

LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19: ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

*Profesor propio agregado de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas*

TRC, n.º 49, 2022, pp. 293-332
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. La vacunación obligatoria: un debate tan antiguo como las propias vacunas. III La regulación jurídica de las vacunas. IV. Vacunación obligatoria y forzosa, ¿son lo mismo? V. ¿Recoge nuestro ordenamiento una previsión legal explícita de vacunación obligatoria o forzosa? ¿Es ello constitucionalmente necesario en un contexto pandémico? VI. ¿Respeto el principio de seguridad jurídica la habilitación general contenida en la Ley Orgánica de medidas especiales? VII. ¿Cabe adoptar una medida de vacunación obligatoria dirigida una población no individualizada, pero individualizable? VIII. ¿Respeto la vacunación forzosa el subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, es decir, el núcleo esencial de la integridad física y la dignidad del individuo?

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia que aún estamos sufriendo ha traído consigo innumerables conflictos y debates acerca de los derechos fundamentales y libertades públicas y su limitación con ocasión de la protección de la salud pública y la vida e integridad de la colectividad, interés general consagrado en los artículos 15 y 43 CE. Entre aquéllos, el de la vacunación obligatoria ha venido cobrando un interés muy relevante, sobre todo, a partir de la llegada de las primeras vacunas frente a la Covid-19 a nuestro país y las dificultades para alcanzar la inmunidad colectiva por el rechazo a vacunarse de algunos sectores de la población, con especial mención a

algunos, pocos realmente, trabajadores sanitarios y sociosanitarios. El debate, en todo caso, se ha planteado más en términos comparativos, al haberse propuesto e implantado la medida ablatoria en algunos de los países de nuestro entorno, eso sí, con unas tasas de población vacunada muy inferior a las españolas (véase, Austria, Francia o Italia).

El desarrollo de diferentes vacunas de manera muy anticipada a las previsiones más halagüeñas, tanto las más innovadoras y sin precedentes en la vacunología, las de ARN mensajero que codifica el fragmento de la proteína S denominado receptor binding domain (RBD) del virus SARS-CoV-2 (Pfizer/BioNTech y Moderna), como las más tradicionales que se vehiculizan a través de un adenovirus no replicativo (Oxford Vaccine Group/AstraZeneca y Janssen/Johnson&Johnson), pudo ayudar a difundir ciertas dudas acerca de su seguridad, pese a haberse seguido los requisitos ético-legales en los diferentes ensayos clínicos que precedieron a su autorización y disponer la Unión Europea de un robusto sistema de control de la seguridad de las vacunas y medicamentos en general, a través de la Agencia Europea del Medicamento y las Agencias de los Estados Miembros. Sin embargo, tras más de un año de vacunación de la mayoría de la población española y, en general, de los países desarrollados, con unos resultados de seguridad y eficacia extraordinarios¹, tales dudas no han quedado totalmente disipadas. Incluso, ciertos movimientos que ponen en duda las virtudes de las vacunas frente a la Covid-19 han cobrado recientemente nuevos impulsos. Ya nos había advertido antes de la pandemia, en 2018, el Observatorio Europeo sobre sistemas y políticas de salud, que el movimiento antivacunas constituía una de las diez amenazas a las que se enfrentaba la humanidad², y la amenaza no ha cesado, pese a encontrarse la humanidad amenazada por este coronavirus.

En palabras ahora del Comité de Bioética de España, pronunciadas a finales de 2020, tan grave como la pandemia es la ‘*infodemia o infoxicación*’ que vivimos, que difunde informaciones falsas y escandalosas sobre la enfermedad y las vacunas, sembrando el desconcierto y la alarma entre los ciudadanos. Añadiendo que, para combatir tal infodemia, la mejor vacuna es la búsqueda de fuentes de información acreditadas y rigurosas. La vida de los demás está ahora, más que nunca, en manos de cada uno de nosotros. El primero y más antiguo de los principios básicos de la Bioética es, «primero no hacer daño» (*Primum non nocere*). Este principio no solo es predicable de los profesionales sanitarios, sino de todos los miembros de la comunidad. La

1 Véase el Segundo Informe del Grupo de Trabajo sobre efectividad de las vacunas frente a la covid-19 del Ministerio de Sanidad de 13/10/2021, en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/Efectividad_VacunacionCOVID-19_Espana.pdf.

2 Vid. The European Observatory on Health Systems and Policies, *The organization and delivery of vaccination services in the European Union (prepared for the European Commission)*, 2018. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/386684/vaccination-report-eng.pdf. Vid., también, SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., «La vacunación en la jurisprudencia europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 69, p. 513.

libertad de expresión y la libertad de creación y debate científicos son derechos fundamentales de toda sociedad libre, no obstante, con actitudes y conductas que pongan injustificadamente en duda la eficacia y seguridad de las vacunas que llegarán en breve a nuestro país, se puede hacer mucho daño a muchas personas³.

Las vacunas frente a la enfermedad de la Covid-19 constituyen la única alternativa que nos va a permitir superar de manera más o menos definitiva la pandemia y recuperar la normalidad, y ello, no solo por el propio éxito de la vacunación para poner freno a la expansión de virus y el riesgo que éste implica para la vida y salud de las personas, sino, además, porque el resto medidas que pudieran adoptarse en un contexto pandémico sin precedentes en décadas no resuelven el problema al que nos estamos enfrentando.

Las demás alternativas se muestran manifiestamente insuficientes, una vez que hemos podido comprobar los efectos que puede causar, no solo en la economía, sino en la propia salud y libre desarrollo de las personas, los confinamientos prolongados, y que pretender alcanzar la inmunidad colectiva a través del contagio comunitario del virus tiene unos resultados muy catastróficos⁴. La inmunidad colectiva⁵ o también llamada en términos vulgares y metafóricos inmunidad de rebaño se basa, en que, alcanzando la mayor parte de la población la inmunidad frente a una enfermedad infecciosa por haber desarrollado los correspondientes anticuerpos por contagio o por vacunación, esto proporciona protección indirecta a quienes no son inmunes. Las personas inmunes actuarían como una especie de

3 Vid. Declaración del Comité de Bioética sobre la estrategia de vacunación frente a la covid-19 y, en especial, sobre la priorización de la vacunación de 14/12/2020, p. 1. Puede accederse a dicha Declaración en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Declaracion%20del%20CBE%20-%20Estrategia%20priorizacion%20vacunacion%20frente%20COVID19.pdf>. Como señalan Ferdinando A. Insanguine Mingarro y Jorge Castellanos Claramunt, el proceso de inmunización de la sociedad hacia los *movimientos antivacunas* no pasa por medidas urgentes *ex post*, sino por una gestión *ex ante* del aspecto comunicativo de la ciencia, que necesita, hoy en día, de una especial protección jurídica debido a la pérdida de credibilidad de la misma y a la difusión de *fake news*. En definitiva, por el efecto de las *fake news* y las peculiaridades de la COVID-19, algunos escenarios ya ocurridos fuera, como el italiano, podrían producirse rápidamente en España. Una labor pedagógica, ampliamente comunicativa y que subraye el trabajo y desarrollo de las soluciones médicas ante la crisis sanitaria que nos asola, se podrá prevenir de la llamada duda vacunal, produciendo así una mayor efectividad de la verdadera vacuna contra la COVID-19. La transparencia y rigurosidad en esta cuestión deviene imprescindible. De ahí que resulte fundamental inmunizar a la sociedad de la duda vacunal, alimentada por noticias falsas e informaciones interesadas, para poder, posteriormente, inmunizar a la población ante la enfermedad. Vid. INSANGUINE MINGARRO, F.A. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J., «Covid-19, 'fake news' y vacunación: la necesidad de inmunizar a la sociedad de la duda vacunal», *Cuadernos de Bioética*, vol. 32, n.º 104, 2021, p. 71.

4 Vid. Declaración del Comité de Bioética sobre la estrategia de vacunación frente a la covid-19 y, en especial, sobre la priorización de la vacunación de 14/12/2020, p. 1. Puede accederse a dicha Declaración a través de la página web del citado Comité, en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Declaracion%20del%20CBE%20-%20Estrategia%20priorizacion%20vacunacion%20frente%20COVID19.pdf>.

5 La inmunidad colectiva es definida por la OMS como la protección indirecta contra una enfermedad infecciosa que se consigue cuando una población se vuelve inmune, ya sea como resultado de la vacunación o de haber presentado la infección con anterioridad Vid. <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/herd-immunity-lockdowns-and-covid-19>.

cortafuegos impidiendo que el agente alcance a los que no están protegidos. En el caso de SARS-CoV-2 se ha estimado que esta inmunidad de rebaño surge cuando más del 70% de las personas están protegidas. Uno de los factores que afectan a este valor es el R_0 (número reproductivo básico), que estima a cuántas personas puede transmitir un individuo infectado un determinado agente⁶. Sin embargo, recientemente el citado porcentaje se ha considerado claramente insuficiente e, incluso, se ha descartado que un alto porcentaje de población vacunada impida la transmisión del virus, debiendo alcanzarse la vacunación de toda la población⁷.

En los inicios de la pandemia, algunos Estados como Suecia, Reino Unido o Estados Unidos de América optaron, de manera más o menos expresa, y por motivos no solo estrictamente científicos, sino también meramente políticos, por tratar de alcanzar la inmunidad de la población a través de su infección. En el caso de Suecia, la opción se basó en criterios científicos que combinaron la protección de los más vulnerables con cierta tolerancia de la propagación del virus entre los que lo eran menos⁸. En el país escandinavo se optó por confiar en un enfoque de cooperación entre la respuesta del Derecho y las correspondientes medidas coercitivas y la responsabilidad individual de las personas para reducir la propagación del virus sobre la base del que ahí denominan, «folkvett», lo que puede traducirse como el sentido común de los suecos como comunidad.

Sin embargo, pronto se comprobó lo desacertado de dicha opción frente a la única otra alternativa en dicho momento, al menos, para mitigar la expansión del virus, el confinamiento y la restricción de la libertad de movimientos de la población. Y aquella medida fue ya errónea desde los primeros días de la crisis de salud pública, no solo por el número de víctimas mortales que suponía (más del 2% de la población total), sino por el porcentaje de personas que con la infección desarrollarían una enfermedad grave (20%), lo que provoca, necesariamente, el colapso del sistema sanitario y, por ende, el incremento de la mortalidad por la imposibilidad de atender a los enfermos en situación de compromiso vital. Los ingresos hospitalarios y la mortalidad pronto ofrecieron unos datos mucho peores que los de sus vecinos en los que sí se optó por la medida de confinamiento (véase, los casos de Noruega o Finlandia)⁹, y no solo durante los meses inmediatamente posteriores a la declaración de la pandemia por la OMS, sino con una persistencia continuada de una infección y una mortalidad más altas mucho más allá del periodo inicial.

La propia OMS, desde los primeros días de la pandemia, apoyó que la inmunidad colectiva solo podía lograrse a través de la vacunación, no debiéndose

6 Vid. <https://www.ucm.es/otri/noticias-que-es-la-inmunidad-de-rebano-y-por-que-reino-unido-crea-que-puede-funcionar>.

7 KIRBY, T., «Has Spain reached herd immunity?», *The Lancet*, vol. 9, 2021, p. 120.

8 ORLOWSKI, E.J. y GOLDSMITH, D.J.A., «Four months into the COVID-19 pandemic, Sweden's prized herd immunity is nowhere in sight», *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 11, n.º 8, pp. 292 a 298.

9 HABIB, H., «Has Sweden's controversial covid-19 strategy been successful?», *BMJ*, n.º 369, 2020.

permitir que la enfermedad se propagase en un grupo demográfico, ya que ello daría como resultado que se presentaran casos y defunciones innecesarios¹⁰. También la UNESCO, a través de la «Declaración sobre la Covid-19: consideraciones éticas desde una perspectiva global» (*Statement on covid-19: ethical considerations from a global perspective*) aprobada el 6 de abril de 2020 por el Comité Internacional de Bioética, IBC, y el Comité de Ética sobre el conocimiento científico y tecnológico, COMEST¹¹, consideró que la alternativa de la inmunidad colectiva exige una revisión ética muy cautelosa, considerando su impacto en el número de casos potencialmente mortales y las posibles condiciones médicamente insostenibles debido a la falta de disponibilidad de instalaciones de cuidados intensivos, incluso en los países desarrollados, lo que podía tener consecuencias negativas para la salud y la seguridad de las personas y la colectividad.

Tampoco ha resultado ser una alternativa plausible para atajar la expansión y las consecuencias de la pandemia, más allá, de momentos puntuales, el sistema de confinamientos y de limitación de derechos y libertades fundamentales, y no solo porque no permitan lograr un control definitivo de la propagación de la enfermedad y, por tanto, impidan una deseable recuperación económica de la comunidad, sino, además, porque la regla de excepcionalidad constitucional en la que dichas medidas se asientan no puede constituir una regla de normalidad en un Estado de Derecho. Y, además, no debemos olvidar que tanto la inmunidad de grupo por infección como el confinamiento como estrategias frente a la pandemia afectan singularmente a los colectivos de la sociedad más vulnerables, como aquellos para los que el teletrabajo o el acceso a recursos tecnológicos que permitan el trabajo *on line* no es tan sencillo.

En todo caso, una vez comprobada la manifiesta imposibilidad de alcanzar la inmunidad a través de la transmisión comunitaria del virus, su logro a través de la vacunación de toda la población es el principal camino que ha de permitirnos salir de esta grave crisis de salud pública.

En este trabajo vamos a abordar el debate de la vacunación obligatoria desde una perspectiva constitucional, distinguiendo, además, entre dos conceptos que, habitualmente, se abordan, creemos que erróneamente como una categoría única, como son los de vacunación obligatoria y forzosa. Los derechos individuales comprometidos en una y otra son bien distintos.

El debate lo planteamos en términos de mera reflexión sobre una hipótesis, y no necesariamente como una necesidad que deba o, al menos, pueda plantearse en España en el contexto y tiempo en el que se escribe este trabajo. Se trata, pues, de una propuesta de reflexión desde una posición teórica y sin que de las consideraciones que se recogen a continuación deban ser entendidas como una propuesta

10 Vid. <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/herd-immunity-lockdowns-and-covid-19>.

11 Puede accederse a dicha Declaración a través de la web de la UNESCO, en <https://en.unesco.org/news/unesco-experts-urge-collective-responsibility-protect-vulnerable-persons-global-battle-against>.

de aplicación inmediata o futura a la realidad. Es importante distinguir, aunque sea obvio decirlo, entre lo que es jurídicamente posible y lo que es necesario, como nos recuerda el propio principio de proporcionalidad a través del subprincipio que lleva dicho nombre.

II. LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA: UN DEBATE TAN ANTIGUO COMO LAS PROPIAS VACUNAS

El debate acerca de la imposición de la vacunación obligatoria no es un debate que nos haya traído esta pandemia, sino que surge ya en los inicios del propio desarrollo de las vacunas. El fenómeno de los antivacunas no es peculiar ni exclusivo de esta campaña de vacunación contra Covid-19¹², sino bien antiguo y al amparo del mismo es como ha surgido tradicionalmente el debate ético y legal de la vacunación obligatoria.

Podemos recordar que la vacunación como un intento deliberado de proteger al hombre contra las enfermedades tiene una larga historia, aunque sólo desde el siglo XX se ha convertido en una práctica habitual. Los primeros intentos de vacunar son casi tan antiguos como los de erradicar las enfermedades. Así, parece que fueron los chinos quienes trataron la viruela por vacunación en el siglo VI, aunque los primeros registros escritos son de alrededor el año 1000. Sin embargo, el primer intento científico de controlar una enfermedad infecciosa por inoculación sistemática deliberada es el trabajo de Jenner con la vacuna de la viruela, cuando observó que los individuos expuestos de manera intencionada a la viruela vacuna eran resistentes a la viruela humana. El siguiente avance en vacunación fue conseguido por Pasteur con sus estudios de vacunación con el virus del cólera aviar, sentando las bases para la seguridad y atenuación de sus efectos adversos¹³.

También puede citarse como precedente en nuestro país la *Real Expedición Marítima de la Vacuna* que se organizó en 1803 durante el Reinado de Carlos IV y bajo la dirección de los Dres. Balmis y Salvany con el fin de paliar el impacto de la viruela en las colonias americanas. El fin de la expedición fue la creación de unas *Juntas de Vacunas* que permitieran luchar contra la epidemia de viruela que se había propagado en dichas colonias¹⁴.

12 MENNITI, C., «Autonomy vs. beneficence. A bioethical inquiry for Covid-19 mandatory vaccination», *Medicina e Morale*, n.º 3, 2021, p. 301.

13 CRIADO, M.T., SÁNCHEZ, S. y FERREIRÓS, C.M., «Vacunología clásica y nuevas tecnologías en el diseño de vacunas», *Enferm Infecc Microbiol Clin*, 2008, vol. 26, n.º 9, p. 564.

14 RAMÍREZ MARTÍN, S.M., «El legado de la Real Expedición Filantrópica de la Vacuna (1803-1810): Las Juntas de Vacuna», *Asclepio*, vol. 56, n.º 1, 2004, pp. 33 a 61; y BALAGUER PERIGÜELL, E. y BALLESTER AÑÓN, R., *En el nombre de los Niños. Real Expedición Filantrópica de la Vacuna 1803-1806*, Monografías de la AEP, Madrid, 2003.

Las vacunas constituyen medidas profilácticas tendentes a inmunizar a un individuo frente a la aparición de una concreta enfermedad¹⁵. La vacuna produce una infección fingida que permite al individuo desarrollar los anticuerpos para evitar o vencer la infección mediante una respuesta defensiva de su propio sistema inmunitario, produciendo anticuerpos específicos contra el agente infeccioso. Y tienen, además, no solo un alto grado de eficacia, sino que suponen un coste muy bajo y son simples en su aplicación.

Es indiscutible que las vacunas constituyen uno de los elementos esenciales de las políticas de salud pública y de la medicina preventiva si atendemos a la evidencia científica de décadas de vacunación y el impacto que ello ha tenido en el descenso de la mortalidad infantil y el incremento de la esperanza de la vida. La aplicación de vacunas en la prevención de las enfermedades transmisibles ha constituido uno de los mayores éxitos de la historia de la salud pública, no sólo porque es el método más eficaz para prevenir determinadas infecciones a nivel individual, sino porque, además, ha permitido el control y casi desaparición de enfermedades que representaban un grave problema sanitario y, en concreto, la erradicación mundial de la viruela, una de las grandes plagas de la humanidad¹⁶. En palabras de la OMS previas a esta pandemia, actualmente la inmunización a través de las vacunas permite evitar de 2 a 3 millones de muertes cada año por diferentes enfermedades como difteria, tétanos, tos ferina, gripe y sarampión en todos los grupos de edad. Es una de las intervenciones de salud pública más costo-eficaces y exitosas. Y si se mejora la cobertura vacunal mundial, se podrán evitar otros 1,5 millones de defunciones anuales¹⁷.

Y resulta paradójico que, constituyendo junto a la potabilización del agua, la actuación que mayor efecto ha tenido en la reducción de la mortalidad, incluso, por encima del desarrollo de los antibióticos¹⁸, sea la que más habitualmente es puesta en cuestión. Su eficacia en la lucha para prevenir gran número de enfermedades y para atajar los brotes epidémicos responde a datos objetivos y no a meras conjeturas¹⁹. Sin embargo, tal éxito que parece mostrarse indiscutible desde el punto de vista científico no parece ir acompañado necesariamente del mismo reconocimiento social²⁰. A este respecto, al triunfo de la vacunación le sigue en

15 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.º 2, 2005, p. 231.

16 Vid. *Indicadores de Salud 2009. Evolución de los indicadores del estado de salud en España* y su magnitud en el contexto de la Unión Europea, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2010, pp. 188 y 189.

17 OMS, *10 datos sobre inmunización*, 18 de julio de 2019. Puede accederse a dicho document a través de la siguiente web: <https://www.who.int/es/news-room/facts-in-pictures/detail/immunization>.

18 CRIADO, M.T., SÁNCHEZ, S. y FERREIRÓS, C.M., *cit.*, p. 564.

19 La OMS estima que la introducción de las vacunas en el mundo ha evitado, anualmente, 5 millones de muertes por viruela, 2,7 millones por sarampión, 2 millones por tétanos neonatal, 1 millón por tos ferina, 600.000 personas por poliomielitis paralítica y alrededor de 300.000 por difteria.

20 DELGADO RUBIO, A. y MARTÍNÓN TORRES, F., «Controversia en la seguridad de las vacunas: mitos y realidades», en VVAA, *Manual de vacunas en Pediatría 2008*, 4.ª ed., Asociación Española de Pediatría, Madrid, 2008, p. 256.

los últimos años un movimiento social que rechaza los beneficios que las vacunas parecen presentar²¹. Puede afirmarse que a mayor éxito de éstas, mayor contestación por parte de algunos sectores ciudadanos. Este movimiento se ha centrado, en gran medida, en el rechazo a la vacunación de los menores de edad, aunque con la pandemia de la Covid-19 se ha extendido a todos los grupos de población.

Como recordara el Comité de Bioética de España, este rechazo se encuentra presente en aquellos países en los que las tasas de vacunación han obtenido los mayores logros. Así, parece que es el olvido en el que han caído muchas enfermedades que hasta hace pocas décadas asolaban la humanidad lo que provoca la sensación en parte de la sociedad de que las vacunas ya no son necesarias, siendo un mero instrumento de enriquecimiento de la industria farmacéutica. Puede afirmarse, pues, que el principal enemigo de las vacunas es el propio éxito constatado de las vacunas que provoca en la población la creencia de que determinadas enfermedades han desaparecido.

Y junto a este motivo, el mismo Comité destaca dos más: su propia condición de medicina preventiva (se propone su aplicación antes de que exista la enfermedad y, precisamente, para evitarla), y el hecho de que los posibles acontecimientos adversos tienen mucho más eco que los datos estadísticos, muchos más fríos, que vienen informando en los últimos años de sus virtudes clínicas²².

Siendo, por tanto, el panorama en materia de vacunas muy halagüeño en los Estados más desarrollados, ya que se aprecia un acceso universal a las vacunas en los diferentes grupos de riesgo, la cobertura frente a algunas enfermedades en vías de erradicación no son precisamente las más idóneas para conseguir dicho objetivo. Como ejemplo, valga el caso del sarampión. En la República de Irlanda se declararon 1.560 casos durante los 10 primeros meses del año 2000, las coberturas en el Reino Unido no llegan al 88%, en Italia se sitúan en el 56%, en Francia son del 80% y en Suiza no alcanzan el 83%. Algunos incidentes recientes que han intentado asociar la aparición de alguna patología con la administración de una vacuna, como la vacuna del sarampión y el autismo, y la

21 Los motivos principales en los que se basa la negativa a las vacunas, según resulta del análisis de las diferentes páginas web que promueven tal rechazo, son: las vacunas causan enfermedad idiopática (100% de los sitios), las vacunas disminuyen la inmunidad (95%), existe infracomunicación de reacciones adversas (95%), la política de vacunación está motivada única y exclusivamente por las ganancias económicas (91%), las enfermedades que pretenden evitar las vacunaciones pueden también evitarse a través de una buena alimentación o de la homeopatía (73%), son contrañas a las libertades civiles (77%), o utilizan en su preparación tejido de fetos a los que se ha practicado el aborto (32%). Muchos de los argumentos que se manejan en la actualidad contra las vacunas coinciden con los que se esgrimieron hace un siglo frente a las políticas de vacunación obligatoria frente a la enfermedad de la viruela. Vid. WOLFE, R.M., SHARP, L.K. y LIPSKY, M.S., «Content and design attributes of antivaccination web sites», *Journal of the American Medical Association*, vol. 287, n.º 14, 2002, p. 3248.

22 Vid. Informe del Comité de Bioética de España de 19/01/2016, de dilemas ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario. Puede accederse a dicho Informe a través de la página web del Comité, en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>.

vacuna de la hepatitis B y la esclerosis múltiple se encuentran, entre otros hechos, tras estas bajas coberturas²³.

Y como decíamos antes, este fenómeno de la puesta en cuestión de la eficacia y seguridad de las vacunas no es algo de nuestro tiempo, sino que ha acompañado a las vacunas desde su propio origen y temprano éxito como principal instrumento de salud pública, y de ello, han dado buena cuenta los Tribunales de Justicia. Ya en el siglo XIX encontramos algunos precedentes judiciales sobre la vacunación, aunque referidos al pago por una autoridad pública de las vacunas en una comunidad²⁴. Sin embargo, será a principios del siglo XX, cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América tuvo que pronunciarse sobre la vacunación obligatoria —*Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905)—, caso judicial que vino precedido de uno de los mayores ejemplos de movimientos antivacunas que surgieron en aquel Estado. Tal movimiento aparece en el marco de una gran epidemia de viruela que se desató en la ciudad de Boston a principios del siglo XX. Como reacción a las publicaciones de un periodista del *Boston Globe* que acompañó a las brigadas estatales de vacunación acerca de una supuesta vulneración de los derechos civiles de ciertos ciudadanos (principalmente, vagabundos), surge tal movimiento²⁵.

El Tribunal Supremo resolvió, en concreto, sobre la negativa de un mayor de edad a la obligación de vacunarse frente a la viruela. El Alto Tribunal declaró que la comunidad tiene derecho a protegerse frente a determinados peligros como pudieran ser las epidemias y que, en consecuencia, ello constituye un límite a la libertad de decisión sobre su propio cuerpo que tiene todo sujeto. De este modo, la vacuna obligatoria es congruente con los tradicionales poderes de policía que tiene el Estado. Sin embargo, el propio Tribunal señaló que tal decisión no podía extrapolarse con carácter general a cualquier otro caso concreto de vacunación obligatoria, debiendo concurrir, como la propia decisión se encargó de remarcar, los elementos de epidemia, gravedad de la situación y eficacia demostrada de la vacuna. El Tribunal detalló cuáles habían de ser en el futuro los cuatro requisitos que habían de concurrir para poder admitir la vacunación obligatoria: en primer lugar, una necesidad de salud pública (*public health necessity*); en segundo lugar, una relación directa (razonable) entre la intervención y el objetivo de salud pública (*reasonable relationship between the intervention and public health objective*); en tercer lugar, la intervención no puede ser arbitraria u opresiva (*not be arbitrary or oppressive*); y, por último, la intervención no puede suponer un riesgo para la salud del sujeto (*the intervention should not pose a health risk to its subject*).

23 NAVARRO ALONSO, J.A., «Inmunización: saltos al futuro. La vacunología en los albores del siglo XXI (I)», *Atención Primaria*, vol. 29, n.º 9, mayo 2002, pp. 110 y 111.

24 Véase, Tribunal Supremo de Vermont de 1830, *Hazen v. Strong*, y Tribunal Supremo de Pensilvania de 1894, *Duffield v. School District of City of Williamsport*.

25 Vid. VVAA, «The last smallpox epidemic in Boston and the vaccination controversy, 1901-1903», *The New England Journal of Medicine*, n.º 344, 2001, pp. 375 a 379. Vid., igualmente, PALOMINO, R., *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 346.

En España no ha sido infrecuente que los medios de comunicación se hayan eco de algunos casos de rechazo a las vacunas, como el ocurrido en un colegio de Granada a finales de 2010, cuando ante la aparición de un brote de sarampión detectado con treinta y seis casos confirmados, producido, en gran parte, por la baja cobertura vacunal de los niños del barrio, los padres de cinco menores se negaron expresamente a que sus hijos fueran vacunados. Ante tal negativa, la Junta de Andalucía solicitó auxilio judicial con el fin de lograr que los niños fueran vacunados pese a la oposición de los padres. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 5 de Granada dictó Auto de 24 de noviembre de 2010, en virtud del cual, se acordaba la vacunación forzosa de dichos menores. La resolución de instancia fue confirmada por STSJ de Andalucía de 22 de julio de 2013 (recurso 667/2012), resultando de interés para el debate que nos ocupa lo que recogía su Fundamento Jurídico 5.º: «En relación a la proporcionalidad de la medida de vacunación forzosa acordada, se ha cuestionado por los apelantes, con referencias a un informe emitido por el Profesor Simón (cuya copia ni siquiera se aporta) que debiera haberse adoptado como medida la de aislamiento voluntario. Sin embargo, esta Sala no llega a vislumbrar porqué sería más proporcionado tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (dado que habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración. Con ello, se cuestiona también la propia eficacia de esta medida considerada más adecuada, o al menos, proporcional, por parte de los apelantes»²⁶.

Igualmente, tuvo mucho impacto mediático el caso de un niño de seis años de edad en Olot que falleció de difteria en 2015, no estando vacunado por expresa voluntad de sus padres. La noticia tuvo, como decimos, gran trascendencia porque el último caso de esa enfermedad registrado en Cataluña fue en 1983. De hecho, en 1941 se registraron en España 1.000 casos de difteria por cada 10.000 habitantes, pero tras una campaña de vacunación pública iniciada en 1947 y que se prolongó mucho en el tiempo, la enfermedad fue declarada erradicada en 1987²⁷.

III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS VACUNAS

El derecho a la protección de la salud se proclama en el artículo 43.1 CE. Tal reconocimiento, sin embargo, ha venido tradicionalmente sustentado en la lucha por la curación de las enfermedades (aspecto asistencial de la salud) en un ámbito

26 Vid. CIERCO SEIRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la covid-19», *El Cronista*, n.º 93-94, p. 20.

27 Vid. P. CUADROS AGUILERA, «Cuestiones ético-jurídicas en torno a la vacunación pública», *Derechos y Libertades*, n.º 45, Época II, 2021, p. 369.

más individual que colectivo. Como recordara hace ya unos años Cierco, si bien la preocupación del Estado por la protección de la salud de su población surge desde el preciso instante en que se constata la existencia de amenazas sanitarias que el individuo, de manera aislada, con sus propios recursos, es incapaz de afrontar con éxito, siendo la función pública de protección de la salud colectiva el aportar medios colectivos para combatir esas amenazas cuyo paradigma no era otro que el de las mortíferas epidemias, durante la segunda mitad del siglo XX se experimentó un cierto aletargamiento de la materia, motivado, entre otras causas, por el protagonismo que iba adquiriendo la necesidad de construir un sistema sanitario tendente a ofrecer asistencia médica²⁸. La salud individual ha centrado en estas décadas el debate y la salud colectiva ha merecido menor atención no solo de la doctrina científica, sino del propio legislador. La propia aprobación de una Ley como la General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) que poco se ocupa de la salud pública veinticinco años antes de aprobarse y publicarse la Ley General de Salud Pública (Ley 33/2011, de 4 de octubre) es un ejemplo paradigmático de todo ello.

Pese a ello, desde hace ya tiempo, junto a tal objetivo se han abierto paso las políticas de salud pública, para las que no solo debe procurarse curar sino también prevenir la enfermedad, todo ello sobre la base del principio de atención integral a la salud. Tal idea ya aparece recogida en el artículo 43.2 CE, cuando manifiesta que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas.

El contenido del derecho a la protección de la salud tiene, pues, una doble vertiente: de una parte, abarca el ámbito de la denominada salud pública, contemplando todas las medidas que el Estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía, entre las que destacarían las vacunas; de otra, comprende las acciones a adoptar para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano pueda llegar a precisar.

El citado artículo 43 ha sido objeto de desarrollo por diferentes normas, pudiendo descataarse, desde la perspectiva de la salud pública, la ya citada Ley General de Sanidad, que consagra en su artículo 3.1, como principio general del sistema, la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, y en su artículo 8 considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la 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. Tal previsión se completa con lo dispuesto por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 11 recoge las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica, la protección de la salud,

28 C. CIERCO SIEIRA, «Epidemias y Derecho Administrativo ...», *cit.*, p. 211.

la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades, o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros, por parte de la Administración sanitaria competente.

A tales normas habría que añadir también la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante, Ley Orgánica de medidas especiales). Esta norma recoge un sistema de medidas a adoptar en situaciones de urgencia o necesidad para la salud pública. Aunque la norma es extraordinariamente parca, menciona las medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización y control.

Finalmente, puede citarse la Ley General de Salud Pública. Dicha norma supone una novedad importante en nuestro ordenamiento jurídico y viene a satisfacer una necesidad ya demandada desde hace tiempo, recogiendo una regulación más o menos sistemática de la salud pública. Con esta Ley, el derecho a la protección a la salud de los ciudadanos que consagra el citado artículo 43 avanza en su doble vertiente, tanto asistencial como preventiva. Sin embargo, ésta no hace mención alguna de las vacunas en su articulado.

Así pues, las políticas de salud pública, en su modalidad de políticas de prevención de la enfermedad, entre las que se situarían las vacunas, constituyen uno de los principales retos y logros de la medicina y como tales han sido consagrados por nuestra Constitución y por las normas encargadas del desarrollo del derecho constitucional a la protección de la salud reflejado en el artículo 43.

El objetivo público de promoción de las políticas de prevención ha cobrado, además, mayor trascendencia y actualidad a medida que nuestros sistemas sanitarios empiezan a presentar problemas de financiación por el incremento incesante de la demanda y la evolución de la tecnología sanitaria. Puede, así, perfectamente afirmarse que el principio de justicia distributiva opera también en este ámbito y debe estar presente en el debate. La autonomía que en gran medida ha presidido el debate bioético debe ser matizada no sólo en contextos en los que el interés colectivo debe ser atendido y conjugado en su protección con el interés individual, sino, sobre todo, cuando los recursos sanitarios son más escasos, afectando la decisión que adopta un ciudadano sobre el cuidado de la salud (véase, por ejemplo, rechazando una vacuna que puede impedir el desarrollo de una enfermedad) al resto de la comunidad.

Las vacunas se garantizan en nuestro sistema jurídico a través de dos instrumentos: las prestaciones sanitarias y la vigilancia epidemiológica. Por lo que se refiere al primer instrumento, dada su trascendencia en el ámbito de la salud pública y de la medicina preventiva, las vacunas se constituyen una prestación con cargo al Sistema Nacional de Salud. Así, el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, recoge, en el apartado 3.1 del Anexo II, la siguiente prestación de actividad preventiva: vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de

vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que puedan indicarse, en población general o en grupos de riesgo, por situaciones que epidemiológicamente lo aconsejen.

Por otro lado, la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica constituye también uno de los instrumentos esenciales en el marco de la protección de la salud pública y, en especial, en lo que a la prestación de las vacunas se refiere. A este respecto, debemos tener en cuenta que la prestación pública de la vacunación tiene un doble carácter: ordinario, en relación con las vacunas que aparecen establecidas en los correspondientes calendarios de vacunación; y, además, extraordinario en relación con aquellos supuestos de brotes de enfermedades prevenibles con la vacunación.

La Red Nacional fue creada mediante RD 2210/1995, de 28 de diciembre, con el fin de recoger y analizar la información epidemiológica para poder detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes (art. 1).

Por último, las vacunas quedan sujetas a requisitos específicos de calidad y de condiciones de uso que se establecen en el 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 —que deroga la anterior Ley 29/2006—, para los medicamentos denominados especiales.

IV. VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y FORZOSA, ¿SON LO MISMO?

En el debate acerca de la obligatoriedad de las vacunas se han formulado ya una propuesta concreta para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una cláusula expresamente habilitadora de la vacunación obligatoria, aunque en el ámbito autonómico. Se trata 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. Su artículo 38.2 dispone que «podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas: ...5.ª) Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de 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», lo que se completa en el artículo 41 bis que tipifica como infracción leve, «d) la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la presente ley, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa transmisible, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población», infracción que podrá ser tipificada como grave cuando el rechazo

a la vacuna pudiera «producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, siempre que no sean constitutivas de infracción muy grave (art. 42 bis c), o, incluso, como muy grave «cuando se produjese un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población» (art. 43 bis d).

Algunos especialistas y sectores consideran que si bien cabría adoptar una medida ablativa de vacunación obligatoria en un contexto de grave riesgo para la salud pública como el que estamos viviendo, una fórmula legal de vacunación obligatoria genera cierta incertidumbre acerca de su eficacia real y, sobre todo, acerca de su incidencia en dicha posición negativa de la población hacia las vacunas. Algunos sectores consideran que la implantación de dicha vacunación obligatoria puede provocar una reacción aún más contraria a las vacunas²⁹.

En todo caso, el debate está en cierto modo alterado por cuanto que se confunden los conceptos y, más concretamente, los de vacunación obligatoria y forzosa. Así, cuando se habla de vacunación obligatoria debe entenderse que se hace referencia a un deber cuyo incumplimiento determina una consecuencia legal, ya sea una sanción económica o una limitación de un derecho. Así pues, el individuo que lo desatiende (rechaza ser vacunado) será multado, verá limitada su libertad de circulación, alteradas sus funciones laborales o suspendido su empleo y sueldo. Esto es lo que prevé la suspendida por orden constitucional Ley gallega de salud pública, antes citada. La consecuencia jurídica no es la vacunación forzosa del renuente, sino una multa económica.

Por el contrario, cuando de lo que se trata es de la vacunación forzosa, el individuo que desatiende la obligación será legalmente compelido a vacunarse, recurriéndose, incluso, a la fuerza de la autoridad. Es decir, el derecho afectado por la medida aquí sí es directamente la integridad del individuo. Se trata, por tanto, de dos medidas de distinto calado, desde la perspectiva de los derechos finalmente afectados por la limitación y su distinción como dos categorías distintas no es neutra para la operatividad del principio de proporcionalidad.

V. ¿RECOGE NUESTRO ORDENAMIENTO UNA PREVISIÓN LEGAL EXPLÍCITA DE VACUNACIÓN OBLIGATORIA O FORZOSA? ¿ES ELLO CONSTITUCIONALMENTE NECESARIO EN UN CONTEXTO PANDÉMICO?

La salud pública y la prevención de las enfermedades constituyen un fin constitucionalmente legítimo que puede perfectamente operar como límite al ejercicio de los derechos fundamentales y, en especial, al derecho a rechazar el

29 Vid. Informe del Comité de Bioética de España de 19 de enero de 2016, de dilemas ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario. Puede accederse a dicho Informe a través de la página web del Comité, en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>.

tratamiento médico que resulta del derecho a la integridad corporal o indemnidad que se ha visto reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en su interpretación de lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 18 CE. A este respecto, la misma Ley General de Sanidad establece en su artículo 11.1 que los ciudadanos tienen el deber de cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios sanitarios. En similares términos, el artículo 9.2 a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente dispone que «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento... cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley».

También, la Ley General de Salud Pública dispone, al respecto, que los ciudadanos tienen el deber de colaborar en las actuaciones de salud pública, facilitando el desarrollado de tales actuaciones y absteniéndose de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución (art. 8).

Con carácter general, un modelo de salud pública habría de venir fundamentado, desde un punto de vista estrictamente legal, en una relación proporcional entre la libertad de los ciudadanos y los intereses colectivos. Y ello, porque, en definitiva, la cuestión central, tanto jurídica como ética, en salud pública es responder a la pregunta de en qué medida es admisible el establecimiento y promoción de políticas por el Estado que, si bien pueden tener efectos muy beneficiosos para la población, afectan habitualmente a derechos y libertades de ciudadanos concretos. La respuesta a esta cuestión es especialmente compleja por dos motivos:

En primer lugar, por el riesgo que, intencionada o no intencionadamente, pudiera esconderse tras las políticas públicas de salud pública. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la posibilidad, nada descabellada, de que dichas políticas pudieran desembocar en verdaderas prácticas paternalistas, en las que el Estado, en beneficio de un sujeto plenamente capaz, adopta una decisión que atenta a su libertad, o incluso, peor aún, cuando detrás de estas políticas públicas se esconde la idea de conformar una moralidad particular determinada.

En segundo lugar, por la multitud de conflictos de diferente naturaleza que pueden plantearse al amparo de dichas políticas de salud pública. Así, una solución global se muestra muy difícil, habiendo de atenderse en cada caso a los derechos y valores en conflicto. No pueden equipararse casos tales como aquellos en los que un sujeto se niega a que se le practique una prueba de diagnóstico genético con el fin de determinar predictivamente su predisposición a desarrollar determinada enfermedad en el futuro y poder así adoptar medidas terapéuticas preventivas, que el caso bien distinto en el que unos padres rechazan la vacunación de sus hijos menores de edad.

Como han proclamado de manera reiterada nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la doctrina de los

límites inmanentes, ningún derecho es absoluto, de manera que todos los derechos son limitados. Y tales límites pueden derivar tanto de la necesidad de asegurar un disfrute universal y simultáneo de los derechos, pudiendo entrar en conflicto con los derechos de terceros (conflictos entre derechos) como de la de conjugar el respeto a los derechos con el respeto a otros bienes o valores constitucionales (conflictos entre derechos e intereses generales). Y en cuanto al segundo de estos conflictos, la salud pública, debemos recordar, constituye uno de los títulos más clásicos y robustos de limitación de los derechos y libertades, formando parte de una conocida tríada junto al orden y la moralidad públicas. Y, si bien, como señala Cierco, tiene también su parte resbaladiza³⁰, pudiendo ser la mera excusa de la autoridad pública para limitar y suprimir derechos de manera generalizada, también es cierto que la salud pública puede, dentro de la imprecisión de los intereses colectivos, sujetarse a unos mínimos de acreditación fáctica de las razones que exigen acudir a las medidas limitadoras en pos del mismo. El propio método de la Medicina y de la Salud Pública, como disciplina, en concreto, permite que la invocación de dicho interés no sea un mero *horror vacui*, rellenando con el término la nada. La toma de decisiones de limitación y suspensión puede proveerse de datos estadísticos, opiniones de expertos, predicciones científicas de causalidad, lo que no es tan fácil con los dos otros dos límites de la tríada, el orden y la moralidad públicos.

Quizás el concepto *foucaultiano* de biopolítica ha generado cierto temor hacia la invocación de la salud colectiva, aunque ello podía ser más propio de regímenes autocráticos o venir referido, más que a la adopción de medidas extraordinarias en tiempos extraordinarios, como los que precisamente estamos viviendo, a la mera situación de ordinariadad en la que a través del control permanente de la salud y del bienestar del individuo se ejerce una especie de nuevo control político.

Así pues, la salud pública constituye no solo un límite que goza de suficiente cobertura normativa, con carácter general, sino que se proclama como tal, como hemos visto, en el propio ámbito del derecho a autorizar el tratamiento médico.

Y ello, no puede sujetarse a debate o controversia alguna, en la medida que el interés colectivo de la salud pública persigue, lisa y llanamente, no solo la protección de la salud de la comunidad, consagrada en el artículo 43 CE, sino, sobre todo, la vida e integridad, consagradas en el artículo 15 CE. Y así, el Auto 239/2012, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional recuerda que «la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas» (Fj 5.º). Y añade que existe una vinculación entre protección de la salud como principio rector, y

30 CIERCO SIERA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público. Ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 85.

vida e integridad como derechos fundamentales, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, asunto *VO c. Francia* de 8 de julio de 2004), por lo que resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles.

Por tanto, existe una obligación positiva del poder público en relación con la protección del derecho a la salud, cuando se conecta con el derecho a la integridad física y los riesgos para la vida, porque cualquier «actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud» (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3).

Sin perjuicio de ello, las normas que regulan las vacunas en nuestro sistema jurídico, pese a reconocer su especial relevancia en el campo de la salud pública y de la prevención de enfermedades individuales y colectivas (epidemias), no incorporan una cláusula jurídica de obligatoriedad, salvo lo previsto en 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 1944³¹, en cuyo artículo único dispone que «Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno 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 ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».

La eficacia jurídica de esta previsión queda, sin embargo, en duda por dos motivos, de los que, como veremos, resulta especialmente relevante, desde un punto de vista constitucional, el segundo. En primer lugar, debemos recordar que la Ley General de Sanidad preveía en su Disposición Final 5.^a que dicho artículo único había de ser objeto, junto muchas otras normas de refundición, regularización, aclaración y armonización en el plazo de dieciocho meses, mandato que, pese a haber transcurrido casi veinticinco años, aún no ha sido cumplido. Ciertamente, ello no resta necesariamente eficacia a la norma, pero sí que permite sostener que su eficacia es ya matizada, pendiente de cumplir el mandato impuesto por el legislador³². En segundo lugar, la norma no fue aprobada con el carácter de

31 BOE de 28-IV-1980. Recuérdese que dicha norma no debe ser confundida con la Ley de bases recogida en el marco del Decreto Legislativo por los arts. 82 y 83 CE, sino que se trata de una norma que nace con vocación de permanencia o de una norma cuyos preceptos viene calificados formalmente como bases. Vid. COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAAE-IVAP, Oñati, 1988, p. 349; y PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, *op. cit.*, p. 128.

32 Cierco Sieira mantiene, por el contrario, que dicha norma posee aún plena vigencia jurídica y que, además, habilitaría a las autoridades públicas para adoptar una política de vacunación sistemática de carácter obligatorio. Vid. CIERCO SIEIRA, C., «Epidemias y Derecho administrativo ...», *cit.*, p. 233.

orgánica de manera que entendemos que no habilitaría en nuestro Estado constitucional, y dado el tenor del artículo 81 y la interpretación del mismo que ha desarrollado el Tribunal Constitucional³³, a imponer una medida pública individualizada o colectiva de vacunación obligatoria.

Además, la citada Ley 22/1980, contempla un doble supuesto de obligatoriedad de la vacuna: el de epidemias (*casos repetidos* o *estados epidémicos*), por un lado, y el de las vacunaciones sistemáticas. Respecto de esta última posibilidad, la norma se muestra mucho menos contundente sobre la posibilidad de imponerlas obligatoriamente («*podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos*»).

Por otro lado, algunas normas autonómicas sobre educación exigen, para el acceso a los centros escolares, acreditar que se ha cumplido con el calendario de vacunas de la Comunidad³⁴. Tales previsiones no suponen, sin embargo, cláusulas de vacunación forzosa, en la medida que la consecuencia del incumplimiento es la inadmisión en el correspondiente centro³⁵.

Las normas de salud laboral tampoco recogen previsión alguna que permita imponer las vacunas. La Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, nada dice al respecto y el RD 664/1997, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, se limita a señalar que deberán ponerse a disposición del trabajador las correspondientes vacunas.

En definitiva, puede afirmarse que las vacunas en España son voluntarias salvo supuestos excepcionales, como el de una epidemia en los que existen mecanismos legales para establecer su obligatoriedad. Así, lo constata, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29-IX-2010 cuando afirma que «fuera de estos casos (se refiera la Sentencia a

33 Vid., en especial, SSTC 6/1982, 76/1983, 6/1987 y 160/1987.

34 Véase, art. 4 Ley de la Comunidad Valenciana 1/1994, de 18 de marzo, de salud escolar.

35 Puede verse, a este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2000, que declara, literalmente, que «La convivencia en un Estado social y 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. Así pues, no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traducen en la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad en un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial». El caso versaba sobre la decisión adoptada por una Comisión Escolar de dejar sin efecto la matrícula de una estudiante cuyos padres habían rechazado que fuera vacunada, siendo dicho requisito necesario para el ingreso en el centro escolar. Sobre el mismo conflicto, puede verse también STSJ de La Rioja de 2 de abril de 2002, que viene a expresarse en similares términos, señalando que «nada impide tal opción alternativa y nada obliga a una vacunación que decididamente se rechaza ... (aunque) no puede desconocerse la potestad de la Administración para imponer tal exigencia a quien pretenda acogerse a los servicios de Guardería, negando la admisión a los niños que no la cumplan, dado que la medida profiláctica aplicada resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo».

la vacunación obligatoria respecto de sujetos en los que concurre una relación de especial sujeción —militares, profesionales sanitarios— o en supuestos muy concretos como son los viajes al extranjero a la entrada en España), sólo cabría justificarla en una situación extraordinaria, amparado en la LO 3/1986, que excepcione el principio general de autonomía deducible del artículo 10.9 LGS y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, no tanto del paciente, como del ciudadano a la hora someterse a tratamientos preventivos y que en este caso sería una vacuna».

VI. ¿RESPETA EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA LA HABILITACIÓN GENERAL CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS ESPECIALES?

Uno de los principales debates que ha suscitado la posible adopción de una medida ablativa de vacunación obligatoria o forzosa viene referido a la exigencia de que haya una previsión normativa explícita, sin que puedan considerarse suficientes, desde la perspectiva esencialmente de la seguridad jurídica y del subprincipio de legitimidad, la habilitación general contenida en la Ley Orgánica 3/1986.

Antes de empezar a desarrollar esta cuestión, es interesante recordar que en el ordenamiento español, las situaciones de grave riesgo contra la salud pública —y, en particular, las epidemias ocasionadas por enfermedades infecciosas— pueden abordarse tanto con la declaración del estado de alarma o excepción por el Gobierno de la Nación, en función de la intensidad de la limitación de los derechos y libertades, y ello, de acuerdo con el artículo 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, como mediante el ejercicio de las potestades ordinarias atribuidas a las autoridades sanitarias competentes por la legislación estatal —las ya citadas Ley Orgánica 3/1986 en relación con la Ley General de Sanidad y la de Salud Pública— o autonómica que resulte de aplicación al ámbito territorial concernido³⁶. Es decir, no solo cabe afrontar una grave crisis de la salud pública desde los estados excepcionales. Más aún, éste debe superar el principio de proporcionalidad, es decir, ser necesario, lo que significa que la crisis no pueda afrontarse por una medida que altere menos el sistema normal de funcionamiento de las instituciones. Los estados de alarma y excepción constituyen, en términos muy clásicos en el Derecho penal, la *ultima ratio*, no la *prima ratio* o una *ratio* alternativa más. Y a ello, se añadido, además, que solamente cabe recurrir a él cuando se exija una respuesta ineludiblemente centralizada y unitaria³⁷.

36 Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. n.º 213/2021.

37 RIDAO, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 164.

Incluso, ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes. La declaración del estado de alarma no impide que las autoridades sanitarias puedan acordar, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, otras medidas distintas de las acordadas por el Gobierno en dicha declaración. La Ley Orgánica 4/1981, prevé, para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, que «la autoridad competente podrá adoptar, por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las específicas del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (artículo 12). De lo expuesto se derivan dos consecuencias: la primera, que, con independencia de las medidas contenidas en la declaración del estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; y la segunda, que tales medidas han de ser compatibles con las previstas por la declaración del estado de alarma y no pueden, por tanto, contravenir las, sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad³⁸.

Por otro lado, debe mencionarse también que el debate se sitúa en lo que se circunscribe a las medidas que afectan a derechos fundamentales, es decir, los previstos en los artículos 15 a 29 CE y no a los derechos contenidos en los artículos 30 y siguientes.

De los artículos 53 y 81 CE se deduce que la limitación de los derechos fundamentales y las libertades públicas se sujetan a tres garantías: su desarrollo por Ley Orgánica, su sometimiento al principio de proporcionalidad (respeto del contenido esencial) y reserva de jurisdicción, es decir, que, al margen del estado de alarma, la limitación debe ser previamente autorizada judicialmente.

En cuanto al carácter de la habilitación para la adopción de la medida concreta en favor de la autoridad competente, Doménech recuerda que la constitucionalidad de habilitaciones más generales ha sido admitida por el propio Tribunal Constitucional, Sentencia 69/1989, estando vedado que la indeterminación sea excesiva, que carezca de justificación. Y en el caso del artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales, 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. Pero, por las razones expuestas, no parece conveniente que el correspondiente listado tenga un carácter

38 Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. n.º 213/2021.

cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el artículo 3³⁹.

En palabras de Nogueira, son, pues, los principios generales de proporcionalidad y *favor libertatis* y las garantías judiciales existentes los contrapesos más evidentes a esa parquedad normativa⁴⁰ y, añadimos nosotros, más útiles para proteger los valores e intereses generales en conflicto y riesgo en dichos contextos extraordinarios.

Y si bien es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019 que es objeto de cita frecuente por las resoluciones dictadas por Tribunales Superiores de Justicia que han denegado medidas limitadoras por la presunta falta de taxatividad en la norma legal que las regula, señala que tales limitaciones pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación, y ello, porque la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Con ello, la ley ya no cumpliría su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues dejaría que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla. Se lesionaría el principio de seguridad jurídica, concebido como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el derecho, y también el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio.

Sin embargo, la previsibilidad que exige el Tribunal Constitucional no solo creemos que sea normativa, y, menos aún, en el contexto de un fenómeno como es una pandemia, que no puede ser tildado ni de insólito ni de novedoso, sino, todo lo contrario, que nos retrotrae varias décadas y siglos atrás. Considerar que medidas tales como la vacunación no es previsible para la ciudadanía sobre la que operaría porque no se recoge de manera explícita y detallada en una norma que habilita con carácter general para la adopción de medidas en el contexto de una grave crisis de salud pública, en protección de la vida e integridad de dicha ciudadanía, no responde, con todos los respetos para quienes sostienen dicha postura, a la realidad. Plantear que la vacunación obligatoria no cumple los requisitos de previsibilidad, cuando cualquier ciudadano que fuera preguntado de manera hipotética al respecto la describiría como la primera medida que se adopta en una pandemia, parece poco verosímil. Y precisamente, la fortaleza jurídica que nos ofrece los términos en los que se redacta el inciso segundo del artículo 3 es que se

39 DOMENECH PASCUAL, G., «Comunidades Autónomas, derechos fundamentales y covid-19», El Almacén del Derecho, 21 de julio de 2020. Puede accederse a dicho trabajo a través del siguiente enlace: <https://almacendederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

40 NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista*, n.º 86-87, marzo-abril 2020, p. 30.

adapta perfectamente a un contexto como el que, desgraciadamente, nos ha tocado vivir, nuevamente, un siglo después de la pandemia de la mal llamada gripe española.

Cuando se desarrolla una pandemia existen una serie de medidas absolutamente previsibles y situar, por tanto, la previsibilidad de las medidas que son habituales y de general conocimiento en dichos contextos en un mero hecho normativo supone volver al positivismo extremo y al mundo en el que solo valen las reglas, lo que en tiempos de incertidumbre hace que la Ley se convierta en algo absolutamente inútil, algo insólito cuando la protección de la vida e integridad de los ciudadanos es el principal deber del Estado y es, precisamente, el que abre nuestra propia declaración constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas.

Cuando el Tribunal Constitucional considera que una norma es previsible y que, por tanto, su redacción permitiría al individuo regular, con la suficiente precisión, su conducta conforme a ella y predecir sus consecuencias, no creemos que esté olvidando que la previsibilidad es un elemento también fáctico que derivaría no solo de la propia lectura de la norma, sino también de los hechos o consecuencias que pueden ser previsto de acuerdo con los conocimientos a los que fácilmente puede acceder el individuo. Como lo define la Real Academia Española, previsible es que lo que entra dentro de las previsiones normales, es decir, lo que puede ser visto con anticipación. Y ello, añadimos nosotros, no solo por la norma, sino, fundamentalmente, por el ciudadano que es el principal destinatario de la norma y la medida limitadora.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad como test de enjuiciamiento del conflicto entre el derecho individual y el interés colectivo no exige que la medida esté necesariamente prevista en el ordenamiento. El principio de legitimidad de la medida que es la primera pregunta del test exige que sea precisamente el interés colectivo que se pretende proteger el que esté reconocido constitucional y legalmente pero no la medida en sí. La medida se somete a continuación a las otras tres preguntas del test o subprincipios, es decir, si es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. En definitiva, se puede estar confundiendo el subprincipio de legitimidad en cuanto a exigir una previsión expresa de la medida, cuando se refiere al interés colectivo, es decir, se confunde el medio con el fin o el ya antes mencionado presupuesto material.

La medida debe responder a un fin legítimo, y ello, supone, no que la medida, en concreto, esté detalladamente descrita en la norma, sino que el fin a proteger por la medida pueda encontrarse en la propia Constitución. Y, a este respecto, resulta hartamente difícil sostener que, no ya la protección de la salud, sino la vida e integridad de la comunidad que es lo que se protege con la salud pública, no encuentre amparo en el texto normativo de la Constitución.

El propio TEDH abordó la cuestión de la previsibilidad normativa de la limitación del derecho fundamental en el caso *Cisse v. Francia*, de 9 de abril de 2002, en el que se señala que la previsión contenida de manera que se faculte a

la autoridad local para supervisar las ceremonias religiosas a iniciativa propia o a petición del correspondiente sacerdote, permite afirmar que la injerencia —desalojo de unos ocupantes de una iglesia— está prescrita por la Ley (ap. 43). La alegación del demandante de que no había nada en las disposiciones antes mencionadas para demostrar que los poderes de la Comisión de Policía incluían la protección del culto religioso o que tenía derecho a desplegar las fuerzas armadas para afectar al derecho de asilo mediante el desalojo forzoso de personas que se habían, como último recurso, refugiado en un lugar de culto no es aceptada por el Tribunal.

Como puede verse en dicho caso, el Tribunal Europeo no exige una descripción de la medida concreta para mantener el orden público —desalojo de una iglesia ocupada—, sino la descripción de la facultad que se otorga a la autoridad pública y el interés colectivo a proteger a través de dicha facultad.

El mismo criterio mantiene en *Oya Ataman c. Turquía*, de 5 de diciembre de 2006, donde considera que la medida controvertida persiguió al menos dos de los fines legítimos previstos en la norma, en concreto, la prevención del desorden y la protección de los derechos de los demás y la libertad de circulación (aps. 31 y 32).

En otra conocida Sentencia del TEDH sobre el proselitismo en el marco de la libertad religiosa, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, declara que la redacción de muchas leyes no tiene una precisión absoluta. Debido a la necesidad de evitar una rigidez excesiva y adaptarse a los cambios de situación, muchas de ellas se sirven de fórmulas más o menos flexibles, cuya interpretación y aplicación depende de la práctica (ap. 40).

El propio Tribunal Constitucional ya expresó en su STC 150/1990 que no cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el art. 9.3 CE garantiza. Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica (FJ 8.º).

¿Puede afirmarse que las medidas adoptadas en el contexto de esta pandemia, ninguna extraña a un suceso como el que estamos viviendo y como el que vivieron

muchas de nuestras anteriores generaciones y así se relata en la propia Historia, carecen de una certidumbre razonable y, entre ellas, la vacunación obligatoria ante la dificultad en alcanzar la inmunidad colectiva? ¿Podieron pensar nuestros ciudadanos, vistos los primeros efectos del virus cuando llegó a nuestro país y el número diario de contagiados, ingresados y fallecidos, que la vacunación obligatoria no es una medida razonable cuando, además, la OMS declaró que estábamos ante, no una epidemia, sino una pandemia?

El propio ordenamiento jurídico no contiene como norma protectora de la salud colectiva la ya tantas veces mencionada Ley Orgánica 3/1986, sino también, la Ley General de Sanidad, la de Salud Pública y la propia Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, debemos recordar que la medida que se proponga adoptar, en este caso, la vacunación obligatoria, no solo queda sujeta al estricto control que ofrece la valoración de su fin, en cuanto al análisis de su legitimidad constitucional, sino también al principio de proporcionalidad y, por tanto, debe responder a la pregunta de su adecuación y necesidad. Si la medida es adecuada para garantizar un interés colectivo que no solo está previsto en una Ley Orgánica, sino que se deduce directamente de la propia Constitución y que, incluso, más allá, entronca directamente con el frontispicio de la regulación de los derechos fundamentales, es decir, con el derecho a la vida, es harto difícil sostener que dicha medida no cumple con el principio de seguridad.

El propio Tribunal Constitucional, en el Auto 40/2020, de 30 de abril, dictado con ocasión del recurso de amparo interpuesto por una organización sindical contra resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra por la que no se autorizaba la celebración de una manifestación en la ciudad de Vigo durante el primer confinamiento de la pandemia, resolución administrativa confirmada por Sentencia del TSJ de Galicia, nos recordó el valor que cobra el derecho a la vida en un contexto como el que estamos viviendo.

Así, el Alto Tribunal justifica la prohibición de la manifestación al considerar que ello tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde [para el Tribunal] la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que, en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida, pueda tener la propagación de la Covid-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde

parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 CE, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han adverbado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981».

Y ¿no resultan estas palabras plenamente aplicables al debate que nos ocupa? ¿Cabe poner en duda el propio tenor de la Ley Orgánica de medidas especiales y ser inflexibles en la exigencia de una absoluta seguridad jurídica y previsibilidad de las medidas en un contexto, como dice el Tribunal Constitucional, no solo de máxima incertidumbre (aún hoy, pese a que ya han transcurrido casi dos años desde que se declaró la pandemia por la OMS) y de máximo riesgo, como lo demuestran las frías estadísticas, para la vida e integridad de las personas?

La contestación que diera el Tribunal Constitucional no creemos que haya perdido virtualidad alguna en la actualidad: «En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso, no parece por tanto inexistente».

Porque, en definitiva, «no se trata aquí de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente».

Incluso, como puede verse en el siguiente párrafo del Auto, el Tribunal Constitucional se ha mostrado mucho más sensible a los datos que nos proporciona la pandemia que algunos Tribunales Superiores de Justicia o algunos juristas que, sin mala intención, ponen en duda la virtualidad de la Ley Orgánica de medidas especiales: «El impacto de la infección de la COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos. Según los datos oficiales fechados el 29 de abril de 2020 y publicados por la Xunta de Galicia, la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad informa que el número de casos activos de coronavirus en Galicia asciende a 3.526, de ellos 880 son del área de A Coruña,

244 de la de Lugo, 715 de la de Ourense, 215 de la de Pontevedra, 808 del área de Vigo, 505 de la de Santiago, y 159 de la de Ferrol. Por tanto la ciudad de Vigo es la segunda población de Galicia en número de casos activos identificados, siendo este dato de suma importancia también a la hora de valorar el riesgo que sobre la salud de las personas puede tener la autorización de una manifestación en la que no se han previsto adecuadamente medidas de prevención de contagios, ni de limitación de asistentes, ni de garantía del libre tránsito de vehículos sanitarios, ni de salida o retorno escalonado, con lo que no es imposible imaginar una concentración de personas en el momento previo a la convocatoria y en el momento sucesivo, de retorno a los lugares de origen, que contribuyese a activar la escalada exponencial de contagios que sabemos posible y que no cabe evitar más que con la limitación del ejercicio del derecho en las condiciones solicitadas por los convocantes».

El propio RD 463/2020, por el que se declaró el primer estado de alarma en la pandemia, nos dice en su exposición de motivos, literalmente, que «La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos».

Y añade, a continuación, que «En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico».

Si a la norma que ha de regular las medidas para salvar una situación extrema como una pandemia, con un evidente regusto a antiguo, le exigimos tal capacidad de precisión expresa y detallada de cada una de las medidas adoptar, qué ocurrirá cuando la crisis no sea de salud y tampoco clásica, sino más conectada con el ingente avance de las tecnologías, véase, un ciberataque masivo ¿actuaremos de la misma manera, sometiendo a la norma a un riguroso escrutinio de previsibilidad, o esperaremos a regular por vía de reforma legal orgánica una nueva *Ley ad hoc*?

Incluso, la postura que venimos defendiendo queda corroborada por la propia Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, en cuyo artículo 12 recurre, igualmente, a cláusulas de habilitación genéricas cuando dispone que en los supuestos de crisis sanitarias, tales como epidemias, 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, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.

Así pues, resulta manifiestamente contradictorio que se admita una cláusula de habilitación genérica en un estado absolutamente extraordinario y excepcional, en el que se altera la propia división de poderes, excluyendo del control a priori de las medidas limitadoras de los derechos fundamentales a los Tribunales de Justicia y la propia operatividad inicial del principio de proporcionalidad, pero que, por el contrario, se ponga en duda su constitucionalidad cuando el recurso a la misma que sujeta a un estricto control judicial a priori, basado en el principio de proporcionalidad y de racionalidad formal.

Y otro ejemplo de que la propia Constitución no impide la limitación de derechos e, incluso, del ejercicio del poder por Instituciones sobre la base de cláusulas de habilitación generales, es su artículo 155.1, relativo a la facultad del Gobierno de obligar a una Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones o para la protección del interés general de España. El citado precepto se limita a expresar que el Gobierno, con la previa aprobación de la mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias. Es la propia Constitución la que constitucionaliza una cláusula general, por la conveniencia de adaptar las correspondientes medidas al supuesto de hecho efectivamente ocurrido.

También, el artículo 21.1 CE limita el derecho de manifestación sobre la base del orden público, con peligro para personas o bienes. Y en el ATC 40/2020 que acabamos de comentar se señala, en relación a dicho interés general, que «este Tribunal ha advertido que ni es necesario ni es correcto entrar a definir de modo abstracto y general el concepto de orden público, pues el precepto constitucional se refiere al orden público con peligro para personas o bienes, lo que lo convierte en un elemento sustantivo que debe ser analizado en cada caso en el contexto del art. 21 CE, a partir de los criterios que el propio Tribunal ofrece: que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político; y que las concentraciones tan sólo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el art. 21.2 CE, cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados, en el bien entendido que peligro no es sinónimo de utilización de violencia sobre personas y bienes».

Añade a continuación el mismo Auto que «Todo ello se traduce en una labor de ponderación que han de realizar en cada caso los poderes públicos en función de las circunstancias concurrentes, de manera que si decidiera prohibirla, como es

el caso, debe hacerlo motivada y fundadamente, y justificando la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para permitir el efectivo ejercicio del derecho, proponiendo, en su caso, las modificaciones que sean precisas, en función de la programación realizada por los promotores». Porque, «de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de «orden público» con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada por la actora, sin perjuicio de reconocer que se trata de una peculiar y cualificada situación, ya que se pretende desarrollar la manifestación en una situación de pandemia, con riesgo no sólo para la salud, sino incluso para la vida de las personas, y estando vigente una medida de confinamiento adoptada por el Gobierno al decretar el estado de alarma a través del RD 463/2020, de 14 de marzo».

Por tanto, previsto el supuesto habilitante en la propia Constitución, como lo está la protección de la vida y la salud, y existiendo una norma de naturaleza orgánica que lo regula mínimamente en ambos casos, nos dice el Alto Tribunal, como acabamos de transcribir, que lo relevante, pues, es la labor de ponderación que debe realizar el Tribunal en el caso concreto.

Y debemos recordar, además, que el citado artículo 21 CE ha sido objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, y en ésta se dispone, en relación a tal límite del orden público que «La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos: ... b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes» (artículo 5).

El siguiente artículo 10 de la misma Ley Orgánica 9/1983 también se refiere explícitamente al límite del orden público, pero en términos igualmente lacónicos: «Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Como puede verse nada nuevo se aporta a lo que prescribe la Constitución. No se detalla el presupuesto habilitante, convirtiéndose en una cláusula abierta que habrá que valorar en cada caso concreto, ya que las circunstancias o hechos que deben ser objeto de enjuiciamiento son habitualmente muy variados y, en muchas ocasiones, difícilmente de prever por el legislador orgánico como para anquilosarlos en una lista cerrada. Es una cláusula habilitante general que se viene aplicando por los Tribunales con cierta regularidad, dado que el derecho de manifestación es de habitual ejercicio y respecto del que nadie ha propuesto una modificación que precise dicho presupuesto habilitante ni las medidas más allá

de dicha previsión general del interés colectivo, orden público, proclamado por la Constitución como límite al ejercicio de tal importante libertad pública que no solo entronca con el Estado de Derecho, sino que, en palabras una vez más del Tribunal Constitucional, es cauce del principio democrático participativo.

Así pues, puede afirmarse que las cláusulas generales no son una *rara avis* constitucional, cuando el supuesto de hecho en el que se plantea la necesidad de limitar derechos sobre la base de un interés colectivo prevalente es difícil de prever de manera detallada, siendo, por tanto, también harto difícil describir a priori con detalle las medidas y, sobre todo, cuando el interés a tutelar es extraordinariamente prevalente, como lo sería el que pretende garantizar el artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales (vida e integridad de los ciudadanos) o el artículo 155.1 CE (lealtad institucional o indisoluble unidad de la Nación española).

Por ello, traer a colación como doctrina jurisprudencial sobre la materia un conflicto relativo al derecho a la protección de datos de carácter personal, como la STC 76/2019, creo que no responde a las exigencias del recurso a la analogía en el argumentación jurídico-formal.

Pero es que, además, la citada Sentencia señala en su Fundamento Jurídico 5.º *in fine* que la seguridad jurídica opera sobre «los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental» y la pregunta que habrá que formularse, al margen de una aplicación casi automática de las consideraciones jurídicas recogidas en dicha Sentencia, es qué debe entenderse por tal concepto.

El término presupuesto material hace referencia al motivo, causa o pretexto bajo el cual se decide algo, de manera que puede concluirse que la exigencia va referida al motivo que fundamentaría la adopción de medidas y no a la medida en sí mismo. Lo relevante desde la perspectiva de la seguridad jurídica no serían las medidas concretas, sino el contexto o causa que permite adoptar las medidas. Y ello, además, es congruente con que la medida en concreto se sujete al estricto canon de proporcionalidad en el que se valora la legitimidad del presupuesto habilitante (véase, en nuestro caso, grave crisis sanitaria o pandemia) y la adecuación y necesidad de la medida. El pretexto se sujeta *ope legis* al principio de seguridad jurídica a través de su previsión en la norma, y las medidas concretas al escrutinio de los subprincipios de adecuación y necesidad.

El propio Tribunal Constitucional en sus Sentencias 49/1999 y 169/2001 declaró que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de Ley Orgánica a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico

como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, F. 10)».

Así pues, la requerida previsibilidad conecta, en palabras del Tribunal, con la garantía de que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes ¿Y no han autorizado los representantes, a través de la Ley Orgánica de medidas especiales, afectar los derechos individuales cuando concurre un riesgo de la magnitud que supone una pandemia?

Así pues, resulta manifiestamente contradictorio que se admita una cláusula de habilitación genérica en un estado absolutamente extraordinario y excepcional, en el que se altera la propia división de poderes, excluyendo del control a priori de las medidas limitadoras de los derechos fundamentales a los Tribunales de Justicia, pero que, por el contrario, se ponga en duda su constitucionalidad cuando el recurso a la misma que sujeta a un estricto control judicial a priori, basado en el principio de proporcionalidad y de racionalidad formal⁴¹.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de junio de 2021, pese a considerar que sería conveniente disponer de una regulación más completa de las medidas limitadoras de derechos fundamentales en contextos de grave riesgo para la salud pública como sería una pandemia, reconoce, sin embargo, que el carácter escueto y genérico del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, no le priva de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales intensas. El citado precepto puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias —a la vista de las circunstancias específicas del caso— esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. El Tribunal Supremo da por

41 El Auto de 7 de mayo de 2021 del TSJ de la Comunidad Valenciana declara que «No podemos ... participar de la idea de que estemos ante un precepto abierto. Además, el hecho de que no se especifiquen en el artículo tercero las concretas medidas limitativas de derechos fundamentales que pueden acordarse lo único que revela —lo que no está exento de lógica— es que estamos ante un precepto adaptable a las circunstancias particulares de cada caso y a la situación epidemiológica de que se trate. Pero no que no puedan adoptarse medidas. Otro entendimiento dejaría vacío de contenido el artículo tercero, lo que no puede entenderse factible. Por lo demás, no hemos visto que la constitucionalidad de tal norma —la LO 3/1986— haya sido puesta en cuestión (y esta es una norma que no puede obviar, por consiguiente, este órgano jurisdiccional)». Vid., también, AATSJ de Valencia n.ºs 271 y 299 de 12 y 22 de julio de 2021. En las citadas resoluciones manifiesta que «en definitiva, la LO 3/1986 expresa «todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»: (i) su ámbito material, que es la salud pública —descrito en el primer inciso de su artículo primero—, (ii) la urgencia y necesidad de las razones sanitarias que demanden la adopción de medidas —se contempla en el inciso final del mismo artículo— y (iii) su finalidad de controlar la transmisibilidad de enfermedades contagiosas —primer inciso del artículo tercero—».

válida la adopción de medidas limitadoras de los derechos fundamentales por razones de salud pública, al margen del estado de alarma, y pese a que las medidas recaigan, no sobre sujetos individuales, sino sobre sujetos no inicialmente individualizables, y todo ello, en el marco legal que ofrece la Ley Orgánica de medidas especiales. Sin embargo, cuando de medidas generales se trata y que tengan una incidencia muy notable en los derechos de las personas, se exige un plus muy cualificado que acredite la racionalidad y proporcionalidad de la medida⁴².

La medida de vacunación obligatoria tampoco ha sido rechazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, en una reciente Sentencia de 8 de abril de 2021, dictada en el caso *Vavrickaetautres c. République Tchèque*, y en relación con el rechazo de unos padres a vacunar a su hijo menor de edad, señala que a través de la vacunación obligatoria se pretende «proteger contra las enfermedades susceptibles de generar un riesgo grave sobre la salud». Y, en este cometido, están concernidas «las personas que reciben las vacunas en cuestión, así como las que no pueden vacunarse y que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, que dependen de una tasa elevada de inmunización esperable entre el conjunto de la población, lo que contribuye a que puede ser protegida contra las enfermedades contagiosas en causa».

Para el TEDH se trata de una cuestión de «solidaridad social», ya que «el objeto de la obligación en litigio era la de proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular las personas que son particularmente vulnerables ante ciertas enfermedades y para las cuales el resto de la población es invitada a asumir un riesgo mínimo haciéndose vacunar». Así pues, el objetivo perseguido con el establecimiento de un régimen de vacunación obligatoria no sería únicamente la protección de la salud, sino también la protección de los derechos de las demás personas. Puede afirmarse, pues, que para el Tribunal Europeo la inmunización constituye una respuesta profiláctica con la que se consigue grandes beneficios para la salud de la población, al tiempo que los accidentes por la misma se prevén excepcionales⁴³. Cuando una política de vacunación voluntaria no se considera suficiente para lograr y mantener la inmunidad colectiva, o dicha inmunidad no es relevante debido a la naturaleza de la enfermedad, se podría introducir

42 Por último, el TSJ de Navarra en su Auto n.º 104 de 20 de julio de 2021, no pueden ser más elocuentes sobre el debate que nos ocupa: «Es cierto que el art. 3 de la L.O. 3/1986 no establece un elenco nominativo de medidas que se pueden adoptar, pero es que ello no es necesario conforme a la doctrina del TC. Basta para cubrir las exigencias constitucionales de seguridad, certeza y previsibilidad jurídica (STC 11/1981, 341/1993, 104/200...) que la L.O. habilitante concrete los presupuestos materiales y fines para permitir legítimamente la limitación de Derechos Fundamentales (STC76/2019, 292/2000...)», y ello «lo cumplen los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, dado que es que difícilmente puede exigirse a una LO establecer todas las concretas medidas a adoptar en cada situación de manera nominativa y específica, señalando, eso sí, la LO 3/1986 todo lo necesario para cubrir el canon constitucional exigible. El Tribunal recuerda que tal modo de regular es típico de la legislación de policía, la cual recurre al establecimiento de cláusulas generales, que, siempre que respeten los cánones habilitadores señalados, permiten una respuesta rápida y adecuada a las circunstancias imprevisibles a que debe atender.

43 Vid. SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., *cit.*, pp. 551 y 552.

razonablemente una política de vacunación obligatoria para lograr un nivel adecuado de protección contra enfermedades serias⁴⁴.

Y, por todo lo expuesto, resulta sorprendente la posición que mantiene el Tribunal Constitucional en el Auto 74/2021, de 20 de julio, con relación a la reforma de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, por Ley 8/2021, en relación con la medida previsto en ésta de «sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación» (art. 38.2 b) n.º 5), cuando señala que «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, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida», manteniendo el Tribunal la suspensión cautelar de dicha norma impugnada por el Gobierno de la Nación, por provocar perjuicios ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación puede imponerse en contra de la voluntad del ciudadano.

Ciertamente, lo expresado por el Tribunal no constituye un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión, pero permite atisbar que la doctrina constitucional pudiera decantarse por una posición muy estricta de interpretación de las cláusulas habilitadoras en garantía de la salud colectiva cuando de la medida de vacunación se trata.

Para concluir con nuestro debate, debemos recordar que las cláusulas de habilitación tienen encomendada, como principal fin, no la protección del interés colectivo en un sentido genérico, sino del interés de la salud colectiva, que se deriva directamente de la Constitución, y no solo del artículo 43 CE, que incorpora, como principio rector, el derecho a la protección de la salud, sino, más allá, el derecho a la vida e integridad de los ciudadanos. El ya reiterado artículo 3 expresa la protección constitucional del más alto valor que incorpora nuestra Carta, la vida. No se protege, a través del mismo, ni un concepto genérico o abstracto, ni menos aún el propio interés de la Administración interviniente. Cierta discrecionalidad o flexibilidad en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas en salvaguarda de la salud de la colectividad, no solo es adecuada, sino exigible, y ello, en aras, no de la defensa de la discrecionalidad y, menos aún, de la arbitrariedad, sino de la vida e integridad de los ciudadanos. La cláusula de habilitación puede ser algo genérica en su exposición de las medidas a adoptar, pero claramente no lo es en cuanto a la legitimidad de los intereses y valores a proteger y al estricto enjuicimiento que se opera en aplicación del principio de proporcionalidad.

Y tan peligroso es dotar al interés colectivo de un valor y eficacia tales que sean capaces de limitar los derechos de los individuos sin someter el conflicto a

44 PRECIADO DOMENECH, C.H., SEGALÉS FIDALGO, J. y FOTINOPULU BASURKO, A., «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)», *Jurisdicción Social*, n.º 221, abril 2021, p. 28.

un riguroso escrutinio constitucional, como sostener que la vida e integridad que se protegen a través de la protección del interés colectivo han de ceder en favor de otros derechos y libertades verdaderamente relevantes, pero, obviamente, no tanto como el derecho a la vida que constituye no sólo un derecho, sino un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, y por ello, se proclama en primer lugar en nuestro texto constitucional.

En palabras de Doménech, es difícil adivinar por qué razón este conflicto ha de resolverse escogiendo la interpretación más favorable a los primeros (las libertades que antes hemos citado) y más perjudicial para los segundos (vida e integridad). No se entiende por qué hay que interpretar restrictivamente una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando la interpretación restrictiva postulada es manifiestamente contraria a su tenor literal y tampoco viene respaldada por otras normas o principios de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵. En estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite o desproteja inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos.

Y idéntica opinión sostiene Ridao cuando afirma que no se comprende bien por qué motivo se hace necesaria una interpretación restrictiva de una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando esta es manifiestamente contraria a su tenor literal y tampoco viene respaldada por otras normas o principios del ordenamiento jurídico. Lo pertinente es, pues, optar por una interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos en juego⁴⁶.

Y añade el mismo autor que en coherencia con la singular naturaleza del derecho de crisis y, en concreto, de las crisis graves de orden sanitario, resulta justificado que las cláusulas generales puedan interpretarse como una habilitación legal en términos amplios o genéricos, pues es en estas situaciones para las que están concebidos los mencionados preceptos⁴⁷, cuando se exige una intervención rápida ante una situación muy difícil de prever.

A favor de las cláusulas habilitantes generales se ha pronunciado también el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, quien afirmara en un artículo científico sobre la posibilidad de aplicar la vacunación obligatoria al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales que no parece conveniente que el correspondiente listado de medidas limitadoras tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el art. 3⁴⁸. Y esta opinión resulta de especial interés, en cuanto el ya citado Real Decreto-ley 8/2021

45 DOMENECH PASCUAL, G., *cit.*

46 RIDAO, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico ...*, *op. cit.*, p. 159.

47 *Ibidem.*

48 TOLOSA TRIBIÑO, C., «Problemas legales de la vacunación en España», *Diario La Ley*, n.º 9784, 2021.

atribuye a la Sala 3.^a del TS la competencia para evaluar en casación las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia que denegaran total o parcialmente las medidas limitadoras propuestas por una Comunidad Autónoma.

En palabras de Juan Luis Beltrán, escritas casi dos lustros antes de inaugurarse esta pandemia, la Ley Orgánica 3/1986 no contiene una habilitación genérica y abierta para que las autoridades sanitarias dispongan actuaciones limitativas de los derechos fundamentales ciudadanos cuando lo estimen conveniente, sino que debe existir un riesgo real, esto es, un peligro cierto suficientemente constatado epidemiológicamente, que ponga en peligro la salud de la población en general o de determinados colectivos de ciudadanos, y la medida ha de ser necesaria para atajar ese riesgo inminente⁴⁹.

Desde fuera del mundo del Derecho, Adela Cortina nos alumbró con la siguiente frase: una sociedad abierta, más aún en un mundo global, no puede legislar todas las conductas necesarias para alcanzar las metas propias de cada una de sus actividades, no solo porque es físicamente imposible, no solo porque sería una sociedad encorsetada, sino sobre todo porque la inteligencia humana consiste precisamente en actuar atendiendo a lo conveniente en las situaciones concretas. No es una inteligencia especial, computarizada, sino una inteligencia general que aplica las orientaciones a cada situación. Porque, añade, citando una frase del doctor Johnson: en mala situación se halla un país solo gobernado por leyes, porque ocurren mil cosas no contempladas por las leyes⁵⁰.

Y el problema radica una vez en la incertidumbre que marcan los tiempos que vivimos. Nuestro Derecho de corte positivista se ha construido sobre el paradigma contrario al que presenta la realidad, el de la certidumbre de las referencias que

⁴⁹ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados», *Derecho y Salud*, vol. 22, n.º 1, enero-junio 2012, pp. 24 y 25. Para Laura Salamero, el recurso normativo a un concepto jurídico indeterminado permite a la Administración la adopción de muy distintas modalidades de intervención, según las peculiaridades de la situación de crisis o riesgo sanitario que pueda plantearse en cada momento concreto. La cláusula le permite un amplísimo ámbito de discrecionalidad para decidir estas medidas. Vid. SALAMERO TEIXIDÓ, L., «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia», en BLANC ALTEMIR, A. y CIERCO SEIRA, C., Antonio Blanc, *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 145. Josefa Cantero considera que la previsión contenida en el citado precepto cuando señala que la Administración adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, *así como las que se consideren necesarias* en caso de riesgo de carácter transmisible, constituye una cláusula abierta de apoderamiento a favor de la Administración que, como es lógico, ante situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, le confieren una importante dosis de flexibilidad para adoptar las medidas que en cada caso sean oportunas. Se trata, pues, de una cláusula propia de las situaciones de necesidad que son bien conocidas en el ámbito del Derecho Administrativo y amparadas en el principio de *salus populi suprema lex esto*, que no solo habilita, sino que obliga a la Administración a actuar ante circunstancias excepcionales para salvaguardar el interés general. Vid. CANTERO MARTÍNEZ, J., «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 210, enero-marzo 2021, pp. 16, 17 y 19.

⁵⁰ CORTINA, A., *Érica cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Paidós, Barcelona, 2021, pp. 47 y 51.

ofrecen las normas. Tal déficit puede, sin embargo, paliarse a través del desarrollo de los principios y del valor de la interpretación. En palabras de Muñoz Machado, la concentración del Derecho en la Ley, con total eliminación de cualquier otra fuente de creación de reglas jurídicas, aunque buscada como un desiderátum de máximos en los mejores tiempos de la creencia positivista tanto en la capacidad ordenadora de la Ley como en la falta de legitimidad de cualquier otra razón jurídica externa a la misma, quizás no tuvo nunca una plasmación completa en la práctica. La Ley, aún en la hipótesis de una codificación bien sedimentada y completa de las reglas aplicables a un sector o materia determinada, siempre deja anchos espacios vacíos de normas y es incapaz de prever por adelantado, todos los problemas que sus propias regulaciones plantearán en el futuro⁵¹. Ahora, la sola pura subsunción se presenta como un método insuficiente dentro de la complejidad social y la escasa predictibilidad respecto a los casos que puedan ocurrir en el futuro.

Y, precisamente, ha sido dos principios, no reglas, los que nos han permitido afrontar con cierta solvencia esta grave crisis de salud desde una perspectiva jurídica, el principio de precaución, tantas veces invocado en la pandemia, y el principio de proporcionalidad que se nos ofrece como una herramienta robusta de la difícil resolución de los conflictos entre los derechos individuales e intereses colectivos.

VII. ¿CABE ADOPTAR UNA MEDIDA DE VACUNACIÓN OBLIGATORIA DIRIGIDA UNA POBLACIÓN NO INDIVIDUALIZADA, PERO INDIVIDUALIZABLE?

La imposición de una medida ablatoria de vacunación plantea un segundo problema de calado: ¿cabe adoptar una medida general de tal naturaleza, es decir, dirigida, con carácter general, no a ciudadanos concretos, sino a aquellos que no hayan aceptado vacunarse o que lo hayan hecho de manera insuficiente?

Barnes considera que de la Ley Orgánica 3/1986 se deduce que únicamente cabrían medidas individualizadas o más genéricas, pero, en este último caso, siempre que supusieran una ablación o limitación menor del derecho o libertad (véase, normas sobre aforos, desinfección, horarios, distancias). Es decir, medidas que configuran unas condiciones de ejercicio del derecho, pero sin que se aprecie una verdadera limitación extensa del mismo⁵².

La posición que mantiene este último autor no creemos que se corresponda con la propia naturaleza y consecuencias de las crisis de salud pública. Serían

51 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomos I y II, Iustel, Madrid, 2011, p. 738.

52 Tribuna de Javier Barnes en El País, el 14 de agosto de 2020, bajo el título de «Un falso dilema». Puede accederse a la Tribuna a través del siguiente enlace: <https://elpais.com/opinion/2020-08-13/un-falso-dilema.html>.

medidas que, en cuanto a la exigencia de individualización, estarían pensadas solamente para unos supuestos concretos de riesgos para la salud pública colectiva muy específicos, tales como la negativa al ingreso o tratamiento médico de un individuo concreto con posible detrimento de la salud de terceros. Sin embargo, este supuesto no constituye *per se* una crisis de salud pública, sino meramente una situación de riesgo para la salud. Pretender que nuestro sistema de protección de la salud pública se encuentra únicamente armado a través de la Ley Orgánica 3/1986 para situaciones de riesgo puntual y concretas, pero no para cuando hablamos de una situación de grave riesgo para la colectividad, como lo es una epidemia y, más aún, una pandemia, es ignorar no solo el tenor literal de la precitada Ley Orgánica cuyo fin es proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro en un sentido necesariamente amplio, sino también, que la variedad de supuestos es muy amplia y que trasciende al mero riesgo derivado de un individuo o de un caso puntual. Lo relevante para la aplicación de la Ley Orgánica y de las correspondientes medidas es que concurren razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Como señala Gabriel Domenech, si la propia Ley Orgánica 3/1986 distingue entre dos modalidades de medidas, en su artículo 3, las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, resulta contradictorio que el segundo inciso reitere la misma idea que se recoge en el primero, es decir, que se interprete el segundo inciso como una segunda mención, repetición, de lo ya dispuesto en el inciso primero que se refiere a medidas individuales. Si las que el artículo 3 denomina «medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» solo se pudieran adoptar para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, ello sería totalmente redundante⁵³. Y añade el mismo Gabriel Doménech que el artículo 3 no hace distinción alguna en función del número de afectos, de manera que operaría el aforismo que nos dice que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁵⁴.

El propio Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de marzo de 2021, con ocasión de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita del Sr. Presidente del Gobierno la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos 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*, señala que, si bien la medida contenida en dicha norma autonómica de «limitación o restricción de la libre circulación de las personas», no está expresamente recogida en la Ley Orgánica 3/1986, es, sin embargo, indudablemente una

53 DOMENECH PASCUAL, G., *cit.*

54 *Ibidem.*

de «las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato» a que se refiere su artículo 3.

De este modo, la manera de interpretar el citado artículo 3 sería en el sentido de que, al amparo del mismo, se permite la adopción de medidas individuales (inciso primero) y también, en formulación más amplia por la dificultad de tasar unos supuestos y medidas concretas, unas medidas sobre una generalidad (inciso segundo).

VIII. ¿RESPETA LA VACUNACIÓN FORZOSA EL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD STRICTO SENSU, ES DECIR, EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA DIGNIDAD DEL INDIVIDUO?

Como hemos señalado antes, desde la perspectiva de la ponderación de los derechos e intereses, es importante distinguir entre vacunación obligatoria y forzosa, porque solamente en este segundo caso la integridad física del individuo queda necesariamente comprometida. En el supuesto de la vacunación obligatoria la consecuencia de la medida ablatoria incidiría, habitualmente, en la libertad de circulación que podría verse limitada (véase, el caso del denominado vulgarmente pasaporte Covid-19) o en el derecho de la propiedad si el incumplimiento se tradujera en una sanción económica. Y ello, dicho sea de paso, permite afirmar, aunque pueda resultar paradójico, que la obligatoria encontraría, desde la perspectiva del principio de igualdad, una mayor objeción que la forzosa, sobre todo, si aquella se tradujera en una multa económica, dado que el impacto en la esfera de derechos del individuo dependerá de su capacidad económica (para algunas la multa sería, a la postre, una mera tasa por no vacunarse), mientras que la afectación de la integridad física que supone la forzosa nos afecta a todos por igual.

Así pues, cuando de la vacunación forzosa se trata, el derecho individual en conflicto es el de la integridad corporal que se consagra en el artículo 15 CE y que, como nos recordara Reviriego hace unos años, ha sido definido por el Tribunal Constitucional como la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en su integridad física o psíquica que carezca del consentimiento de su titular⁵⁵.

Sin embargo, pese a que la indemnidad de dicho derecho es prácticamente absoluta, formando parte de la esfera de la privacidad del individuo más infranqueable en su interpretación más amplia —derivada del *right to be let alone*

55 REVIRIEGO PICÓN, F., «Intervenciones corporales y derechos fundamentales», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 16, 2013, p. 18.

norteamericano⁵⁶—, el propio Tribunal Constitucional ha admitido excepcionalmente intromisiones en dicho derecho sobre la base de intereses colectivos, siempre que se cumplan, como recoge sustancialmente en las Sentencias 7/1994 y 207/1996, todos estos requisitos:

En primer lugar, que no puede, en ningún caso, 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.

En segundo lugar, que la ejecución de tales intervenciones corporales se ha de efectuar por personal sanitario, que debe ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

En tercer lugar, que 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 estos sobre los que pesa una prohibición absoluta.

Trasladados estos requisitos constitucionales al debate que nos ocupa, puede afirmarse que se cumplen todos ellos. En cuanto al primero, es importante recordar que la vacuna supone, ciertamente, como hemos ido exponiendo, un beneficio para la salud colectiva, dado que la persona vacunada es menos propensa a desarrollar la enfermedad y, por tanto, a transmitir el virus, pero también, no cabe duda, un evidente beneficio para la salud y, por ende, para la vida e integridad del individuo. Se trata de una medida que, si bien incide mínimamente en la integridad del individuo, supone, atendida la evidencia científica, un beneficio claro para éste. Cuestión distinta es que, no obteniendo ningún beneficio el individuo, viera expuesta su integridad física, lo que, por ejemplo, ocurriría con un supuesto de participación forzosa en un ensayo clínico de una vacuna cuyos beneficios están aún por acreditar en humanos, y ello, en beneficio de la colectividad, lo que entendemos que sería un límite inadmisibles desde la perspectiva del derecho a la integridad porque supondría una afectación efectiva del cuerpo del individuo sin beneficio individual.

Por lo que se refiere al segundo requisito, tampoco entendemos que plantee problema alguno en la medida que la vacunación se lleva a cabo por profesionales sanitarios que es quienes ostentan en exclusiva la habilitación profesional para ello⁵⁷.

Por último, en cuanto al requisito de la interdicción de un tratamiento forzoso que suponga un trato inhumano o degradante, tampoco creemos que el acto de vacunar forzosamente a un individuo pueda ser considerado como tal. El propio hecho de la falta de voluntad en la vacunación no convierte al acto *per se* en algo inhumano o degradante. Para que concurra alguno de estos dos elementos es necesario que se trata de un hecho que por su naturaleza lo sea, con independencia de

56 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D., «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, 1890, pp. 193 a 220.

57 Vid., en especial, art. 3.3 RD 954/2015, de 23 de octubre.

que se lleva a cabo voluntaria o involuntariamente. Mantener que el mero carácter de forzoso lo hace inhumano o degradante sería contradictorio con el propio hecho de que el Tribunal Constitucional admite que la integridad física quede afectada cuando concurren los tres requisitos antes descritos.

Y, en este sentido, el acto podría tildarse de inhumano o degradante, en primer lugar, por suponer una intervención sobre una parte íntima de la persona o sobre el interior de su cuerpo. Y así, debemos recordar que el Tribunal Constitucional distingue entre intervenciones graves o leves, y la vacunación de un individuo con la vacuna de la Covid-19 debe tildarse de leve, siendo más equiparable a una extracción para análisis de sangre que, por ejemplo, una punción lumbar o extracción de líquido cefalorraquídeo. No se trataría de una intervención sobre una parte íntima o interior del cuerpo, ni hay que someterle a una anestesia o sedación.

En segundo lugar, el acto se convertiría en inhumano o degradante si fuera de carácter extraordinario en comparación con los actos habituales a los que se someten los individuos y, a estos efectos, debemos recordar que el acto de la vacunación es un acto de naturaleza ordinaria en nuestra sociedad.

El artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, define trato inhumano o degradante como aquel a través del que se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Y el Tribunal Supremo en Sentencia n.º 1061, de 26 de octubre de 2009, señala que por trato degradante habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarlas, de envilecerlas y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral.

También, es interesante recordar la doctrina contenida en la conocida STC 120/1990 que admite una asistencia médica obligatoria (alimentación forzosa) a los reclusos de la banda terrorista Grapo en huelga de hambre, porque conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. La vigencia de la doctrina contenida en dicha Sentencia creemos que es harto discutible, sobre todo, tras la aprobación de la Ley 41/2002, y la doctrina constitucional contenida en la STC 37/2011, pero permite, *mutatis mutandi*, afirmar que la protección del interés colectivo de la salud pública en contextos tan graves como los que estamos viviendo sí permitiría una medida ablativa de las características de la vacunación, no ya obligatoria, sino, incluso, forzosa.

El ATC 94/1999, de 14 abril, considera que la apreciación de un trato inhumano exige valorar si la medida supone una humillación o envilecimiento del

sujeto pasivo, atendiendo, para ello, a la finalidad perseguida, al contenido o los medios utilizados, añadiendo el ATC 333/1997, de 13 de octubre, que el TEDH, dando un paso más, se ha aventurado a aproximarse al concepto de «trato degradante», considerando como tal aquel que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral⁵⁸. Y añade el citado Auto que la jurisprudencia emanada del TEDH pone el énfasis en que, para entender que un maltrato se halla bajo el ámbito de cobertura del art. 3 del CEDH, es imprescindible que el mismo supere un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es, por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁵⁹. En suma, para que el trato sea «degradante» debe ocasionar también al interesado —ante los demás o ante sí mismo— una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad.

TITLE: Compulsory vaccination in the context of covid-19 pandemic: analysis from the constitutional theory of fundamental rights limitation

ABSTRACT: The pandemic has brought with it innumerable conflicts and debates about fundamental rights and public freedoms and their limitation on the occasion of the protection of public health and the life and integrity of the community, a general interest enshrined in articles 15 and 43 of the Constitution. Among those, compulsory vaccination has been gaining a very relevant interest, especially since the arrival of the first vaccines against Covid-19. This paper addresses the debate on compulsory vaccination from a constitutional perspective, distinguishing between two concepts such as compulsory and forced vaccination. The individual rights involved in one and the other are very different.

RESUMEN: La pandemia ha traído consigo innumerables conflictos y debates acerca de los derechos fundamentales y libertades públicas y su limitación con ocasión de la protección de la salud pública y la vida e integridad de la colectividad, interés general consagrado en los artículos 15 y 43 CE. Entre aquellos, el de la vacunación obligatoria ha venido cobrando un interés muy relevante, sobre todo, a partir de la llegada de las primeras vacunas frente a la Covid-19, abordándose en este trabajo el debate de la vacunación obligatoria desde una perspectiva constitucional, distinguiendo, además, entre dos conceptos que, habitualmente, se abordan, creemos que erróneamente como una categoría única, como son los de vacunación obligatoria y forzosa. Los derechos individuales comprometidos en una y otra son bien distintos.

KEY WORDS: physical integrity, principle of proportionality, public health, pandemic, vaccination, rights limitation.

PALABRAS CLAVE: integridad física, principio de proporcionalidad, salud pública, pandemia, vacunación, limitación de derechos.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 02.02.2022

⁵⁸ Sentencias Irlanda c. el Reino Unido, de 18 de enero de 1978, ap. 167; Soering, de 7 de julio de 1989, ap. 100, (TEDH 1989/2) y Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992, ap. 112.

⁵⁹ Entre otras, Sentencias Irlanda c. el Reino Unido, 162; Tyrer, de 25 de abril de 1978, 30; Soering, 100; Cruz Varas y otros c. Suecia, de 29 de agosto de 1990, 83; Vilvarajah y otros c. el Reino Unido, de 30 de octubre de 1991, 107.