí, no establecía qué medidas en particular tienen el carácter obligatorio y, en definitiva, no existen vacunas obligatorias en nuestro ordenamiento jurídico. Además, la redacción actual es más ambigua todavía y tampoco deriva una obligatoriedad expresa, sólo remite a la LOMESP<sup>26</sup>: «salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública».

De hecho, analizando la norma detalladamente, su Preámbulo define a la salud como «una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las

---

<sup>25</sup> En especial, pueden nombrarse las SSTC 6/1982, 76/1983, 6/1987 y 160/1987.

<sup>26</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: *op. cit.*, pág. 23.



mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. Por ser autónoma, la salud reconoce *la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias...*». Además, tiene por finalidad sentar «las *bases* para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así *prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas*, tanto en la esfera individual como en la colectiva» (artículo 1).

Por otra parte, las vacunas han sido catalogadas como un medicamento especial (artículo 8.1.d del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios<sup>27</sup>) y, por ello, debemos recurrir a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>28</sup>, que sienta como pilares básicos en el ámbito sanitario el consentimiento informado y la autonomía de la voluntad como la capacidad de rechazar el tratamiento<sup>29</sup> que el paciente vaya a recibir.

Partiendo del principio de voluntariedad del tratamiento como aquel en que «una persona debe prestar su consentimiento antes de suministrarle la dosis»<sup>30</sup>, esta norma tampoco da una respuesta al problema, sin perjuicio de establecer en el artículo 9.2 a) un **límite** «cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley». En todo caso, y al igual que la LGSP, remite a la LOMESP para establecer el tipo de medidas que pueden imponerse, denotando una clara insuficiencia jurídica para concretar el tipo de medidas a imponer.

Igualmente, ambas leyes no deberían pronunciarse explícitamente sobre esta cuestión porque no tienen el carácter orgánico que resulta necesario para restringir los derechos fundamentales y las libertades públicas, en virtud de los artículos 53, 55 y 81 CE. Sin embargo, hubiera sido oportuno que estas normas aclarasen cuál es «el valor de las vacunas como instrumento fundamental de las políticas de salud pública, sin perjuicio de

---

<sup>27</sup> BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015 (en adelante Ley del Medicamento, abreviadamente LM).

<sup>28</sup> BOE. núm. 274, de 15 de noviembre de 2002 (en adelante LAP).

<sup>29</sup> Más adelante veremos qué trata, como se constituye y qué límites presenta.

<sup>30</sup> COBREROS MENDEZONA, E.: ‘‘La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca’’, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, 1996, pág. 344.



remitir dicha cuestión, en lo que atañe a la afectación de derechos fundamentales y libertades públicas a la precitada Ley Orgánica de medidas especiales»<sup>31</sup>.

Finalmente, de lo expuesto se desprende que el régimen jurídico de las vacunas no contiene ninguna previsión para su imposición forzosa y «prevalece la dimensión prestacional de las vacunas frente a la dimensión como deber de acatar una política pública basada en el interés general»<sup>32</sup>; salvo el artículo único de la Ley 22/1980, pero como ya hemos indicado, no es posible que ampare una decisión de esta índole.

## **2.2. La obligatoriedad como regla excepcional**

La ausencia de una cláusula expresa de obligatoriedad no sirve de óbice para la posible aplicación de una vacunación obligatoria porque nuestro sistema constitucional contiene un **amplio conjunto de disposiciones normativas** en las que puede, con carácter general, sustentarse la adopción de medidas por parte de los poderes públicos en aras de proteger la salud pública frente a **enfermedades contagiosas** y en la que se deriva una situación de **riesgo, urgencia y necesidad**.

### **2.2.1. Normativa sanitaria**

El cuadro normativo de la acción de la tutela de la salud pública en nuestro sistema viene establecido por tres leyes fundamentales: la Ley orgánica de 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (**LOMESP**), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (**LGS**) y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (**LGSP**); aunque es innegable la amplitud de esta normativa en otros ámbitos sanitarios en los que sería susceptible la protección de la salud colectiva (sanidad animal, protección de consumidores y usuarios, etc.), además de toda la legislación autonómica dentro del marco de sus competencias<sup>33</sup>.

#### **A) Ley General de Salud Pública**

La norma establece, como ya habíamos comentado, el derecho de participación de los ciudadanos en las actividades de salud pública se realizará de forma voluntaria «salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública». Por otro lado, dispone en su artículo 54 que las autoridades sanitarias, siempre que lo exijan las circunstancias (excepcionalidad) y exista una extraordinaria

---

<sup>31</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: *op. cit.*, pág. 23.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, pág. 5



gravedad o urgencia, podrán adoptar las medidas que estimen oportunas para asegurar el cumplimiento de la ley, sin perjuicio de las medidas adoptadas en el resto de la normativa sanitaria. Interesa, particularmente, «cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta ley» (apartado 2º, f).

Concluyendo, este precepto añade que estas «medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable» (apartado 3º). Además de respetar el principio de proporcionalidad en todo momento.

## **B) Ley General de Sanidad**

La LGS recoge «el conjunto de actuaciones que la Administración puede adoptar para la consecución de los fines que la Ley le encomienda»<sup>34</sup>, al establecer en su Preámbulo que a «la Administración Pública le cumple atender aquellos problemas sanitarios que pueden afectar a la colectividad considerada como conjunto, le compete desarrollar una acción de prevención». Pueden destacarse las siguientes:

a) **Intervención administrativa.** Tendrá por finalidad eliminar cualquier actividad que tenga una repercusión «excepcional» y «negativa» en la salud de los ciudadanos (artículo 25.4). Además, se añade que «no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquéllos queden excluidos».

**Medidas preventivas pertinentes (artículo 26).** El precepto requiere la existencia o sospecha de un «riesgo inminente y extraordinario para la salud» para su adopción. Además, se establece un listado *numerus clausus* porque, a pesar de mencionar algunas medidas como «la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales», concluye con «*cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas*».

Otra cuestión relevante es la casuística que conlleva respecto a su duración, o atendiendo al tenor literal, «la duración de las medidas, que se fijarán para cada caso»,

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.



sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó».

Esta última medida debe ser completada con lo dispuesto en el artículo 11 LCCSNS<sup>35</sup> al recoger cuales son las prestaciones de salud pública, destacando «la información y vigilancia epidemiológica», «la protección de la salud», «la promoción de la salud», «la prevención de las enfermedades», o «la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud»<sup>36</sup>.

### C) Ley orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública

Esta Ley tiene por objeto «proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad» (artículo 1).

A pesar de las medidas establecidas en su artículo 2<sup>37</sup>, cabe destacar aquellas con el **fin de controlar las enfermedades transmisibles**, en las que el artículo 3 procede a señalar, además de las «acciones preventivas generales», las «medidas oportunas para el control de los enfermos, personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos» y todas aquellas **necesarias en «caso de riesgo de carácter inmediato»**.

Esta regulación se caracteriza como «**la máxima expresión de la legislación sanitaria de excepción**»<sup>38</sup> porque, al tener carácter orgánico, está «específicamente dirigida a hacer frente a situaciones de riesgo o emergencia para la salud pública, en especial, en uno de los peores contextos inimaginables: las epidemias»<sup>39</sup>; y permite «despejar cualquier duda que pudiera existir sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adopte las medidas necesarias restrictivas de derechos cuando así lo requiera la protección de la salud pública»<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Véase en la página 7 de este documento.

<sup>36</sup> TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, pág. 5.

<sup>37</sup> El precepto establece el «reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad».

<sup>38</sup> TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, pág. 4

<sup>39</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, pág. 6

<sup>40</sup> TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, pág. 4.



Para finalizar, del análisis realizado se pueden extraer las siguientes **conclusiones** (LAURA SALAMERO TEIXIDÓ)<sup>41</sup>:

1) **Conceptos jurídicos indeterminados.** Nuestra legislación es breve y genérica, es decir, se utilizan expresiones lo suficientemente amplias y abstractas que recogen una infinidad de posibilidades.

Esta crítica a la falta de determinación de las medidas no debe ser excusa para considerar que no existe cobertura normativa debido a que «es típico de la legislación de policía establecer cláusulas generales, permitiendo a los poderes públicos una rápida reacción porque no es posible prever cuáles serán las circunstancias que exijan la respuesta urgente de la Administración, ni qué tipo de medidas haya que adoptar»<sup>42</sup>. En otras palabras, la Administración ostenta un **amplio margen de discrecionalidad** a su favor, cuyo poder no queda minimizado, logrando la ejecución de actuaciones de toda índole.

El profesor GABRIEL DOMENECH afirma que «la indeterminación del art. 3 LOMESP está justificada. El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que las normas que limitan derechos fundamentales contengan conceptos jurídicos indeterminados (STC 69/1989). Lo que resulta constitucionalmente ilícito es que la indeterminación sea excesiva, que carezca de justificación, lo que en nuestra opinión no ocurre en el presente caso.

Es muy probable que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado dicho precepto, surjan problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no pueda anticipar y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, con frecuencia, drástica. Semejante habilitación genérica confiere a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta adecuada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el legislador podía haber concretado algo más el elenco de medidas que cabe adoptar en estas situaciones y que seguramente sería deseable que lo hiciera en un futuro próximo a fin de despejar dudas. Por las razones expuestas, no parece conveniente que el correspondiente listado

---

<sup>41</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, págs. 6-7.

<sup>42</sup> TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, pág. 4.



tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el art. 3 *in fine* LOMESP»<sup>43</sup>.

En definitiva, podemos considerar que «la cláusula general de policía sanitaria que el legislador acordó deliberadamente con rango de ley orgánica cubre la reserva de ley en esta materia»<sup>44</sup>.

- 2) **Reserva judicial.** Estas medidas inciden en lo más esencial de la esfera de derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que necesitan una **autorización judicial**. Por ejemplo, en el derecho a la intimidad corporal (artículo 18.1 CE), a la integridad física (artículo 15.1 CE), entre muchos otros.

Esta autorización judicial no proviene de la literalidad de la Carta Magna, como podría ser el caso del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE), no obstante, existe una jurisprudencia consolidada del TC que entiende dicha intervención judicial como necesaria a resultas de la relevancia del contenido de estos y su conexión con la dignidad humana (artículo 10.1 CE).

- 3) **Ausencia de intervención judicial.** Es notoria la escasez de regulación en cuanto a las cautelas dirigidas a garantizar la legítima afectación de los derechos y libertades fundamentales y, en concreto, **la ausencia de la previsión de la intervención judicial** cuando venga constitucionalmente exigido. Lo cual pone en tela de juicio la constitucionalidad de la norma, a pesar de su rango orgánico en el caso de la LOMESP. Este vacío legislativo, no obstante, ha sido solventado mediante

El referido **vacío legislativo ha sido solventado** mediante otras dos normas: la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa<sup>45</sup> y la Ley de autonomía del paciente (LAP), conjunto de normas que detallaremos más adelante.

### 2.2.2. El derecho de excepción. El estado de alarma

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>50</sup> otorga en su artículo 4.b) la facultad de declarar el estado de alarma en aquellos casos en los que se produzca una alteración grave de la normalidad, en particular, una crisis

---

<sup>43</sup> *Ídem*, pág. 5.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> BOE. núm. 167, de 14 de julio de 1998 (en adelante LJCA).

<sup>50</sup> BOE. núm. 134, de 05 de junio de 1981 (en adelante LOAES).



sanitaria (*epidemias*). Esta declaración legal en la que se proclama, con carácter general, el derecho constitucional de excepción previsto en el artículo 116 CE, permite controlar los supuestos que exijan una organización del poder y una gestión de la ciudadanía distinta de la que se prevé por la Constitución en situaciones ordinarias<sup>51</sup>.

Haciendo una lectura a *sensu contrario* del artículo 55.1 CE, no será posible la suspensión de derechos fundamentales en caso de declarar el estado de alarma, sino la limitación o restricción a su ejercicio<sup>52</sup>. Se plantea, entonces, el problema con la vacunación obligatoria al considerarse como un tratamiento médico forzoso y, como resultado, produce *-fundamentalmente-* la vulneración del derecho a la integridad física previsto en el artículo 15 CE.

¿Podría esta vía servir de fundamento para esta decisión? No, porque atendiendo a lo expuesto, la declaración del estado de alarma por sí misma no es suficiente para superar las «exigencias de legalidad y constitucionalidad»<sup>53</sup> necesarias para adoptar una campaña de vacunación obligatoria porque no suspende el derecho fundamental a la integridad física. Además, ni siquiera los estados de excepción y sitio pueden disponer de este derecho (artículo 55.1 CE). Lo más razonable sería **fundamentar el estado de alarma bajo la normativa sanitaria**, posibilidad recogida expresamente en el artículo 12.1 LOAES, al disponer que «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

En este punto es importante destacar que la imposición de una medida ablatoria de alcance general, es decir, de aquellas dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas; no pueden ser adoptadas por las Administraciones sanitarias porque «no satisface las mínimas exigencias del principio de legalidad y de la reserva de ley»<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales”, en AA.VV. (GARRIDO LÓPEZ, C., Coord.): *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pág. 11.

<sup>52</sup> Esto ha servido como objeto de pronunciamiento en STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8º o en ATC 40/2020, de 30 de abril.

<sup>53</sup> Más adelante veremos cuales son. Véase DE LA TORRE, L.: “Cuestiones jurídicas sobre la vacunación en España”. Disponible en: <https://bit.ly/3qPvN8U> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>54</sup> Igualmente, más adelante volveremos a tratar este tema con más detenimiento. BARNÉS, J.: “Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia”, en *Blog Almacen de Derecho*, 27 de agosto de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3hJp10c> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



### **3. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS**

La vacunación se considera como una «agresión física perjudicial para la salud del afectado»<sup>56</sup> y, teniendo en cuenta la involuntariedad que supone su aplicación forzosa, se comprende la colisión directa con los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en nuestro texto constitucional.

#### **3.1. Derecho a consentir o rechazar los tratamientos médicos**

El Tribunal Constitucional ha establecido, mediante su consolidada doctrina, que el **derecho fundamental a la integridad física y moral** previsto en el artículo 15 CE<sup>57</sup> comprende, en el ámbito de los tratamientos médicos y en virtud del principio de la autonomía del paciente, el derecho a aceptar o rechazar medidas terapéuticas.

Al formar parte de su contenido esencial, éste «no solo se ve vulnerado por conductas perjudiciales para el organismo, sino también por actuaciones bien intencionadas que, aun dirigidas a restaurar o mejorar la salud, supongan una intromisión no consentida en la esfera corporal del afectado»<sup>58</sup>. Es por ello que se trata de un «derecho de autodeterminación que tiene por objeto su propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física»<sup>59</sup>.

La simple negativa del individuo a someterse a un tratamiento médico se sitúa dentro del artículo 15 CE porque «este derecho constitucional resultará afectado cuando se interponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional»<sup>60</sup>.

Entonces, si el sujeto es libre de decidir qué opción es la más conveniente para sí mismo, ¿por qué no encuentra su fundamento en alguna de las libertades que la Constitución proclama y sí en la integridad física? La Carta Magna consagra la libertad como un valor

---

<sup>56</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, pág. 20.

<sup>57</sup> «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

<sup>58</sup> PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: ‘‘El artículo 15’’, en AA. VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 386.

<sup>59</sup> STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º.

<sup>60</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º.



superior del ordenamiento jurídico<sup>61</sup>, pero la **libertad personal** del artículo 17.1 CE implica la capacidad de cada individuo autodeterminarse y organizarse conforme a su libre decisión<sup>62</sup>, de manera que no corresponde su encaje constitucional dentro de este campo de actuación porque contempla una «libertad física»<sup>63</sup> y no una que determina la autorización (o rechazo) personalmente del suministro de una dosis, entendida como una libertad general de autodeterminación individual.

La integridad física «no necesita estar cualificada como manifestación de otro derecho fundamental, y con independencia de que pueda ampararse por cualquiera de ellos»<sup>64</sup>, como podría ser **la libertad ideológica o religiosa** garantizada en el artículo 16.1 CE<sup>65</sup> debido a que esta decisión encaja perfectamente en la norma *iusfundamental*. Además, ha quedado delimitada en aquellos casos en los que debe respetarse el «**orden público protegido por la ley**». Así lo ha establecido directamente la norma constitucional y se entiende como un «elemento constitutivo en el ámbito de una sociedad democrática, cuya concreción queda plasmada en las cláusulas seguridad pública, salud y moral públicas»<sup>66</sup> y en el que ha quedado plasmado en el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa<sup>67</sup>. El Tribunal Constitucional expresó, conforme a lo establecido en las disposiciones mencionadas, que «el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente»<sup>68</sup>, lo cual se complementa con otro pronunciamiento relacionado con un rechazo de transfusión de sangre y su posterior autorización judicial para llevarla a

---

<sup>61</sup> El artículo 1.1 CE dispone que «España se constituye un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

<sup>62</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “Sistema Constitucional de Garantías y Niveles de Protección”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., Dir.): *Lecciones de derecho constitucional*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 390.

<sup>63</sup> STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º.

<sup>64</sup> GUERRA VAQUERO, A. Y.: “Una perspectiva constitucional sobre bioética: la figura del consentimiento informado del paciente”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pág. 22.

<sup>65</sup> «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

<sup>66</sup> GARCÍA ACOSTA, FRANCISCO. M.: “Los límites de la libertad religiosa en el Derecho español”, *Dikaion*, núm. 16, 2007, pág. 202.

<sup>67</sup> Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980. El precepto dispone que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

<sup>68</sup> STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4º.



cabo; confirmándose que «el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas»<sup>69</sup>.

Por otro lado, para que la decisión del sujeto sea tomada con todas las garantías que le asisten (autodeterminación relacionada con la salud), será necesario que reciba la **información previa adecuada** sobre los riesgos de la opción terapéutica sobre la que debe decidir; en consecuencia, surge como presupuesto básico del ejercicio de este derecho<sup>70</sup>, cuya omisión o deficiente ejecución supondrá la lesión al derecho fundamental por constituirse como una consecuencia implícita y obligada de dicha garantía<sup>71</sup>. Por esa razón, surge el **consentimiento informado** como elemento central y significativo de este derecho, más que la propia intervención corporal, puesto que, dentro del ámbito médico-asistencial, asume un papel fundamental la previa información adecuada sobre los riesgos de la opción terapéutica que el paciente decida<sup>72</sup>. Además, en un Estado social y democrático de Derecho como el que promulga nuestro texto constitucional<sup>73</sup>, no es tolerable la interpretación literal que desprende la «aplicación forzosa» de la vacunación o, en otras palabras, su obligatoriedad debería atenderse desde la perspectiva que comporta viciarlo.

Este elemento, sin embargo, no aparece recogido explícitamente en el precepto constitucional, de modo que su contenido no queda concretado. La STC 48/1996 aclaró que «es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia pone en duda varios de ellos. La decisión de permitir una agresión de esa envergadura, aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte imprescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida».

A pesar de su implícita acepción dentro del derecho fundamental, sí presenta una regulación autónoma como libre disposición y autonomía en toda relación clínica, concretamente, en la Ley 41/2002 (LAP). Esta norma asienta el derecho a la información del paciente y articula una serie de principios (artículo 2) que deben regir en toda actuación

---

<sup>69</sup> ATC 369/1984, de 20 de junio, FJ 3º.

<sup>70</sup> PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: *op. cit.*, pág. 386.

<sup>71</sup> STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º

<sup>72</sup> El artículo 3 LAP define el consentimiento informado como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».

<sup>73</sup> El artículo 1.1 CE dispone que «España se constituye un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».



sanitaria: requerirá el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, con carácter general, y en todo caso, una vez recibida la información adecuada entre todas las opciones disponibles; sin perjuicio del deber de todo profesional sanitario de informar debidamente, respetar la decisión adoptada y aplicar correctamente la prestación. Y, en especial, una regulación contenida en los supuestos límites al consentimiento (artículo 9).

Asimismo, la STC 37/2011 recuerda que el artículo 10.2 CE, como garantía de nuestro sistema constitucional, da cobertura a los acuerdos internacionales ratificados por España para formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que habrá que considerar otras disposiciones normativas, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>74</sup> o el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina<sup>75</sup>. En cambio, no existe norma específica alguna que proteja la integridad física y moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>76</sup>, si no ha tenido que ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), mediante su jurisprudencia, quien ha incorporado a la noción «vida privada» del artículo 8.1 CEDH<sup>77</sup> toda esta previsión<sup>78</sup>.

Por todo, las actuaciones médicas, aunque supongan un riesgo para la integridad física, tienen por finalidad proteger la vida (por ejemplo, la vacuna tiende a alargarla) y, por ello, esta manifestación del principio de autonomía del paciente no es consecuencia de un «reconocimiento de una facultad *iusfundamental* de autodeterminación vital, sino el resultado de un derecho estrictamente reaccional que prohíbe cualquier interferencia no consentida en los bienes que protege»<sup>79</sup>. Esta proclamación produce dos consecuencias fundamentales<sup>80</sup>:

---

<sup>74</sup> El artículo 3, relativo a la integridad física de la persona, dispone que «en el marco de la medicina y la biología se respetará el consentimiento libre e informado de la persona libre, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley»

<sup>75</sup> BOE, núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830 (6 págs.). El artículo 5 expresa que «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

<sup>76</sup> BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.), (en adelante CEDH).

<sup>77</sup> «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

<sup>78</sup> En síntesis, la doctrina establecida por el Tribunal de Estrasburgo declara que la imposición de un tratamiento médico en ausencia del consentimiento del enfermo adulto y capaz constituye una vulneración de los derechos garantizados en el artículo 8.1 CEDH, sobre todo cuando su salud está expuesta a un riesgo.

<sup>79</sup> ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: "El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, pág. 11.

<sup>80</sup> PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: *op. cit.*, pág. 386.



- 1) Los motivos o razones por las que se adopte la decisión quedan en un segundo plano, centrándose en cuanto «el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa».
- 2) Niega cualquier otra resolución del sujeto en la que se incluya una amplia interpretación del artículo 10.1 CE, relativo al desarrollo de la libre personalidad del individuo y máximo exponente de la dignidad de la persona. Por ejemplo, quitarse la vida porque «el derecho de libertad que incluya la facultad de disponer de la propia vida vulneraría su contenido esencial y, en definitiva, este mismo razonamiento podría aplicarse a un omnímodo poder de disposición sobre el cuerpo propio».

En este sentido, la STC 120/1990, de 27 de julio, relativa a un supuesto de huelga de hambre en relación con la *asistencia médica obligatoria*, concluye en su fundamento jurídico séptimo que en el derecho a la vida (siendo la Administración quien debe protegerla al existir una relación de especial sujeción) no se incluye una facultad de prescindir de ella, al existir una protección positiva que impide configurarse de forma negativa y, en consecuencia, considerar que se ha incidido en el mismo.

El acierto de esta afirmación manifiesta que la vida no se reconoce para que el sujeto pueda vivir, sino para que el sujeto pueda seguir viviendo sin injerencias por parte de terceros<sup>81</sup>.

En definitiva, el consentimiento del sujeto como parte del derecho a decidir sobre los tratamientos médicos a los que se es partícipe (es decir, a cualquier intervención médica), constituye como «algo inherente» al derecho fundamental a la integridad física y, en consecuencia, una situación de enfermedad no puede justificar su limitación.

### **3.2. Derecho a la educación. La vacunación infantil**

El régimen jurídico de los menores de edad está sometido a la regla del «**consentimiento por sustitución**» o «**por representación**» regulado en el artículo 9.6 LAP<sup>82</sup> porque no

---

<sup>81</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F: “La suspensión de los derechos”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., Dir.): *Lecciones de derecho constitucional*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 367.

<sup>82</sup> El precepto establece que «en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución



tienen plena capacidad jurídica, requiriendo de aquellas personas que ostenten la patria potestad tomar la decisión oportuna (y, salvo esta particularidad, rigen las mismas normas: derecho a rechazar o consentir un tratamiento médico). Por ese motivo, este colectivo se constituye como un caso especial, con independencia del régimen existente (voluntariedad u obligatoriedad), debido a que la autorización recae en la potestad de decisión de sus representantes legales y para sustituir esta negativa sólo puede acudir a la presencia de un interés específico (riesgo) para el menor<sup>83</sup>.

Ante la negativa de que los menores se vacunen, se podría considerar lesionado **el derecho a la educación** previsto en el artículo 27.1 CE<sup>84</sup> cuando, por motivos de salud pública, se niega el acceso en centros escolares a los menores por dicho motivo, no obstante, se deberá esclarecer si dicha vulneración o injerencia se produce por la **negación del centro educativo en virtud de la normativa escolar**; o si se debe a un supuesto de **situación epidémica o de riesgo real y grave de contagio**<sup>85</sup>.

Este derecho fundamental implica la facultad de elegir un centro educativo, precisando que una decisión amparada por una disposición reglamentaria, como viene siendo la norma escolar (entendida como una norma autonómica que exige un certificado de vacunación para poder inscribir en el centro), no tiene el respaldo suficiente para limitarlo en cuanto a la legislación sanitaria de excepción (LOMESP), al requerir un riesgo real e inminente y la necesidad de la medida para preservar la medida. En conclusión, debería declararse nula de pleno derecho por interferir en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y al no establecerse ninguna causa que justifique la expulsión o una prohibición de ingreso<sup>86</sup>.

Por esta misma razón y como veremos más adelante, sería lícito prevalecer el derecho de la comunidad escolar a la protección de la salud sobre el derecho individual a la integridad física y, por ende, en caso de una situación extraordinaria como lo es una pandemia<sup>87</sup>, el

---

correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad»

<sup>83</sup> La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015, introdujo cambios favorables a la vacunación mediante la introducción del principio general del «interés superior del menor». Véase en TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, pág. 2.

<sup>84</sup> «Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza».

<sup>85</sup> Este apartado en general se verá mediante lo dispuesto en BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, págs. 25-27.

<sup>86</sup> ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4º.

<sup>87</sup> Podría ponerse como ejemplo y como se comentará en el siguiente apartado, el caso del brote de Sarampión en Granada en el AJCA 3/2010, de 24 de noviembre de 2010, por el que se vacunaron forzosamente a 35 menores de edad.



derecho a la educación no se verá vulnerado por dicha medida, sino que debemos ponerlo en relación con lo establecido en el apartado anterior: el derecho fundamental a la integridad física de los menores y la autodeterminación de los padres al ser vacunados sus hijos contra su voluntad).

Para entender cuándo procede (o no) la vulneración de este derecho, hay que acudir a los pronunciamientos realizados por la jurisprudencia. En primer lugar, la STSJ de Cataluña, de 28 de marzo del 2000, ratificó la inadmisión de una niña en un centro por falta de vacunación porque requería dicha medida como indispensable para su ingreso. El razonamiento parte del incumplimiento de unas obligaciones que tienen por finalidad la prevención de enfermedad, comprendiendo una exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad y que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo. Posteriormente, la STS, de 13 de octubre de 2009, complementa lo establecido por los pronunciamientos mencionados anteriormente y, en particular, añade que se necesita un comportamiento activo por parte del alumnado; es decir, que incumpla sus obligaciones como alumno y, en consecuencia, altere sus obligaciones como tal.

La STSJ de La Rioja, de 2 de abril de 2002, al expresarse sobre la inadmisión de otro menor por falta de vacunación y al establecer que «se argumenta igualmente que la resolución impugnada conculca el derecho a la educación del menor, derecho reconocido por las leyes orgánicas definidoras del sistema educativo. Pero tampoco esta objeción merece consideración alguna si se tiene en cuenta que la cobertura de las Guarderías tiene carácter voluntario, resultando obligatorio la educación solo a partir de los seis años». En conclusión, el autor considera que una interpretación a *sensu contrario* del pronunciamiento admitiría la vulneración del derecho fundamental cuando se trata de la enseñanza obligatoria.

Finalmente, más recientemente, por el interés ocasionado, y a nivel europeo, la STEDH de 8 de abril de 2021 (asunto Vavříčka y Otros contra República Checa), relativa a la vacunación infantil obligatoria y en un caso de rechazo de una guardería por no cumplir con las vacunas sistemáticas, expresó que esta es «necesaria en una sociedad democrática». En sustancia, se alegó la vulneración del artículo 8 CEDH y, en relación con la injerencia producida en la noción de «vida privada», cuestión que en un primero momento el Tribunal de Estrasburgo declaró como cierto, sin perjuicio que en un posterior análisis sobre los requisitos del segundo párrafo del precepto para que esta limitación de los



derechos sea válida -y declarando que no procede la solicitud de vulneración<sup>88</sup>. Independientemente del fallo, resaltan los siguientes pronunciamientos:

- a) No sería desproporcionado, en aras de proteger la vida y la salud de las personas (en particular, los menores como colectivo más vulnerable) aún si la consecuencia es no admitirlos en los centros de enseñanza preescolar.
- b) El tribunal apoya «un principio de solidaridad social que puede justificar que se imponga la vacunación a todos, incluso a aquellos que se sienten menos amenazados por la enfermedad, cuando se trata de proteger a las personas más vulnerables».
- c) No se puede administrar por fuerza la vacunación, sino que el deber se debe ejecutar indirectamente mediante la aplicación de sanciones como son las multas administrativas que impone la República Checa.

Por todo, se entiende que la falta de vacunación no es justificación suficiente, como exigencia de un reglamento (o una ley ordinaria), para la expulsión o denegar la entrada al alumno porque se encuentra en un estado de privación *-temporal-* de recibir la educación a la que tiene derecho.

### **3.3. Limitación a los derechos fundamentales: constitucionalidad**

Recordando lo establecido en el primer capítulo de este trabajo, la salud pública se ha configurado como un principio rector de la política social y económica, de manera que la configuración de un modelo en el que los derechos tienen el mismo valor permitiría que constituya un límite a los derechos fundamentales; mientras que no tener en cuenta esa consideración, dejaría solo dicha posibilidad mediante una confirmación expresa de la Constitución o una norma con rango de ley. Esta premisa deja abierta la vereda sobre la que debe abordarse este capítulo.

La protección de la vida y la integridad física de la población, en atención a un modelo de salud pública (entendiendo la salud como bien jurídico constitucional a proteger), sugiere que deben existir fines sociales que se consideren de rango superior a la supremacía que ostentan los derechos y las libertades individuales.

---

<sup>88</sup> Para ver los motivos, véase en: <https://bit.ly/3fsPE8G> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021]. Inclusive, apréciase este estudio realizado por el Magistrado y Doctor en Derecho Carlos Hugo Preciado Domènech en la Revista de Jurisprudencia Laboral. Disponible en: <https://bit.ly/3yuSstS> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



Entonces, *¿podría una campaña de vacunación forzosa ser constitucionalmente legítima?* Esta medida preventiva de enfermedades transmisibles puede ser una medida legítimamente constitucional, sin perjuicio de su incidencia en los derechos fundamentales que hemos mencionado. No obstante, es necesario arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad de los derechos dentro de la actividad médica<sup>90</sup> porque esta protección constitucional «no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación»<sup>91</sup>.

Los derechos, conviene destacar, no son absolutos ni ilimitados, precisando que la Constitución se encarga de establecer qué limitaciones exigen entre un derecho y otro, además de derivarse de «manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo los derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos»<sup>92</sup>. En relación, se exige que el sacrificio que comporte el derecho no obstruya más de lo razonable, en el sentido de no ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante<sup>93</sup>. Para ello, existen dos vías garantes de cualquier actuación o medida sanitaria limitadora del derecho a la integridad física. En primer lugar, el sujeto titular del derecho consienta la aplicación de la medida (consentimiento informado), o; en segundo lugar, prescindir de dicho consentimiento mediante la concurrencia de una serie de requisitos (la medida sanitaria constitucionalmente justificada)<sup>94</sup>.

En lo que nos interesa, para **prescindir o descartar del consentimiento** del sujeto afectado habrá que determinar cuáles son los límites y qué requisitos deberá comportar la medida. El artículo 53.1 CE<sup>95</sup> y el Tribunal Constitucional dan la respuesta:

---

<sup>90</sup> STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ 4.

<sup>91</sup> STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8.

<sup>92</sup> SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 2/1982, de 18 de enero.

<sup>93</sup> SSTC 199/1987, 60/1991.

<sup>94</sup> JIMÉNEZ PARÍS, J. M.: “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Tribuna, núm. 9808, 11 de marzo de 2021, pág. 2.

<sup>95</sup> «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».



- a) Que se persiga un **fin constitucionalmente legítimo**. La decisión se fundamenta en proteger la salud, en relación con el derecho a la vida y la integridad física, protegidos en los artículos 43 y 15 CE, respectivamente.
- b) Que su decisión venga amparada por una norma con rango de ley (**principio de legalidad**). En este sentido, el artículo 3 LOMESP permite adoptar las medidas que se «consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, además de realizar las acciones preventivas generales»; sin perjuicio de su complementación con el resto de la normativa sanitaria y de derecho de excepción.
- c) Respeto al **principio de proporcionalidad**. No se reconoce expresamente en el texto constitucional, pero la jurisprudencia constitucional la ha categorizado como «una exigencia común y constante» para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, sobre todo cuando suponga una injerencia en el derecho de la integridad física.

A lo sumo, el control de proporcionalidad se expresa en un «**triple test**» de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>96</sup>.

- i. **Idoneidad de la medida**. El juicio de idoneidad establece que la medida debe ser capaz de lograr el objetivo propuesto.
  - ii. **Necesidad de la medida**. El juicio de necesidad se traduce en que no puede existir una medida menos restrictiva (con la misma eficacia) que consiga el mismo fin.
  - iii. **Proporcionalidad de la medida en sentido estricto**. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto determina que su adopción alcanza más beneficios para el interés general que perjuicios para los intereses particulares.
- d) Que sea **acordada por la autoridad judicial**. La jurisdicción competente en la materia es la contencioso-administrativa, en virtud de la LJCA, cuya finalidad se dirige a proteger los derechos fundamentales recogidos en la Constitución (artículos 15 a 29), lo cual genera «un espíritu garantista del legislador»<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3º.

<sup>97</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, pág. 7



Además, el juicio de proporcionalidad deberá acompañarse de una serie de presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional en los supuestos relativos a las intervenciones corporales<sup>98</sup>. De igual forma, se exigirá:

- a) **En ningún caso** podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla, **un riesgo o quebranto para su salud.**

Es considerable mencionar que las vacunas no aseguran con totalidad la finalidad pretendida, sino que comportan un grado de fiabilidad testado por las autoridades competentes en materia farmacéutica y sanitaria; y siendo preciso determinar cuál es el riesgo que conlleva. En esta última afirmación se pone de manifiesto cómo de relevante es la previa información requerida en el ejercicio del derecho a consentir o rechazar un tratamiento médico y, en caso de que se pretenda obviar, para el juicio de proporcionalidad posterior realizado por el órgano jurisdiccional. Un ejemplo bastante clarificador se encuentra en aquellos sujetos en los que se les vaya a suministrar la vacuna de la farmacéutica AstraZeneca debido a los casos de trombosis provocados por la misma, sin perjuicio de que los expertos en la materia sigan diciendo que sus beneficios son superiores a los problemas ocasionados<sup>99</sup>.

- b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de **efectuar por personal sanitario**, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.
- c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con **respeto a la dignidad de la persona**, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 CE)

Así, podemos afirmar la legítima constitucionalidad de la imposición forzosa de una vacunación obligatoria en aras de proteger la salud pública. Para cerrar la idea, mencionar un pronunciamiento realizado por la STSJ de Cataluña, de 28 de marzo de 2000, cuya trascendencia viene establecida por ser el *primer pronunciamiento judicial sobre vacunación obligatoria*. En síntesis, expresó que «la convivencia de un Estado Social y

---

<sup>98</sup> SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4º.

<sup>99</sup> Esta información ha sido extraída del periódico The New York Times. Disponible en: <https://nyti.ms/2V940o5> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general»<sup>100</sup>.

#### 4. ALCANCE DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA

La constitucionalidad debatida por la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID-19 debe adoptarse, tal y como hemos adelantado, de **forma generalizada** y no individualizada<sup>101</sup> porque es necesario alcanzar un porcentaje concreto (70%) de población vacunada para controlar la pandemia y, así, alcanzar la denominada *inmunidad de grupo*<sup>102</sup>. Al respecto, se puede distinguir entre<sup>103</sup>:

- a) Vacunas obligatorias para toda la población.
- b) Vacunas obligatorias para toda la población, pero sólo en caso de epidemias o riesgo.
- c) Vacunas obligatorias sólo para determinadas personas en atención al tipo de trabajo o profesión que ejerciten o a la situación en la que se encuentren.

Este debate, cabe destacar, no encontraría justificación si pudiera hacerse distinción alguna entre un colectivo determinado u otro (aunque posiblemente la puesta en práctica sea diferente), ya no sólo porque ello sea algo engorroso, sino porque si realmente estamos ante un problema de constitucionalidad, debería encontrarse una respuesta, en primer lugar, con independencia de a quién vaya a dirigirse<sup>104</sup>. Por esa razón, sería conveniente distinguir entre<sup>105</sup>:

- a) **Vacunaciones sistemáticas ordinarias** según el calendario vacunal cuya finalidad es prevenir hipotéticas pandemias.

---

<sup>100</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, pág. 2.

<sup>101</sup> «En nuestro Derecho, individuales significa que tienen por destinatarios a individuos o grupos individualizables de personas (una familia, una comunidad, una sección de un barrio...). De ahí que se sujeten a autorización previa o a ratificación judiciales en la medida en que incidan sobre los derechos fundamentales (art. 8.6 LJCA). Por el contrario, quedan fuera de su ámbito las que se dirigen a una pluralidad indeterminada de personas (un municipio, una comarca, una provincia...)». BARNÉS, J.: ‘Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia’, en *Blog Almacen de Derecho*, 27 de agosto de 2020. Véase en: <https://bit.ly/3hJp10c> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>102</sup> Esta información ha sido extraída de la página oficial de la Presidencia del Gobierno de España. Disponible en: <https://bit.ly/2Ut87ee> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>103</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, pág. 24.

<sup>104</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: ‘Vacunarse a la fuerza’, en *Blog Almacen de Derecho*, 18 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3hzDrA4> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>105</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, pág. 24.



- b) **Vacunaciones masivas exigidas por la existencia de una epidemia o previsibilidad de esta** por el riesgo que deriva la aparición reiterada de casos de la enfermedad, en cuanto ésta ya ha sido declarada y es una realidad.

Este supuesto comporta dos interpretaciones, una más estricta, que podría adoptarse exclusivamente cuando concurra el supuesto habilitante de la pandemia; y otra más flexible, que ocuparía toda situación que se de un brote, bajo el concepto jurídico indeterminado de «urgencia o necesidad sanitaria». Definitivamente, solo es posible la primera interpretación si atendemos a los derechos fundamentales afectados<sup>106</sup>.

#### **4.1. Problemas del marco teórico actual: inseguridad jurídica**

Nuestro ordenamiento jurídico no estaba preparado para la pandemia, las medidas que ofrecía eran «insuficientes e imperfectas: las leyes sanitarias estaban diseñadas para actuaciones localizadas y de respuesta rápida»<sup>107</sup>. En esta línea, se puede afirmar que el marco normativo vigente produce una exorbitante **inseguridad jurídica** debido a la cantidad de cuestiones suscitadas por todas las normas jurídicas que la componen. De entre ellas, la más destacable se alza de las (1) diferentes posturas sobre cómo enfrentar la crisis sanitaria desde el punto de vista jurídico: **constitucionalistas versus administrativistas**<sup>108</sup>.

- a) **Tesis constitucionalista.** Este posicionamiento considera que sólo es posible establecer una medida limitativa o restrictiva generalizada de derechos fundamentales mediante la declaración del estado de alarma al amparo de la LOEAES. Las razones son las siguientes:
- i. Reserva de ley. Los artículos 53, 55 y 81 CE disponen la necesidad de una norma con rango de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales. De esta manera, sólo será posible cualquier limitación en situación pandémica mediante este instrumento jurídico.
  - ii. La LOMESP, a la que se remitiría el artículo 12.1 LOAES, no habilita por sí misma las limitaciones generales de derechos fundamentales debido a que, según

---

<sup>106</sup> LÓPEZ, LÓPEZ, María Teresa y col.: “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario desde una perspectiva científica” Comité de Bioética de España (19 de enero de 2016). Disponible en: <https://bit.ly/3dQmRe5> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>107</sup> BARNÉS, J.: “Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia”, en *Blog Almacen de Derecho*, 27 de agosto de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3hJp10c> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ FIDALGO, D.: “Del estado de alarma al control judicial del Derecho de necesidad frente a la pandemia”, en *Blog Almacen de Derecho*, 5 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3xmWcxm> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



este postulado, el artículo 3 LOMESP restringe de forma individualizada y, por ende, no permite que las Administraciones sanitarias puedan tomar decisiones que den lugar a dichas restricciones.

iii. El artículo 11 LOAES es el precepto que habilita expresa y específicamente las limitaciones de derechos fundamentales, cuyos supuestos habilitantes se encuentra la situación de pandemia (artículo 4.b) LOAES). Interpretar lo contrario sería renunciar a la reserva de ley orgánica y contradictorio con el precepto en cuestión, ya que no sería lógico que la legislación sanitaria de excepción tenga un contenido más amplio que la propia regulación del Derecho de excepción en sí.

b) **Tesis administrativista.** Por su parte, considera que la LOMESP es una norma del mismo rango que la LOAES y, por ello, puede limitar con carácter general los derechos fundamentales en un contexto de crisis sanitaria. Así, sus motivos son:

- i. El artículo 3 sí habilita a las Administraciones sanitarias para que puedan adoptar todas las medidas sanitarias «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» de forma expresa, con el fin de «controlar las enfermedades transmisibles».
- ii. Una interpretación literal y teleológica permite este alcance general de las restricciones de derechos fundamentales porque interpretar lo contrario, supondría que el precepto carece de sentido y efecto.
- iii. El artículo se encuentra dentro del Derecho de necesidad, respetando la reserva de ley orgánica y otorgando a la Administración los suficientes poderes de policía sanitaria para imponer cualquier tipo de medida que sea necesaria. El fundamento reside en el momento de creación de la norma, el legislador no podía prever todas las medidas posibles que podría adoptar en un contexto como en el que nos encontramos, de manera que incluyó esa cláusula abierta.
- iv. Existen otras disposiciones normativas que complementan esta regulación, como el artículo 26 LGS y el artículo 54.f) LGSP.
- v. Todas las medidas generales adoptadas bajo la legislación sanitaria deben ser controladas judicialmente, a diferencia de la declaración pertinente de estado de alarma. Para ello debe acudir a lo dispuesto en la LJCA, mediante dos vías: el procedimiento de autorización o ratificación judicial (artículos. 10.8, 11.1.i) y 122



quater) y los recursos que impugnen los actos y disposiciones en los que se acuerden las medidas; y a través de una estricta aplicación de la prueba de proporcionalidad a la hora de enjuiciar las medidas.

Es innegable que la teoría expresada por ambas tesis ha dado lugar, en la práctica, a darle la razón a la *tesis administrativista*. Ello no quiere decir que haya sido la solución más acertada. La crisis sanitaria producida por la COVID-19 ha provocado un caos jurídico en nuestro país y, sobre todo, no ha aportado solución alguna para esta discusión: desde la proclamación de varios estados de alarmas<sup>109</sup> hasta periodos en los que las Comunidades Autónomas se han visto obligadas a acudir a los órganos jurisdiccionales para acordar medidas limitativas de derechos con carácter general al amparo de la LOMESP, sin necesidad de una declaración del derecho excepcional<sup>110</sup>. Sin embargo, lo más destacable de todo ello se produjo en virtud del RD 926/2020, y de su modificación por RD 956/2020, de 3 de noviembre, que prorroga su vigencia. Particularmente, se estableció un «**binomio de medidas de estado de alarma-medidas de no estado de alarma**», una dualidad que permitió adoptar medidas que afecten a derechos fundamentales con destinatarios indeterminados, al amparo de la vigente normativa sanitaria<sup>111</sup>.

La complejidad de la cuestión suscitada aumenta, en lo que a vacunación se refiere, al comprobar que existen pronunciamientos judiciales que amparan la **vacunación forzosa individual**, es decir, la normativa sanitaria actual es suficiente y prevé su adopción dentro de su amplio catálogo de medidas susceptibles de ser ejecutadas, sin perjuicio de la inseguridad jurídica que se ha expuesto de antemano. Esto ha sido acogido por varios pronunciamientos judiciales, de los cuales podrían extraerse como «precedente»:

- a) **Brote de Sarampión:** corresponde a un grupo de 36 menores en la ciudad de Granada, cuyos progenitores se negaban a que éstos se vacunasen. De esta

---

<sup>109</sup> En concreto, se han declarado (con sus prórrogas, inclusive) tres declaraciones de estado de alarma: **RD 463/2020, de 14 de marzo**, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, a escala nacional; **RD 900/2020, de 9 de octubre**, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, aplicado en la Comunidad de Madrid; y el **Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre**, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, a escala nacional.

<sup>110</sup> Precisamente, durante el tiempo en que cada estado de alarma finalizó y no fue prorrogado.

<sup>111</sup> CRESPO BARQUERO, P.: ‘La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19’, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm 54, 2021, pág. 91.



manera, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº5 de Granada autorizó, mediante auto, la vacunación obligatoria en base al artículo 43.2 CE e interpretando el artículo 3 LOMES y expresó que perseguía un fin constitucionalmente legítimo, protegiendo la salud pública y la prevención y pérdida de su deterioro<sup>112</sup>.

b) **COVID-19**<sup>113</sup>: el problema radicaba en aquellas personas que no ostentaba capacidad suficiente para tomar decisiones de forma autónoma, de manera que tal responsabilidad se le otorgaba a quien ejercía la correspondiente representación. En tal caso, cabe destacar los siguientes motivos<sup>114</sup>:

- i. No existe una obligación legal de vacunación, cuya cobertura para el legislador se encuentra en la LOMESP.
- ii. La vacuna presenta un carácter seguro al contar con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento, siendo, en todo caso, mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus que la de padecer algún efecto secundario grave.
- iii. La vacunación contra la COVID-19 es una medida médico-sanitaria necesaria, que tiende a proteger adecuadamente la salud y que la vacunación se configura como la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por COVID-19.

A pesar de ello, el Ministerio Fiscal concluyó mediante una comunicación interna que « en tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no puede invocarse razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en 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 CE, para establecer excepciones de esa índole al carácter no obligatorio de la vacunación y, por tanto, a la libertad de

---

<sup>112</sup> JIMÉNEZ PARÍS, J. M.: *op. cit.*, pág. 4.

<sup>113</sup> TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, págs. 8-9.

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, los autos del Juzgado de Primera Instancia nº17 de Sevilla, de 15 de enero de 2021 (rec. 47/2021), Juzgado de lo contencioso-administrativo nº32 de Madrid, 19 de febrero de 2021, y Juzgado de Primera Instancia nº6 de Santiago de Compostela, de 19 de enero de 2021 (rec. 26/2021).



decisión individual para prestar o negar el consentimiento a tal fin»<sup>115</sup>. Esto es fundamental, en cuanto no se puede sólo invocar que existe un riesgo, sino que justificarse al caso en concreto del porqué debería adoptarse tal medida.

Por otro lado, y a la vista de la aplicación de la normativa sanitaria, es apreciable una (2) serie de *deficiencias* que deben ser tenidas en cuenta debido a que la doctrina lleva poniéndola en el punto de mira, desde hace tiempo, en especial<sup>116</sup>:

**1) Proceso de toma de decisiones por parte de la Administración.** En situaciones de riesgo para la salud pública, no existe un marco normativo que cumpla con los requisitos de certeza y previsibilidad, de manera que, a la hora de mantener un equilibrio entre la salud pública y los derechos individuales de las personas, no existe un catálogo de medidas a adoptar, ni criterios de ordenación de su imposición, ni un procedimiento a seguir.

Esto se traduce en una «carta en blanco» para la Administración a la hora de tomar decisiones, cuya falta de límites y pautas en su actuación puede suponer un abuso y restricción ilegítima de los derechos fundamentales y libertades públicas más esenciales.

**2) Proceso de autorización judicial.** No existe ningún precepto dentro de la normativa sanitaria que regule los poderes del juzgador en el momento que se vaya a autorizar o ratificar la medida sanitaria correspondiente.

Los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA establecen a qué órgano judicial ostenta la competencia para conocer de estas medidas que afecten a un número indeterminado de personas, ya sea los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma (TSJ), ya sea la Audiencia Nacional (AN); todo dependiendo del órgano que tome la medida en cuestión. A lo sumo, el artículo 122 quater dispone el carácter preferente y el plazo en el que debe resolverse la autorización.

En resumen, no existen unos parámetros que guíen la actuación de los poderes públicos, ni el enjuiciamiento o control de la medida por parte de la Justicia. Hay que tener cuidado con esta discrecionalidad, la práctica ha puesto de manifiesto que la normativa sanitaria merece una reforma que la concrete, la mejore y, en definitiva, refuerce la garantía de los

---

<sup>115</sup> CRESPO BARQUERO, P.: *op. cit.*, pág. 100.

<sup>116</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, págs. 9 - 12.



derechos de los ciudadanos frente la adopción de medidas sanitarias, las cuales ofrecen un cauce jurídico bastante débil.

#### **4.2. ¿Marco jurídico actual o necesidad de reforma?**

La inseguridad jurídica provocada por los textos normativos que conforman nuestro ordenamiento jurídico permite preguntarse si el marco jurídico vigente es suficiente para imponer la vacunación obligatoria o, en cambio, si será necesario introducir una nueva regulación para que sea posible.

Esta decisión, antes que nada, supone la existencia de una parte de la población que no está dispuesta a aceptar la vacunación. Sin embargo, no es motivo suficiente para recurrir a la obligatoriedad -y prescindir de la regla general, la voluntariedad-, sino que será necesario no haber conseguido la inmunidad de grupo (presupuesto habilitante) mediante el Plan de Vacunación actual. De esta manera, se constituye como el último recurso a utilizar por parte de los poderes públicos para volver a la situación de normalidad.

La regulación actual para la lucha contra las enfermedades infecciosas no contiene ningún óbice para imponer la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID-19, a lo que existen mecanismos jurídicos que permiten su aplicación, aunque la problemática reside en no existir una vía clara para tomar una decisión. Por ello, surge la **necesidad de mejorar las disposiciones normativas** actuales.

##### **4.2.1. Obligatoriedad de la vacunación COVID-19 en la legislación actual**

Hasta que no se realice un futuro desarrollo normativo por parte del legislador en la normativa sanitaria, el mecanismo jurídico más adecuado para imponer la vacunación obligatoria será la **declaración del estado de alarma** (artículo 116 CE y LOAES) porque, además de lo expuesto por la tesis constitucionalista, la «**teoría del techo**» establece que una decisión que afecte a derechos fundamentales debe tomarse en consideración la intensidad que comporte su restricción y el carácter individualizado o no de los particulares a los que afecta<sup>117</sup>.

La dualidad de las «medidas previstas en la legislación sanitaria» y las que pertenecen al «ámbito del Derecho de excepción» pone de manifiesto que el impacto que puede ocasionar la medida, tanto en el plano cualitativo como en el cuantitativo, son suficientes

---

<sup>117</sup> CRESPO BARQUERO, P.: *op. cit.*, pág. 96.



para determinar cuál es el instrumento jurídico que sirve de vía para su implantación. Así, podríamos distinguir<sup>118</sup>:

- a) Por un lado, medidas como el *toque de queda* o el *confinamiento*, limitadoras del derecho fundamental a la libre circulación (artículo 19 CE) e incluso el derecho fundamental a la libertad (artículo 17 CE), revela que dicha imposición sólo será posible mediante la suspensión de las garantías de la normalidad constitucional y no mediante el amparo de la legislación sanitaria común<sup>119</sup>.
- b) Por otro lado, medidas que no necesitan de una declaración de emergencia, sino que la propia legislación sanitaria acoge la posibilidad de realizarlas; ya sea porque son medidas generales que no afectan a derechos fundamentales (*fumar a una distancia mínima de 2 metros en la vía pública* o *llevar mascarilla*), ya sea porque son expresión o aplicación de lo que la ley ya ha aprobado (*test que pueda determinar la autoridad sanitaria*)<sup>120</sup>.

A su vez, el **valor de ley** que ostenta el decreto de alarma permite que la medida «queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma». Además, «sólo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante el Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley [arts. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC]. Sin perjuicio, como es evidente, de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que puedan ser contrarios a la Constitución» (ATC 7/2021, de 13 de enero y STC 83/2016, de 28 de abril).

---

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> La ATC 40/2020 aclaró, si es cierto, que tales medidas se debieron a una incertidumbre «tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el artículo 9.3 CE (...) se han advertido eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha».

<sup>120</sup> BARNÉS, J.: ‘Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia’, en *Blog Almacen de Derecho*, 27 de agosto de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3hJp10c> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



El problema fundamental ha venido suscitado por la **inactividad por parte del Estado**, es decir, a nivel estatal no hay intención de reformar la normativa<sup>121</sup> o, por lo menos, no existe ningún pronunciamiento sobre ello. A lo sumo, el Ejecutivo aprobó el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo<sup>122</sup>, atribuyendo al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de casación contra los autos que los TSJ y la AN dicten en el ejercicio de su función de autorizar o ratificar las medidas generales que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública cuando impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales (artículo 87 ter LJCA). Sin embargo, ¿dónde queda la actividad legislativa? Si el problema, como se ha visto, reside en la normativa, ¿por qué no se ha hecho algo al respecto?, ¿es la mejor solución unificar doctrina cuando la regulación es más que deficiente? Esta ausencia ha obligado a las CCAA a salir del «atolladero jurídico» generado por la posible denegación de las medidas por parte de los órganos jurisdiccionales una vez desaparecido el estado de alarma. Así las cosas, una legislación autonómica que imponga la vacunación provoca mayor inseguridad jurídica, aún amparada en la normativa que ha sido acogida en la respuesta administrativa, judicial y legislativa; en la mayoría de los casos: es contraria a la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1º. 1ª y 16ª CE), produciéndose una «indebida supletoriedad inversa»<sup>123</sup>.

En este sentido, interesa la nueva **Ley de Salud de Galicia**<sup>124</sup> al haber sido modificada para adecuarse a lo dispuesto en la LOMESP (desarrollo autonómico) y, en particular, darle la facultad a la Administración para imponer sanciones a aquellas personas que rechacen injustificadamente a vacunarse de la COVID-19.

El artículo 38 de la ley establece una serie de medidas que, a tenor de lo dispuesto en la legislación estatal, las autoridades sanitarias gallegas podrán adoptar para la protección de la salud pública y qué requisitos deben de cumplir para tal finalidad. En concreto, medidas preventivas de obligado cumplimiento (apartado 1º) y medidas especiales en materia de salud pública (apartado 2º), destacando aquellas dirigidas al control de las enfermedades transmisibles (letra b.5ª), como el sometimiento a medidas profilácticas de prevención de

---

<sup>121</sup> COTINO HUESO, L.: “La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de abril de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/2TEkVhS> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>122</sup> BOE, núm. 107, de 05 de mayo de 2021.

<sup>123</sup> COTINO HUESO, L.: “La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de abril de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/2TEkVhS> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>124</sup> Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. DOG, núm. 143, de 24 de julio de 2008, BOE, núm. 202, de 21 de agosto de 2008.



la enfermedad, **incluida la vacunación o inmunización**, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas. Además, junto a este catálogo de medidas, se establece en los artículos 39 y siguientes, un régimen sancionador que tipifica y sanciona las denominadas «**infracciones sanitarias**», clasificando la negativa injustificada al sometimiento de la medida en atención al perjuicio causado: **leve** (incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población, artículo 41 bis, letra d), **grave** (riesgo o un daño grave para la salud de la población, siempre que no sean constitutivas de infracción muy grave, artículo 42 bis, letra c) y **muy grave** (si se produjese un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población, artículo 43, letra d); con sus respectivas **sanciones** (artículo 44 bis 2).

Esta previsión, sin embargo, actualmente no se encuentra en vigor debido al recurso de inconstitucionalidad<sup>125</sup> promovido por el Gobierno, cuya admisión a trámite por parte del Tribunal Constitucional ha suspendido su aplicación. Paso previo a esta solicitud, el Consejo de Estado emitió un dictamen<sup>126</sup> considerando que el legislador autonómico no tiene competencia para desarrollar la LOMESP porque la normativa no contiene remisión alguna, además de que la medida en sí no se encuentra expresamente prevista, produciéndose una limitación a los derechos fundamentales y libertades públicas. Finalmente, concluye que la norma debería detallarse y concretarse para poder proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible.

La inconstitucionalidad de la norma se produce por limitar los derechos fundamentales y libertades públicas de la población gallega, no por establecer alguna medida ablativa directa que se dirija a quienes rechazan la vacunación, sino porque no superar los principios de legalidad y proporcionalidad (triple test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)<sup>127</sup>, incluyéndose las sanciones previstas por el régimen sancionador.

---

<sup>125</sup> Recurso de inconstitucionalidad n.º 1975-2021, contra el apartado 5 del artículo único de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en cuanto la nueva redacción al artículo 38.2 de la ley modificada. BOE, núm. 102, de 29 de abril de 2021. Además, véase la nota informativa nº38/2021 en <https://bit.ly/3x16yxC> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>126</sup> Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3dFdWMK> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>127</sup> UTRILLA, D.: ‘‘Possibly Constitutional, But Not This Way: Compulsory Vaccination in Spain’’, en *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 5 de mayo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3wFfCOy> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



En conclusión, hasta que el Tribunal Constitucional no se pronuncie al respecto y tampoco haya un desarrollo normativo, la situación de alarma es el cauce óptimo para imponer la vacunación obligatoria con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, hay que aclarar que la futura resolución por parte del Alto Tribunal marcará un antes y un después en la normativa vigente, al tener la oportunidad de establecer algún criterio que asiente las bases en la normativa sanitaria de emergencia: cuándo estamos ante una situación que implique dicha obligatoriedad o si una vacunación de tal magnitud es previsible dentro de la amplia regulación.

#### 4.2.2. Reforma de la legislación actual

El futuro marco normativo que dote de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento, en particular, un mayor grado de previsibilidad y certeza; y regule una restricción de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos sin distinción alguna dentro de una situación de crisis sanitaria (sin una declaración de emergencia) deberá contener, como mínimo, qué criterios deben seguirse para aplicar las restricciones y zanjar el debate sobre si las Administraciones sanitarias podrían adoptarlas. Por estas razones y en atención a las deficiencias mencionadas anteriormente, se hace la siguiente **propuesta de lege ferenda**:

- 1) **Determinar qué supuestos se incluyen dentro del riesgo y emergencia para la salud pública y establecer un cuadro de medidas**<sup>128</sup>. La única forma de menguar la discrecionalidad de la Administración se consigue mediante la habilitación de supuestos que definan qué se entiende por «una situación de riesgo y emergencia para la salud pública». Del mismo modo, se necesita establecer una serie de medidas que puedan insertarse a vista de proteger a los ciudadanos, por ejemplo, de una enfermedad contagiosa.
  - a) **Riesgo y emergencia para la salud pública**. La norma con rango de ley orgánica deberá contener una definición genérica, lo más exhaustiva posible, pero, a su vez, pueda comprenderse en abstracto para que se constituya como una fórmula de cierre abierta o *numerus apertus*. Esta determinación consigue que la Administración deje de subsumir el supuesto de hecho en la norma abstracta y, en ningún caso, se traducirá en dejar de motivar la decisión administrativa. Por ejemplo, podría atenderse a lo dispuesto en el Reglamento Sanitario

---

<sup>128</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, págs. 12 – 18.



Internacional<sup>129</sup>, disposición que, además de definir de forma genérica lo que se entiende por emergencia para la salud pública en el contexto internacional, añade un listado de enfermedades sin excluir otras; o en la *Model State Health Emergency Powers Act*, modelo normativo que distingue entre las medidas que afectan a la propiedad privada y a las personas.

- b) **Medidas a adoptar.** Es necesario establecer un mínimo regulatorio, sin perjuicio de ser una lista abierta, porque no se sabe en qué momento puede producirse una situación como la que nos ha tocado vivir actualmente.

El derecho a vacunarse está inmerso en polémicas, tal y como se ha visto, de modo que se requiere que el legislador aclare si se necesita una cláusula expresa de obligatoriedad que ampare esta medida preventiva de enfermedades a gran escala. No obstante, con carácter general, si atendemos a los pronunciamientos judiciales producidos a lo largo de este periodo<sup>130</sup>, se puede saber que sin ello no sería posible. Por ejemplo, toques de queda o confinamientos solo son posibles mediante una declaración de emergencia, mientras que otras medidas como limitaciones de reuniones o restricciones de salidas y entradas, son amparables mediante la legislación actual, pero, sí es cierto, que sería mejor contar con una habilitación expresa.

- 2) **Establecer unos criterios ordenadores de la adopción y ejecución de las medidas**<sup>131</sup>. La falta de parámetros para establecer las medidas deriva la gran inseguridad jurídica producida, tanto en la Administración, como en el órgano jurisdiccional. Estos criterios deben tener como finalidad dar el margen de discrecionalidad necesario para ponderar las circunstancias que se produzcan, porque, aunque parezca contraproducente, es imposible marcarlos de forma cerrada. Para ello, se incorporan unos límites mínimos y una serie de **principios generales del Derecho**: análisis del riesgo, científicidad, precaución, proporcionalidad, igualdad y no discriminación, y la dignidad humana.

---

<sup>129</sup> Reglamento Sanitario Internacional (2005), adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud celebrada en Ginebra el 23 de mayo de 2005. BOE núm. 62, de 12 marzo 2008 (en adelante RSI).

<sup>130</sup> RODRÍGUEZ FIDALGO, D.: “Del estado de alarma al control judicial del Derecho de necesidad frente a la pandemia”, en *Blog Almacen de Derecho*, 5 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3xmWcxm> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>131</sup> SALAMERO, TEIXIDÓ, L.: *op. cit.*, págs. 12 - 18.



3) **Eliminar el mecanismo de la ratificación judicial.** Si realmente se ha establecido una normativa lo suficientemente adecuada, que establezca la relación entre las medidas amparadas por las autoridades sanitarias y aquellas que sólo pueden establecerse por el Ejecutivo mediante el estado de alarma<sup>132</sup>, no sería necesario el proceso de ratificación de las medidas sanitarias.

El control judicial de éstas es muy limitado, si atendemos a los autos dictados por los órganos judiciales. Por ejemplo, el TSJ de la Comunidad Valenciana expresó que la «la medida objeto de recurso encuentra, como ya se ha expuesto, su adecuada cobertura jurídica en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, y demás normativa que ya hemos citado, sin que se aprecie que la solicitud de ratificación lo sea para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico, o sin cobertura, teniendo razones legítimas y motivadas para la adopción de la restricción». En definitiva, la opción más coherente, en tal caso, sería permitir que las medidas generales de derechos fundamentales se «cuestionen, suspendan y anulen a través de un procedimiento contencioso-administrativo ordinario»<sup>133</sup>.

#### **4.3. Plan de vacunación**

Independientemente del modelo de vacunación que se establezca, la implementación de la medida debe formalizarse y materializarse de alguna forma: la política de vacunación debe seguir unos criterios o unas pautas. Cabe destacar, no obstante, que ello atiende a un reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

A pesar de que las competencias en materia sanitaria fueron traspasadas a las CCAA (descentralización), el artículo 149.1º. 16ª CE otorga al Estado la competencia exclusiva en la coordinación de la sanidad, cuya plasmación se encuentra mediante el **Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISnS)**. Por lo tanto, este órgano será quien deba coordinar todas las actuaciones en salud pública, por ejemplo, en torno a la

---

<sup>132</sup> BARNÉS, J.: “Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia”, en *Blog Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3hJp10c> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>133</sup> RODRÍGUEZ FIDALGO, D.: “Del estado de alarma al control judicial del Derecho de necesidad frente a la pandemia”, en *Blog Almacén de Derecho*, 5 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3xmWcxm> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



vacunación establece los elementos básicos para determinar quiénes reciben la vacuna con prioridad. Así se plasmó en la «Estrategia de vacunación frente al COVID-19»<sup>134</sup>.

Antes que nada, si su imposición fuese mediante el decreto de alarma, considero que no ocasiona problema alguno porque la disposición normativa requiere de un contenido exhaustivo para su aprobación: ámbito territorial (todo el territorio o alguna Comunidad Autónoma), a quién va dirigido (toda la población española o parte de ella), forma a llevarlo a cabo, duración y demás formalidades. Sin embargo, la realidad constitucional es diferente, el modelo de la voluntariedad desde la normativa sanitaria vigente dispone (o, mejor dicho, carece) de unas exigencias completamente diferentes a las que se darían mediante la situación de alarma. Por esta razón, el Plan de vacunación actual merece ser objeto de comentario.

Las decisiones en actuaciones coordinadas se adoptan como «órdenes comunicadas obligatorias» para las Comunidades Autónomas (artículo 65.2 LCCSNS), cuya consecuencia inmediata es que no contiene consecuencias u obligaciones directas para los ciudadanos. Aquí surge la primera duda: ¿por qué una decisión que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, y con el rango de protección máximo en nuestro sistema, no debe cumplir con las exigencias formales que se requieren para todo acto normativo? Pues, ello se debe a que la publicación posterior en el boletín correspondiente será la disposición que ha adoptado dicha decisión para su respectiva ejecución. Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Madrid ocurrió que, en octubre de 2020, el TSJ (Auto nº128/2020, de 8 de octubre) las consideró obligatorias para la Comunidad, pero no contiene un carácter normativo vinculante para terceros<sup>135</sup>.

Por su parte, hay opiniones que consideran que estas decisiones deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 9.3 CE, es decir, deben cumplirse los principios de publicidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>136</sup>. Razón no falta, lo más conveniente y, en una situación de emergencia

---

<sup>134</sup> GAMERO CASADO, E.: ‘‘Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19’’, en *Blog Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3ABOYHA> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>135</sup> COTINO HUESO, L.: ‘‘La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas’’, en *Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de abril de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/2TEkVhS> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>136</sup> PÉREZ SÁNCHEZ, G. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: ‘‘La estrategia de vacunación del coronavirus: la nada jurídica para luchar contra la pandemia’’, en *Rayas en el agua*, 23 de enero de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3hdSgt6> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



en la que pone de «patas arriba» el Estado de Derecho (junto a una limitación de derechos fundamentales), sería la máxima transparencia por parte de quienes gobiernan y dirigen a los ciudadanos que, de la misma manera, tendría un efecto positivo hacia la vacunación voluntaria.

#### **4.4. Registro de vacunación y la protección de datos**

Una consecuencia inmediata del Plan de vacunación es la creación de un Registro en el que se haga constancia de cualquier aspecto que esté relacionado con la vacunación: dosis, tipos de vacunas, grupos de población, coberturas, etc. La finalidad de esta gran base de datos surge de la necesidad de contabilizar el impacto que conseguirá la medida y, en definitiva, poder afirmar si será posible la inmunidad de grupo necesaria para volver a la normalidad o, en cambio, mostrará la necesidad de tomar medidas que obliguen a aplicar la vacunación forzosa, por ejemplo<sup>137</sup>.

Las CCAA, mediante las Consejerías de Sanidad, recabarán la información y comunicarán diariamente los datos de las personas vacunadas y de quienes hayan rechazado la vacuna (incluyéndose los motivos). Además, se plasmará a nivel nacional hasta, al menos, finalizar la crisis sanitaria, aunque también se compartirá con el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades (ECDC).

Por todo, claramente se trata de una medida que infiere en todo lo relacionado con la **protección de datos personales**, en cuanto se recogen variables de identificación de la persona. Por esta razón, se constituye como un registro anónimo que seguirá un procedimiento de pseudonimización (tratamiento de datos personales de manera que no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional) y que debe cumplir con la normativa vigente de protección de datos (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>138</sup> y Reglamento general de protección de datos: artículos 6.1.e) y 9.1 y 2.i)).

En este sentido, excede de este trabajo entrar a analizar si realmente se está llevando a cabo el cumplimiento de la normativa por parte de las Administraciones, pero debe asentarse que el Ministerio de Sanidad está obligado a cumplir con las condiciones del tratamiento de los mismos (entre otros, plazos, criterios de conservación de la información,

---

<sup>137</sup> Según ha informado el Gobierno de España en el marco de la vacunación COVID-19. Disponible en <https://bit.ly/3yobstJ> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>138</sup> BOE, núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.



categorizar los datos, etc.), como el cumplimiento de los principios relativos al tratamiento de los datos (minimización, proporcionalidad y limitación de la finalidad). La limitación de la finalidad implica, por una parte, la obligación de que los datos sean tratados con una o varias finalidades determinadas, explícitas y legítimas y, por otra, la prohibición de que los datos recogidos con unos fines determinados, explícitos y legítimos sean tratados posteriormente de una manera incompatible con esos fines<sup>139</sup>.

## **5. EFECTOS DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA**

Una vez llegado el momento de adoptar la vacunación obligatoria y generalizada, debe determinarse cuáles son los efectos que produce como consecuencia de su imposición, bien sea las personas que acatan la medida, bien sea las personas que deciden rechazarla. En este sentido, cabría destacar las siguientes consecuencias:

### **5.1. La responsabilidad patrimonial del Estado**

Las vacunas son medidas que ocasionalmente producen efectos adversos poco frecuentes (lesiones o daños), de tal forma que quien haya sido objeto de ésta puede acudir a un proceso judicial para que se le reconozca el derecho a ser indemnizado por los daños y lesiones sufridas. Esta cuestión, lejos de ser problemática, se agrava en un supuesto como en la vacunación obligatoria.

El artículo 106.2 CE junto a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>140</sup> disponen el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados a los particulares a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Esto conlleva a que los sujetos destinatarios de la medida no tengan el deber jurídico de soportarlo, de manera que tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en aquellos casos de fuerza mayor o de daños que determine la Ley.

La duda que surge es la siguiente, ¿deberá la Administración considerarse responsable por la necesidad de imponer una medida para proteger la salud pública e integridad de las personas en una situación de emergencia? Esta cuestión está pendiente de resolverse por parte de la Sala Tercera del TS (aunque a nivel europeo existe la STJUE de 21 de junio de

---

<sup>139</sup> Esta información ha sido extraída del estudio de la Unión General de Trabajadores (UGT), de fecha 14 de mayo de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3dIChBg> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].

<sup>140</sup> BOE, núm. 236, de 02 de octubre de 2015 (en adelante LRJSP).



2017), cuya resolución determinará si «la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización previamente autorizada»<sup>141</sup>. No puede olvidarse que, actualmente, se ha probado la eficacia de las vacunas COVID pero, hasta que no transcurra un periodo de tiempo considerable (aunque véase lo ocurrido con AstraZeneca), no podrá probarse los efectos adversos que pudieran adherirse.

Por otra parte, existen supuestos en los que se ha declarado la existencia de responsabilidad patrimonial por los efectos adversos de una vacunación obligatoria, en concreto, contra la viruela. No obstante, estos pronunciamientos judiciales responden a situaciones particulares, en el primer supuesto (STSJ de Castilla y León, de 7 de octubre de 2003), la vacuna se administró en un momento cuyos efectos secundarios -riesgos- eran mayores que los preventivos justificadores de la medida; mientras que en el segundo (STSJ de Valencia, de 12 de junio de 2008), la imposición de la vacuna le produjo a la persona una encefalitis vírica, provocando una epilepsia<sup>142</sup>.

Esto quiere decir que, realmente, es bastante improbable que el Estado pueda responder por obligar a vacunar a la población con carácter general. Igual sucedería con la persona que haya sido vacunada y no termina por inmunizarse, desprendiéndose de ello que el sujeto realmente tiene la obligación de soportar el daño ocasionado, salvo en los supuestos que hemos mencionado y sus similares que puedan producirse.

## **5.2. El certificado COVID-19 digital de la UE**

La Unión Europea ha establecido, dentro del ámbito de sus competencias, un marco común para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 mediante el **certificado COVID Digital de la UE**, cuya finalidad es **facilitar la movilidad** por el territorio comunitario de los nacionales de sus Estados miembros -Reglamento (UE) 2021/953- y de nacionales de terceros países que se encuentren o residan legalmente en los territorios de los Estados miembros durante la pandemia -Reglamento (UE) 2021/954-.

De una primera lectura, parece que quien se haya vacunado puede acceder sin ningún tipo de problema a este instrumento, pero **¿qué ocurre con aquellas personas que no se hayan podido o querido vacunar?**, o **¿supone una vulneración del principio de**

---

<sup>141</sup> TOLOSA-TRIBIÑO, C.: *op. cit.*, págs. 9-10.

<sup>142</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: *op. cit.*, pág. 13.



**igualdad?** Si atendemos a lo dispuesto en la normativa comunitaria, el certificado permite acreditar las siguientes condiciones (artículos 3.1 Reglamento 2021/953 y 2 Reglamento 2021/954):

- a) Certificado de vacunación (artículo 5): confirma que el titular ha recibido una vacuna contra la COVID-19 en el Estado miembro que expide el certificado.
- b) Certificado de prueba diagnóstica (artículo 6): el titular realizó una prueba negativa llevada a cabo por profesionales sanitarios o cualificado para ello, indicando el tipo de prueba, la fecha y el resultado.
- c) Certificado de recuperación (artículo 7): confirma que, tras un resultado positivo, el titular se ha recuperado de una infección por el SARS-CoV-2.

En este sentido, se puede afirmar que el certificado no se constituye como un «modelo de vacuna condicionante»<sup>143</sup> y, en consecuencia, no puede sostenerse el planteamiento sobre la posible colisión con el principio de igualdad porque solo es un instrumento que **facilita la libre circulación** en territorio europeo (artículo 21 TFUE), además de proteger la salud.

En relación con la problemática surgida con el Registro de vacunación, este certificado garantiza la **máxima protección de datos** personales, la seguridad y la privacidad, cuyo tratamiento sólo se producirá a efectos de verificar la información incluida en el mismo<sup>144</sup>.

El problema que puede derivar, si no se asegura adecuadamente, trataría sobre «**desborde en su funcionalidad primigenia**», es decir, su papel no puede comprometer la misión principal: contener y superar la pandemia mientras garantizando la libertad de movimiento; pero ello podría convertirse en una condición de acceso a otros servicios públicos en el plano interno, de modo que termina desdibujando la percepción social de la voluntariedad y termine en una obligatoriedad indirecta, caracterizada por la convicción social de que, en la práctica, vacunarse es necesario para desenvolverse en el día a día. En definitiva, «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

---

<sup>143</sup> Puede definirse como aquel «modelo que articula la vacunación como requisito o presupuesto capaz de condicionar una determinada utilidad o beneficio que se pretende: acceder a un lugar, disfrutar de un servicio, ejercer una actividad o profesión o, también, viajar».

<sup>144</sup> CIERCO SEIRA, C.: “La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19”. en *Revista Catalana de Dret Públic*, 14 de abril de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3hjIN3u> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021]. Además, véase la información extraída por la página oficial del Gobierno de España en <https://bit.ly/3AyxLii> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



país de turno a la tenencia de una prueba de vacunación, ésta pueda ser suplida eficaz y ágilmente por medio de este instrumento»<sup>145</sup>.

### 5.3. El rechazo a la obligatoriedad: régimen sancionador y otras medidas

La vacuna forzosa no impide que deba articularse una serie de medidas para aquellos sujetos que decidan rechazar tal imposición, sin contar aquellas personas que por motivos de salud sean incompatibles con la vacuna. Ante ello, podrían derivarse las siguientes medidas:

- a) **Régimen sancionador:** habrá que determinar el estadio en el que se encuentra la situación de crisis sanitaria, determinando la infracción y sanción que comporta la negativa, tal y como se recoge en la Ley gallega, pero estudiada y analizada por el legislador estatal, y cumpliendo los requisitos de proporcionalidad para su imposición.
- b) **Medidas sanitarias que no necesitan control judicial:** normas sobre aforo, desinfección, horario, distancia, etc. No obstante, esto en la práctica sería más complicado de materializar, ya que podría derivarse una discriminación (o privilegios) entre personas vacunadas y no vacunadas.

Ambas medidas podrían configurarse como el modelo más llamativo para aceptar la obligatoriedad que comporte la situación futura, ya que como se ha comentado anteriormente, no es concebible en un Estado de Derecho la dicción literal de «vacunación forzosa», la cual conlleve a un uso de la fuerza sobre el particular; siendo contraria a los valores constitucionales que se promulgan en nuestro ordenamiento jurídico. Además, las normas actuales si pueden limitar, por ejemplo, las entradas a edificios, transportes o, en general, limitar la movilidad. En este sentido, se estaría afirmando que no hay una afectación a la integridad, entendiéndose desde la obligación que conlleva el tratamiento médico.

---

<sup>145</sup> CIERCO SEIRA, C.: “La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19”. en *Revista Catalana de Dret Públic*, 14 de abril de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3hjIN3u> [Fecha de última consulta: 6 de julio de 2021].



## 6. CONCLUSIONES

A raíz de lo expuesto en este trabajo, y cómo ya se han ido mencionando, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

**Primera.** – Actualmente no existe un deber legal específico que recoja un supuesto de vacunación obligatoria dentro del ordenamiento jurídico español, de modo que prima un principio de voluntariedad en las normas reguladoras de la lucha contra las enfermedades porque incide directamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

**Segunda.** – En particular, esta regla general se ampara en el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE), la cual comprende el derecho a consentir o rechazar tratamiento médico. Este derecho tiene como elemento central el consentimiento del sujeto para decidir cualquier intervención médica que vaya a realizarse. Además, es irrelevante el motivo que adopte la decisión, por lo que las libertades ideológicas (artículo 16.1 CE) quedan supeditadas; al igual que no debe interpretarse de forma que dicha elección pueda incluir la facultad de disponer de la propia vida o sobre el cuerpo propio.

**Tercera.** – Sin perjuicio de lo establecido en las conclusiones anteriores, existen disposiciones normativas (legislación sanitaria y el Derecho de excepción) que contienen el desarrollo normativo suficiente para cumplir con el mandato constitucional impuesto por el artículo 43.2 CE. Dicho esto, se podrá recurrir a esta vía cuando exista un riesgo colectivo para la salud pública derivado de una crisis sanitaria (pandemia) para garantizar los derechos fundamentales de las personas y cumplir con las exigencias constitucionales.

**Cuarta.** – La realización efectiva de esta medida sanitaria excepcional debe ser el último recurso del que dispongan los poderes públicos, de manera que éstos proporcionen todos los medios posibles para incentivar la vacunación de manera voluntaria. Por ejemplo, la transparencia del proceso y el fomento mediante programas educativos.

**Quinta.** – El sistema normativo español presenta una gran inseguridad jurídica producida por la brevedad y el carácter genérico que contienen los preceptos normativos que la desarrollan, principalmente provocado por conceptos jurídicos indeterminados que permiten un poder de disposición exorbitante (discrecionalidad) y al no existir unos parámetros que guíen la actuación de los poderes públicos, ni el enjuiciamiento o control de la medida por parte de la Justicia sobre las medidas generalizadas vulneradoras de derechos fundamentales.



**Sexta.** – La inseguridad jurídica existente junto a la falta de legislación y de pronunciamientos judiciales vinculantes, requiere la utilización de la teoría del techo para saber qué medidas pueden llevarse a cabo mediante la declaración de emergencia y cuáles a través de la normativa sanitaria. Así, el estado de alarma previsto en la Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, sería el mecanismo más idóneo para imponer la vacunación a la población porque la normativa sanitaria encabezada por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, no permite adoptar medidas generalizadas por la Administración, pero sí individualizadas y rápidas.

**Séptima.** – La mejor solución sería reformar las leyes para dotar de una mayor seguridad jurídica, en la que se determinen qué supuestos se incluyen dentro del riesgo y la emergencia para la proteger la salud pública de las personas, y en las que se expliciten qué criterios deben de seguirse para poder adoptar y ejecutar una medida de tal calibre. Además, si la modificación ha sido lo suficientemente adecuada, será posible radicar el mecanismo de la ratificación judicial.

**Octava.** – El Plan y el Registro de Vacunación son los instrumentos necesarios para cuantificar el número de vacunados y de aquellas de personas que han rechazado la vacuna porque mediante éstos se podrá demostrar si se ha llegado a la inmunidad de grupo o no y, por ende, que exista el presupuesto habilitante para adoptar la vacunación forzosa.

**Novena.** – Los efectos que pueda producir su imposición serán principalmente para aquellas personas que, aún su carácter obligatorio, decidan no someterse, en particular, mediante el establecimiento de un régimen sancionador y la continuación de aquellas medidas que no vulneren derechos fundamentales; ya que el certificado digital COVID-19 puede solicitarse aún no habiendo recibido la vacuna y, para aquellas personas que se hayan vacunado, es bastante improbable la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (Dir.): “Sistema Constitucional de Garantías y Niveles de Protección”, en *Lecciones de derecho constitucional*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 533-550.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: "El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, págs. 1-27.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.: “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, en *Derecho y Salud*, vol. 22. núm. 1, 2012, pág. 9-30.
- CIERCO SIEIRA, C.: “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, en *Derecho y Salud*, vol. 13. núm. 2, 2005, pág. 211-256.
- “La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19”. en *Revista Catalana de Dret Públic*, 14 de abril de 2021. Se sigue por su disposición en el blog de la revista.
- COBREROS MENDAZONA, E.: “La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, 1996, pág. 344.
- COTINO HUESO, L.: “La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de abril de 2021. Se sigue por su disposición en el blog de la revista.
- CRESPO BARQUERO, P.: “La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 54, 2021, págs. 45-103.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación”. en *Derecho y Salud*, vol. 24, núm. Extraordinario, págs. 14-27.



—“Sistema Constitucional de Garantías y Niveles de Protección”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., Dir): *Lecciones de derecho constitucional*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 533-550.

—“La suspensión de los derechos”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., Dir): *Lecciones de derecho constitucional*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 551-563.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: “Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 19 - Extra-2010, págs. 11-30.

GARCÍA ACOSTA, FRANCISCO. M.: “Los límites de la libertad religiosa en el Derecho español”, en *Dikaion*, núm. 16, 2007, págs. 195-210.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales”, en AA.VV. (GARRIDO LÓPEZ, C., Coord.): *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. Se sigue por su disposición en la página web de la Fundación, con numeración propia, págs. 44

GUERRA VAQUERO, A. Y.: “Una perspectiva constitucional sobre bioética: la figura del consentimiento informado del paciente”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, págs. 237-269.

JIMÉNEZ PARÍS, J.M.: “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Tribuna, núm. 9808, 11 de marzo de 2021, págs. 8.

LOPEZ SANTAMARÍA, M. Á.: “Los movimientos antivacunación y su presencia en internet”, en *Ene Revista de Enfermería*, núm. 3, vol.9, 2015.

PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: “El artículo 15”, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 375-411.

PÉREZ SÁNCHEZ, G. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “La estrategia de vacunación del coronavirus: la nada jurídica para luchar contra la pandemia”, en *Rayas en el agua*, 23 de enero de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3hdSgt6>.



- SALAMERO TEIXIDÓ, L: “La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones”, en AA. VV. (BLANC, A. y CIERCO, C., Coords.): *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, 2018.
- SANS LARRUGA, F. JAVIER: “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en materia sanitaria”, en AA. VV (JUANE SÁNCHEZ, M., Coord.) *Lecciones de Derecho Sanitario*, Servicio de Publicacións, Universidade da Coruña, 1999, págs. 105-134.
- TOLOSA-TRIBIÑO, C.: “El derecho a la salud y la vacunación en España y en el Derecho Comparado”, en *ANALES RANM*, núm. 135 (03), 2018, págs. 324-330.
- “El contagio por coronavirus desde la perspectiva administrativa”, en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Doctrina, núm. 9602, 26 de marzo de 2020, págs. 10.
- “Problemas legales de la vacunación en España”, en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Tribuna, núm. 9784, 4 de febrero de 2021, págs. 10.
- UTRILLA, D.: “Possibly Constitutional, But Not This Way: Compulsory Vaccination in Spain”, en *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 5 de mayo de 2021. Se sigue por la versión digital de la revista, con numeración propia, págs. 5. Disponible en <https://bit.ly/3wfFCOy>.