



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

VACUNACIÓN OBLIGATORIA
Y PANDEMIA DE LA COVID- 19

MANDATORY VACCINATION AND
THE COVID-19 PANDEMIC

AUTOR

JORGE SOTO BORBÓN

DIRECTOR

GONZALO ARRUEGO RODRÍGUEZ

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.	4
II. LA AUTODETERMINACIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO Y SALUD COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD PER- SONAL.	5
1. Integridad y consentimiento informado.	5
2. Consentimiento informado y protección de la salud pública.	7
III. LA VACUNACIÓN Y SU EVENTUAL OBLIGATORIEDAD.....	8
IV. VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y PANDEMIA.....	11
V. EL CASO ESPECÍFICO DE LOS MENORES DE EDAD.	15
VI. CONCLUSIONES.	19
REFERENCIAS.....	20

LISTADO DE ABREVIATURAS

CEDH- Convenio Europeo Derechos Humanos

TEDH- Tribunal Europeo Derechos Humanos

TC- Tribunal Constitucional

TS- Tribunal Supremo

CE- Constitución Española

LAP- Ley Autonomía del Paciente

LGS- Ley General de Sanidad

LMESP - Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

STC- Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

PIDESC- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

OMS- Organización mundial de la Salud

I. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo de investigación es examinar la constitucionalidad de la vacunación obligatoria y su debate con ocasión de la pandemia de COVID-19, una situación que obligó a tomar duras decisiones con el fin de atemperar las terribles consecuencias que acontecían a nivel mundial. Son por todos conocidas las dudas que generaron muchas de las medidas implementadas desde múltiples perspectivas: desde su eficacia desde un punto de vista científico, hasta su legitimidad jurídica.

El rápido desarrollo de varias vacunas contra la COVID-19 ha constituido, sin duda, un hito en la historia reciente de la humanidad que ha servido para ir recuperando poco a poco, si bien todavía en un contexto pandémico, “espacios de normalidad”. Y en cuanto se desarrollaron la pregunta parecía obvia: ¿Podía ser la vacunación obligatoria una de esas medidas de lucha contra la pandemia? ¿Permite nuestro sistema constitucional su adopción?

Para responder a estas cuestiones, que obviamente no son exclusivas del vigente contexto pandémico, es preciso comenzar examinando la garantía de la autodeterminación sobre el propio cuerpo y la propia salud al amparo del derecho a la integridad personal (arts. 15 CE y 8 CEDH) y su desarrollo, entre otras normas, en la Ley reguladora de la autonomía del paciente (Ley 41/2002). Con arreglo a este marco normativo rechazar una vacuna es expresión de dicho derecho fundamental y su imposición, por lo tanto, una injerencia en el mismo. Pero, ¿puede dicha injerencia justificarse en la salvaguarda de otros bienes y derechos constitucionales como, por ejemplo, la preservación de la salud pública y, por lo tanto, la vida e integridad de los demás?

El trabajo continúa, así, con el examen del régimen jurídico de la garantía de la salud pública y la obligación que tienen los poderes públicos de protegerla frente a situaciones excepcionales en las que está en juego, como es el caso de la crisis sanitaria comenzada en 2020. Este análisis se apoya, además, en el estudio de decisiones constitucionales adoptadas por otros Estados de nuestro entorno y en la relevante doctrina que sobre la materia ha sentado el TEDH.

Finalmente, y en este contexto, el trabajo analiza la situación peculiar de la vacunación de menores faltos de capacidad en el supuesto de que sus representantes se

opongan a ella como consecuencia de sus personales creencias, opiniones o convicciones.

II. LA AUTODETERMINACIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO Y SALUD COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD PERSONAL.

1. Integridad y consentimiento informado.

Toda persona tiene la capacidad de autodeterminación sobre su propio cuerpo y salud. Una facultad que le permite rechazar cualquier intervención no consentida en ambos. Esta es la piedra angular que explica el vigente régimen jurídico de la normativa sanitaria.

Así se desprende de la consolidada doctrina del TEDH y del TC. Y así se reconoce expresamente en el art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹ y se desarrolla, entre otras normas, en el Convenio de Oviedo² y en 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*.

En este sentido, si el artículo 5 del Convenio establece como regla general que “toda intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”, la Ley española estipula en su artículo 8.1 que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

El consentimiento informado es definido por el legislador español en el art. 3.2 de la Ley 41/2002 como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada”.

¹ “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetará (...) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

² *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Como hemos dicho, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del derecho a la integridad del paciente defendiendo que este tiene el derecho de aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico. Así, el TC ha defendido que el derecho a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE “se verá vulnerado cuando se imponga a una persona una asistencia médica en contra de su voluntad”³. La razón de ello es que el objeto del derecho es la incolumidad del cuerpo y del espíritu, de manera que cualquier intervención en ambos bienes requiere siempre del previo consentimiento del titular del derecho salvo que la intervención no consentida, o incluso impuesta, esté constitucionalmente justificada. Por esta razón, y cuando no existen bienes jurídicos ajenos afectados, debe respetarse en todo caso la voluntad del paciente, incluso en aquellos casos donde el resultado pudiera ser fatal⁴. Pero, del mismo modo, hay situaciones en las que sí es posible imponer una intervención: una de ellas es, específicamente, la existencia de riesgo para la salud pública. Ahora bien, hay que determinar qué riesgos para la salud pública son susceptibles de imponer tales medidas, debiendo ponderarse la intensidad de tal amenaza⁵.

Así, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 establece que los sanitarios podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en el caso que exista un riesgo para la salud pública, así como para aquellas situaciones en las que “exista un riesgo para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. Y lo mismo se desprende del Convenio de Oviedo, cuyo art. 26.1 establece que “El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los

³ STC 120/1990, FJ 8.

⁴ STC 37/2011. Sobre estas cuestiones véase, con un análisis de las doctrinas del TC y del TEDH, ARRUEGO RODRIGUEZ, G., *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, Comares, Granada, 2011.

⁵ Así, ARRUEGO RODRIGUEZ, G., *op. cit.*

derechos y libertades de las demás personas”. Contenido muy similar al del artículo 8.2 CEDH respecto de las injerencias en el derecho a la vida privada y familiar⁶.

2. Consentimiento informado y protección de la salud pública.

Como acaba de exponerse, la salud pública aparece expresamente prevista en el CEDH, el Convenio de Oviedo o la Ley 41/2002 como posible límite a la capacidad de autodeterminación del individuo respecto de su salud, de su integridad. La protección de la salud pública se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo, en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, *de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*.

Este concepto, el de salud pública, está expresamente previsto en el artículo 43 CE, cuyo apartado segundo dispone que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Por su parte, el apartado primero reconoce “el derecho a la protección de la salud”. La salud está fuertemente vinculada a la protección de la integridad personal y, de hecho, está integrada como tal en el derecho del artículo 15 CE⁷.

Pero lo que garantizan estas previsiones no es, ni podría ser, “la salud”, sino la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el acceso a la sanidad de los ciudadanos, otorgando cuidados y asistencia sanitaria. Por el contrario, “la salud” depende de numerosos factores que escapan del control humano⁸.

Los deberes de los poderes públicos son tanto de índole positiva como negativa. La última impide que la salud de las personas sea amenazada por parte del Estado o los particulares, mientras que la positiva es la encaminada a garantizar a los ciudadanos de-

⁶ Artículo 8.2 CEDH: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁷ Por ejemplo, STC 119/2001, FJ 6.

⁸ DEL REY GUANTER, S., “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998, pág.163.

terminadas prestaciones o servicios dirigidas a tutelar su salud⁹. A esa esfera positiva de acción, y además desde una perspectiva colectiva, se refiere expresamente nuestro art. 43.2 CE, del que se desprende el derecho de los ciudadanos a que los poderes públicos establezcan medidas que sean necesarias para la protección, mantenimiento o restablecimiento de la salud individual y colectivamente¹⁰. En suma, una previsión prestacional que trasciende la garantía estrictamente individual al poseer una dimensión colectiva y que puede justificar la restricción de derechos fundamentales, como en este caso la integridad corporal¹¹, tal y como expresamente afirman Convenio de Oviedo y CEDH.

En este contexto, la vacunación se ha mostrado como uno de los medios más eficaces demostrados científicamente para proteger la salud pública: es un preventivo imprescindible para combatir enfermedades¹². Y son un ejemplo de esa doble dimensión, individual y colectiva, del deber de preservar la salud: su administración es ejemplo de consentimiento individual a una intervención en el cuerpo propio que protege no solo a quien la recibe sino a la totalidad de la población. En palabras del TEDH, una cuestión de “solidaridad social” con numerosas ramificaciones, pues no solo se protege la salud sino también otros intereses como el bienestar económico del país¹³.

III. LA VACUNACIÓN Y SU EVENTUAL OBLIGATORIEDAD.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una cláusula de obligatoriedad de las vacunas. En el año 1980 se modificó la Ley de Bases de Seguridad Nacional de 1944 y se transformó en recomendación la obligatoriedad de vacunación ante determinadas en-

⁹ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, en BIGLINO CAMPOS, P. y ALBA DURÁN, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

¹⁰ ESCRIBANO COLLADO, P., *El derecho a la Salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, n. 1, 1976, pp. 12 y ss.

¹¹ Sobre esta cuestión véase FERNÁNDEZ ACEBO, M. D., “Vacunas, salud pública y pandemia”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 25, 2021.

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

¹³ STEDH de 8 de abril de 2021, *Vavricka y otras c. República Checa*.

fermedades. Así, 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*, previó la posibilidad de imponer la obligatoriedad de algunas vacunas por el Gobierno y las autoridades sanitarias cuando la situación de contagios o epidemiológica lo aconsejara¹⁴.

La voluntariedad rige, por lo tanto, como principio general en la vacunación. Así se deriva de nuestro marco legal donde, por ejemplo, el art. 5.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, señala que “la participación en las actuaciones de salud pública serán voluntarias”. Y, como se ha expuesto, el principio general de cualquier intervención en el ámbito de la salud es el del consentimiento informado de la persona afectada. En este contexto, y más allá de la motivación de proteger la salud de uno mismo, vacunarse comporta también una cuestión de responsabilidad o solidaridad, que no un deber, con el resto de la población: se protege la salud propia y la de todos.

Que no exista en el derecho español una disposición concreta acerca de la posible obligatoriedad de la vacuna no significa que esta medida no se pueda adoptar en determinadas situaciones, fundamentalmente cuando exista un riesgo para la salud pública. El caso de una pandemia como la del COVID-19 podría ser una de esas situaciones.

Ningún derecho fundamental, en nuestro caso la integridad personal, es absoluto, sino que su ámbito se extiende “hasta donde no lesionen o pongan en peligro otros bienes jurídicos de igual o superior rango”¹⁵. De hecho, son varias las previsiones tanto en la normativa reguladora de la salud pública, de los derechos de los pacientes o de las situaciones de crisis, que abren la vía para la adopción de medidas limitativas de la integridad personal como, por ejemplo, sería el caso de la vacunación obligatoria: en este

¹⁴ “Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”. Es cierto que la norma plantea dudas como consecuencia de su rango no orgánico, véase AYMERICH CANO, C., “Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial”, *Derecho y Salud*, vol. 31, n. extra. 1, 2021.

¹⁵ HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, 2003, pág. 57

caso la “*salus populi*” operaría como pretexto para la limitación de derechos y libertades fundamentales en situaciones excepcionales, con un carácter urgente y necesario.

En primer lugar, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, *de Medidas Especiales en materia de Salud Pública* otorga respaldo jurídico a medidas adoptadas con el objeto de proteger la salud de los ciudadanos. Así, su artículo tercero señala que “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos, del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

En segundo lugar, la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, contiene ciertas previsiones relativas a la protección de la salud pública autorizando a las autoridades a adoptar las medidas que se estimen pertinentes siempre de manera proporcionada. Así, su artículo 26 establece que “en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias, adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”¹⁶.

En tercer lugar, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, *de Estados de Alarma, Excepción y Sitio*, se refiere expresamente a las “Crisis sanitarias, tales como epidemias”, como uno de los supuestos a los que hacer frente mediante la declaración del estado de alarma. Y, así, su artículo 12.1 autoriza la adopción, siempre de manera temporal, proporcionada y “según los casos”, de las medidas “establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”.

En cuarto lugar, 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* recoge, tal y como se expuso *supra*, disposiciones que permiten

¹⁶ De conformidad con el artículo 26.2, “La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, 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”.

adoptar medidas limitativas de la integridad personal. En este sentido, su artículo 9 autoriza intervenciones clínicas en contra de la voluntad del paciente en aquellos casos en que exista un resigo para la salud pública: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”. Una intervención que, como siempre, debe en todo caso respetar el principio de proporcionalidad en atención a la situación concreta de cada caso.

En definitiva, todo este elenco normativo prevé la posibilidad de adoptar medidas proporcionadas y limitativas de derechos fundamentales (integridad personal) en aras de la preservación de otros bienes constitucionales (salud pública, derechos a la vida e integridad de los demás); medidas dentro de las que podría incluirse la vacunación obligatoria.

IV. VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y PANDEMIA.

La cuestión de la vacunación obligatoria se ha visto acentuada como consecuencia de la pandemia de COVID-19 ¿Debería imponerse en una situación de pandemia como la que estamos viviendo la vacunación obligatoria o, por el contrario, debe mantenerse el principio de voluntariedad que rige en nuestro ordenamiento jurídico?

Como acaba de exponerse, existen situaciones en las que el sistema, en aras de la preservación proporcionada de otros bienes y derechos, habilita la excepción e incluso la limitación del derecho a la integridad personal permitiendo la imposición de intervenciones en la salud. Uno de esos eventuales bienes es la salud pública¹⁷. Y ello nos obliga a un ejercicio de ponderación entre la beneficencia en su favor y el derecho a la autonomía¹⁸.

¹⁷ DELGADO GARRIDO, C., “El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia”, *RVAP*, n. 121, 2021, págs. 21 y 22.

¹⁸ Así, CANTERO MARTÍNEZ, J., “La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 210, enero-marzo 2021.

Son varios los Estados de nuestro entorno que, ante la pandemia de COVID-19, decidieron imponer la vacunación obligatoria como medida imprescindible para frenar la enfermedad y, así, preservar la salud pública y la indemnidad del sistema sanitario y económico. Una medida *prima facie* amparada por el artículo 8.2 CEDH, con arreglo al que la vacunación obligatoria debería estar justificada legalmente y encaminarse a la preservación de la salud pública¹⁹. Así, y ante la posible negativa de unos ciudadanos a vacunarse, el Estado podría imponerla obligatoriamente. En el marco del convenio son las propias autoridades del país las que deben apreciar las cuestiones relativas a la salud pública y, por lo tanto, las responsables de autorizar aquellas medidas necesarias y dentro de la ley con el fin de garantizar la salud de la población²⁰. Correspondería en último extremo al TEDH avalar la decisión estatal respetando siempre su margen de apreciación, un margen que se ha defendido que no se rebasaría en un contexto pandémico²¹.

Francia fue uno de los primeros países en pronunciarse acerca de la obligatoriedad de la vacuna, en concreto a los trabajadores sanitarios, gracias a la adopción de la Ley relativa a la gestión de crisis sanitaria de 25 de julio de 2021. La norma, sin embargo, fue recurrida ante el Consejo Constitucional acusada de inconstitucionalidad. El Consejo avaló, entre otras medidas, esta vacunación obligatoria en su Decisión nº 2021-824, de 5 de agosto de 2021.

La argumentación del *Conseil* parte de que, de acuerdo a la evidencia científica disponible en ese momento, los riesgos de propagación de la pandemia son mucho menores entre personas vacunadas. Y en un preocupante contexto de progresión pandémica que pone en riesgo la salud de la totalidad de la ciudadanía y la integridad del sistema sanitario, la controvertida decisión estaría legitimada de acuerdo a los beneficios que conllevaría en comparación con la intervención en los derechos de los ciudadanos. El Consejo es especialmente cuidadoso en el examen de la proporcionalidad de la medida y su contexto: la pandemia, en preocupante progresión en ese momento en el país, su-

¹⁹ *Vid.* SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., “La vacunación en la jurisprudencia europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 69, págs. 534 y 535.

²⁰ Por ejemplo, Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, párr. 74.

²¹ Véase SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., *op. cit.*

ponía un grave riesgo para la salud de los ciudadanos y para el sistema sanitario, en riesgo de colapso.

El caso de Italia también ha sido de notoria relevancia. La vacunación obligatoria se impuso mediante dos Decretos Leyes en 2021 y 2022 también a determinadas categorías de personas: primero, el Decreto Ley 44/2021, por el que se obliga a vacunarse a los profesionales sanitarios y, después, el Decreto Ley de 7 de enero de 2022, por el cual se obliga a la vacunación contra la COVID-19 a toda aquella persona que hubiera cumplido los 50 años.

La constitucionalidad de ambos se basa en el artículo 32 de la Constitución Italiana, que dispone que “La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”²². Es decir, aunque se prohíbe la obligatoriedad de un tratamiento sanitario, se establece al mismo tiempo el deber de la República de proteger la salud de todos y se prevé la posibilidad de excepcionar aquella prohibición: el poder público debe proteger los intereses de la totalidad de la población ante el riesgo que pueden provocar algunas decisiones individuales, por ejemplo, la de no vacunarse.

En opinión del Tribunal Constitucional italiano, el derecho del art. 32 no debe entenderse como un derecho individual, sino como un derecho que representa un interés para la sociedad. Y, en este contexto, la vacunación obligatoria sería constitucional siempre y cuando se respetaran los siguientes parámetros: que su objetivo sea proteger la salud de la población; que no afecte negativamente a la persona a la que se la inyecta o esa afección sea tolerable y temporal; y que en el hipotético caso de que someterse a este tratamiento supusiera un daño a la salud del paciente, fuera sujeto de una justa indemnización²³. Por lo tanto, y con relación a este último requisito, corresponde al Esta-

²² En torno al régimen jurídico de la vacunación en Italia y las decisiones de la Corte Constitucional al respecto *vid.* GIUPPONI, T. F., “La nueva normativa sobre vacunas en Italia, entre la protección de los derechos y el ejercicio de las competencias legislativas”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020.

²³ Sentencia de la Corte Costituzionale 254/2021, de 2 de diciembre de 2021.

do hacerse cargo de las posibles consecuencias negativas que pueda conllevar someterse al tratamiento de manera obligatoria, accediendo los perjudicados a un sistema de compensación.

¿Y el caso de España?

Tras la declaración del Estado de Alarma y a la luz del marco constitucional y legal sucintamente descrito *supra*, podría argumentarse la legitimidad de la vacunación obligatoria contra la COVID-19 a la luz de la evidencia científica relativa a la eficacia de las vacunas y las consecuencias de ello derivadas. Ahora bien, con carácter general solo estaría amparada en aquellas ocasiones en las que exista un grave riesgo para la salud pública, no en situaciones en las que la gravedad fuese menor²⁴.

Precisamente ahí radica la discrepancia a propósito de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, *de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia*. Con arreglo a su artículo 38.2.b.5^a, las autoridades sanitarias autonómicas, siempre dentro de su ámbito de competencia, pueden decidir por “razones sanitarias de urgencia o necesidad” y “en caso de riesgo de carácter transmisible”, el “sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización (...)”. En todo caso, las medidas deben ser adoptadas de forma motivada, siempre con el respeto a la dignidad humana y de acuerdo al principio de proporcionalidad.

La norma fue impugnada por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional, en cuya opinión, y dentro de los argumentos aducidos para mantener la suspensión de la Ley, “la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano”²⁵. Es cierto que mediante el ATC 70/2022 se tuvo por desistido al Presidente del Gobierno del recurso de inconstitucionalidad, dándose por cerrado el litigio. Una ocasión perdida para que nuestro juez de la Constitución se pronunciara sobre medida tan polémica.

²⁴ En este sentido, GARCÍA RUIZ, Y., “Libertad vs. solidaridad: ¿de la vacunación voluntaria a la vacunación obligatoria en Europa tras la pandemia del COVID-19?”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n. 21, 2022.

²⁵ ATC 74/2021, F. J. 5.

La postura adoptada por los poderes públicos durante la pandemia en España, tal y como se refleja en la estrategia de vacunación, fue la voluntariedad de la vacuna y apelar a la ética y responsabilidad social de los ciudadanos²⁶. Y ello en un contexto de gran aceptación de las vacunas que, como expuso el Comité de Bioética de España, haría innecesario plantear su obligatoriedad²⁷. En definitiva, la amplia aceptación social de la vacuna, como demuestra el éxito de la tasa de vacunación, no habría hecho necesario imponerla.

Ahora bien, con independencia de ello, a la luz de las nefastas consecuencias derivadas de esta pandemia y observando cómo ha influido la vacuna en la paulatina vuelta a la normalidad, descendiendo de manera notable el número de fallecidos y el riesgo de contagio, quizá sería recomendable, de cara a futuros escenarios, una regulación más clara y eficaz por parte de nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de medidas cuya finalidad es proteger la salud pública. Baste la siguiente reflexión: ¿Y si la sociedad española no hubiera sido tan propensa a la vacunación? Porque aunque este dato ha permitido en nuestro país atemperar el debate, no deja de ser una circunstancia coyuntural. Así, la evidencia científica y la ponderación riesgo/beneficio en situaciones donde la salud de la población y el sistema socio-sanitario están en grave riesgo quizá debiera tomarse más en consideración.

V. EL CASO ESPECÍFICO DE LOS MENORES DE EDAD.

Si la vacunación obligatoria como mecanismo para mitigar los efectos de la pandemia es de por sí polémica, es aún más controvertida cuando el objeto de debate se refiere a los menores de edad, especialmente a los niños.

²⁶ DELGADO GARRIDO, C., “El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia”, *RVAP*, n. 121, 2021, pág. 17.

²⁷ “Y, sobre todo, no está ética ni legalmente justificado adoptar esa medida cuando no existe un rechazo relevante a la vacunación frente a la COVID-19 y, por lo tanto, no hay una situación de riesgo para la salud colectiva por dicho motivo”, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los fundamentos ético-legales de permitir a las personas menores de sesenta años que han sido vacunados con primera dosis de Vaxzevria, vacunarse, en segunda dosis, con la misma vacuna*. Accesible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

Como regla general, en el ámbito sanitario la capacidad para consentir es una cuestión fáctica apreciada por los profesionales sanitarios siendo la regla general la de su presunción, salvo excepciones, a partir de los 16 años de edad²⁸. Obviamente, al objeto de estas páginas nos estamos refiriendo a niños que carecen del suficiente juicio y madurez para consentir su vacunación. En estos casos, corresponde a sus representantes legales tomar la decisión.

El problema su suscita, en ocasiones, como consecuencia de la dificultad de cohonestar la opinión del representante, basada en sus legítimas convicciones, con el criterio que debe guiar en todo momento la toma de decisiones respecto de su representado y que no es otro que “el interés superior del menor”. Y ello en el contexto de la salud personal, vinculada como está a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad, pero también eventualmente, como sucede en el caso de la pandemia, de la salud colectiva y de la preservación del sistema socio-sanitario.

En este complejo contexto, el artículo 2.4 la Ley Orgánica 1/1996, *de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* establece que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. También el artículo 9.7 de la Ley 41/2002, con arreglo al cual las decisiones por representación deben tomarse siempre “en favor del paciente”.

Con carácter general, cuando un facultativo estima que un menor se encuentra en una grave situación para su salud y sus representantes están en contra de la actuación médica, puede el sanitario acudir a un juez para que este decida²⁹. Lo relevante en este tipo de decisiones es la proporcionalidad, el balance riesgo-beneficio en la salud del menor, las posibles consecuencias derivadas de la decisión tanto de vacunarse como de no vacunarse. Y en este caso, al menos si hemos de atenernos a lo afirmado por la OMS,

²⁸ Art. 9 de la Ley 41/2002.

²⁹ Véase ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., “End of life decisions in the case of incompetent and terminally ill children under Spanish Law”, *BioLaw Journal*, n. 3, 2016.

la relación riesgo salud en el caso de las vacunas contra la COVID-19 es manifiestamente positiva³⁰.

Estos argumentos están presentes en el caso del Auto 11/22 del Juzgado de Avilés, de 13 de enero de 2022, relativo precisamente a la vacunación de un menor de edad y a la decisión sobre la misma en caso de litigio entre los padres. Se trataba de la vacunación contra la COVID-19 de dos menores en contra de la voluntad de su padre, alegando este que los niños no se contagiaban o que no tienen patologías graves en caso de contraer la enfermedad, surgiendo un desacuerdo con la madre acerca de si vacunarlos o no.

Las razones del juzgado pivotan sobre el interés superior del menor. Así, y como respuesta a la opinión del padre, se afirma que aunque los menores es cierto que no desarrollan normalmente una enfermedad tan grave como puede desarrollar una persona adulta, también pueden hacerlo, también pueden contagiar y se desconoce cómo la enfermedad puede afectar a otros órganos de su cuerpo³¹. Por esta razón, la vacunación no lesiona el interés del menor, sino que su objetivo es evitar que la enfermedad pueda producir consecuencias graves en caso de infección. El Auto añade otras consideraciones no ya referentes a los beneficios para la salud, en comparación con los riesgos, que comporta la vacunación, sino relativas a la mayor facilidad para el regreso a la normalidad o a las interacciones sociales dentro y fuera del ámbito escolar. En este contexto, los menores, como personas dependientes que están al cargo de sus responsables, pueden ser un foco de contagio para las personas de su entorno. La vacunación, en este sentido, supone una medida de seguridad para la salud del menor y de terceras personas³².

En definitiva, el beneficio que supone ponerse la vacuna, en comparación con sus riesgos, parece haber quedado demostrado de acuerdo a la evidencia científica acu-

³⁰ El director general de la OMS reivindicó en una rueda de prensa el 9 de abril de 2021 en Ginebra, con relación a la vacuna de Astra Zeneca, que “Todas las vacunas y medicamentos conllevan un riesgo de efectos secundarios. En este caso, los riesgos de enfermedad grave y muerte de la COVID.19 son mucho más altos que los riesgos muy pequeños relacionados con la vacuna”.

³¹ Auto 11/22 del Juzgado de Avilés, de 13 de enero de 2022, F.J. 4.

³² MONTALVO JAASKELAINEN, F. “Un auto judicial ejemplar a propósito de la vacunación de los niños frente a la covid”, *The Conversation*, 2022. Disponible en: <https://theconversation.com/un-auto-judicial-ejemplar-a-proposito-de-la-vacunacion-de-los-ninos-frente-a-la-covid-175542>

mulada, pudiendo alegarse que es coherente con el interés superior del menor. En este sentido, la vacunación, y en particular la vacuna contra la COVID-19, ha supuesto una notoria disminución de la mortalidad, así como de las consecuencias provocadas por la pandemia: son las personas no vacunadas aquellas que corren un mayor riesgo para su salud. Por esta razón, y haciendo uso del criterio de proporcionalidad, puede ser legalmente admisible la posibilidad de la vacuna obligatoria a aquellos menores que no tienen todavía una suficiente madurez para decidir acerca de este tema tan importante y que tanta polémica ha generado³³.

Sobre la cuestión de la vacunación infantil obligatoria se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avalando su legitimidad en el asunto *Vavříčka y otros contra la República Checa* (8 de abril de 2021), relativo a la obligatoriedad de la vacunación en la República Checa para poder acudir a las guarderías. Un pronunciamiento muy relevante en la estrategia de vacunación de algunos países europeos y en la eventual implantación de su obligatoriedad, y que apela conjuntamente tanto a la necesidad de proteger la salud pública como el interés superior del menor.

La sentencia establece la primacía de las medidas de protección poblacional, como es la salud pública ante la amenaza de la pandemia, frente a los derechos individuales, y avala la obligatoriedad de vacunación para poder acudir a las guarderías y la previsión de sanciones por incumplimiento. El Gobierno checo apeló especialmente para justificar la medida al interés superior del menor: la vacunación supone el disfrute del mayor nivel posible de salud en consonancia con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴. Para el TEDH, la protección frente a enfermedades infecciosas representa ese principio de interés superior del menor.

En el juicio acerca de la injerencia de la medida en los derechos del artículo 8 CEDH, el TEDH concluyó su legitimidad por responder a una necesidad social urgente,

³³ Véase GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., “Análisis de la admisibilidad constitucional de la vacunación obligatoria de menores”, *Derecho y Salud*, vol. 26.

³⁴ “Los Estados partes reconocen el derecho del niño, al disfrute del más alto nivel posible de salud, y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

siempre dentro del necesario respeto a la proporcionalidad. Ello se conjuga con el importante margen de apreciación conferido a los Estados en la adopción de políticas sanitarias, el interés superior del menor y su protección frente a enfermedades infecciosas y el valor de la solidaridad³⁵. Todos estos argumentos, creo, son trasladables al caso de la vacunación contra la COVID-19.

VI. CONCLUSIONES.

De acuerdo a todo lo expuesto en las páginas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.-Las personas tienen el derecho de autodeterminación sobre su propio cuerpo y salud, facultad amparada por el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el artículo 15 de la Constitución (derecho a la integridad personal). No obstante, ello no significa que no pueda haber una injerencia sobre el propio cuerpo en contra de la voluntad del individuo, siempre y cuando tal injerencia esté avalada por una finalidad legítima y responda al estándar de proporcionalidad. En suma, aunque el consentimiento informado es necesario por regla general a la hora de realizar un tratamiento médico, no está excluida la posibilidad de limitarlo o excepcionarlo en aras de garantizar otros bienes constitucionales como, por ejemplo, la salud pública.

2.-La protección de la salud proclamada en el artículo 43 CE tiene como objetivo proteger la salud en su dimensiones individual y colectiva. Esta doble dimensión significa que, además de que los poderes públicos deben brindar la asistencia necesaria a los ciudadanos de manera individual para velar por su salud, pueden también tomar aquellas decisiones necesarias, y en todo caso proporcionadas, para preservar la salud de la totalidad de la ciudadanía. A la preservación de la salud se vinculan además los derechos fundamentales a la vida y a la integridad.

3.-Aunque en nuestro derecho el criterio general es el de la voluntariedad de la vacunación, creo sin embargo que su imposición en determinadas circunstancias podría

³⁵ Así, PRECIADO DOMENECH, C. H. y SEGALÉS FIALGO, J., “La Estrategia Covid y su incidencia sobre el Derecho a la intimidad. Notas a propósito de la oportunidad hecha Sentencia (STEDH de 8-4-2021, Vavricka y otros vs. República Checa)”, *Revista de la Comisión de lo social de Jueces y Jueces para la democracia*, n. 21, 2021.

ampararse en la Ley de Autonomía del Paciente, la Ley General de Sanidad, la Ley General de Salud Pública o la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, siempre como medida de último recurso.

4.-Es cierto, en todo caso, que existe falta de claridad, y por lo tanto de seguridad, con relación a las medidas que pueden adoptarse en una situación como la que estamos viviendo desde el año 2020. En especial la eventual vacunación obligatoria. Y el argumento coyuntural de que nuestra sociedad acepta ampliamente las políticas de vacunación creo que no debe utilizarse para eludir la necesidad de ganar en certeza. Como hemos podido comprobar, no existe en nuestro Derecho una cláusula exacta donde amparar la eventual imposición de la vacunación en situaciones de emergencia, como puede ser la epidemia provocada por la COVID-19.

5.-El TEDH ha avalado recientemente las políticas de vacunación infantil obligatoria justificando la injerencia que suponen en la integridad personal (art. 8 CEDH) en aras de la protección poblacional en situaciones de necesidad social urgente y de manera proporcionada. Aunque referido específicamente al colectivo de los menores, creo que este pronunciamiento ha reforzado la posición de Estados que, como Francia e Italia, impusieron con mayor o menor extensión la vacunación obligatoria a ciertos sectores de población como medida imprescindible para frenar el avance de la pandemia y proteger la salud de todos.

REFERENCIAS.

ARRUEGO RODRIGUEZ, G.:

-*Vida, Integridad Personal y nuevos escenarios de la Biomedicina*, Comares, 2011.

-“End of life decisions in the case of incompetent and terminally ill children under Spanish Law”, *BioLaw Journal*, n. 3, 2016.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 210, 2021.

CIERCO SEIRA, C.:

-“Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, vol. 13, n. 2, 2005.

-“La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 2021. Disponible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/14/la-pandemia-y-la-vacunacion-ii-algunas-reflexiones-sobre-el-certificado-verde-digital-y-la-vacunacion-contra-la-covid-19-cesar-cierco-seira/>

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”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 46, 1996.

COLLÍ EK, V. M., “Jueces, vacunación covid-19 y un nuevo contrato social”, *Nexos*, 2022. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/jueces-vacunacion-covid-19-y-un-nuevo-contrato-social/>

COTINO HUESO, L., “La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 2021. Disponible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/07/la-pandemia-y-la-vacunacion-i-estrategia-y-obligatoriedad-de-la-vacunacion-covid-19-constitucionalidad-y-comunidades-autonomas-lorenzo-cotino-hueso/>

DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, en BIGLINO CAMPOS, P. y ALBA DURÁN, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

DELGADO GARRIDO, C., “El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 121. 2021.

DEL REY GUANTER, S., “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998.

ESCRIBANO COLLADO, *El derecho a la Salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, n. 1, 1976.

FERNÁNDEZ ACEBO, M. D., “Vacunas, salud pública y pandemia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 25, 2021.

GARCÍA RUIZ, Y., “Libertad vs. solidaridad: ¿de la vacunación voluntaria a la vacunación obligatoria en Europa tras la pandemia del COVID-19?”, *Revista Jurídica e les Illes Balears*, n. 21, 2022.

GIUPPONI, T. F., “La nueva normativa sobre vacunas en Italia, entre la protección de los derechos y el ejercicio de las competencias legislativas”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., “Análisis de la admisibilidad constitucional de la vacunación obligatoria de menores”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, 2016.

GONZÁLEZ-HERÁNDEZ, E., “COVID-19, vacunación obligatoria y derechos fundamentales al hilo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Vavricka y otros c. República checa: un falso dilema”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 25(2), 2021.

HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, 2003.

JIMENEZ PARIS, J. M., “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, *Diario La Ley*, n. 9808, 2021.

MARTIN FARGAS, P. y FRANCH SAGUER, M., “Consentimiento Informado y COVID-19”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 31 (Extraordinario), 2021.

MONTALVO JAASKELAINEN, F., “Un auto judicial ejemplar a propósito de la vacunación de los niños frente a la covid”, *The Conversation*, 2022. Disponible en: <https://theconversation.com/un-auto-judicial-ejemplar-a-proposito-de-la-vacunacion-de-los-ninos-frente-a-la-covid-175542>

MORENO BOTELLA, G., “Autonomía de la voluntad y tratamiento médico en menor o adulto inconsciente ante el TEDH: cuestiones éticas y problemas jurídicos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 35, 2019.

PRECIADO DOMENECH, C.H. y SEGALÉS FIALGO, J., “La Estrategia Covid y su incidencia sobre el Derecho a la intimidad. Notas a propósito de la oportunidad hecha Sentencia (STEDH de 8-4-2021, Vavricka y otros Vs. República Checa)” *Revista de la Comisión de lo social de Juezas y Jueces para la democracia*, n. 221, 2021.

SÁNCHEZ PATRON, J. M., “La vacunación en la jurisprudencia europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 69, 2021.

TOLOSA TRIVIÑO, C., “El derecho a la salud y la vacunación en España y en el derecho comparado”, *Revista ANALES RANM*, n. 135 (03), 2018.

VAZQUEZ FORNO, L. J., “Pasaporte COVID: pasaporte a la normalidad”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 31 (extraordinario), 2021.