

LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA. CUESTIONES JURÍDICAS.

por

Joaquín Tornos Mas.

Secretario y Académico de Número

Comunicación leída en la sesión de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya , el 11 de enero de 2022.

I.- INTRODUCCIÓN.

La historia de la humanidad está marcada por la lucha del hombre frente a los peligros que acechan a su vida en común. Los peligros son hechos externos a su propia actividad que pueden causar graves daños a los seres humanos. Inundaciones, terremotos, erupciones de volcanes, sequías...o pandemias. Frente a los peligros el ser humano ha reaccionado con la técnica, utilizando su inteligencia para prevenir y combatir estos peligros. Pero el recurso a la técnica, a las medidas que proponen los técnicos, ha generado riesgos, la posibilidad de que el medio utilizado para luchar contra el peligro de lugar a unos perjuicios difíciles de prever, a unos perjuicios mayores que los daños derivados del peligro externo. De este modo hemos pasado de la sociedad de los peligros a la sociedad del riesgo¹.

En la sociedad del riesgo el ataque a la vida humana ya no tiene su origen en factores externos, sino en decisiones del propio hombre, de aquellos que con sus nuevas técnicas generan nuevos riesgos. En esta situación el derecho entra en juego, ya que es posible controlar la decisión de los hombres, la puesta en práctica de sus técnicas. La forma de regular estos riesgos es recurrir al control preventivo, a la autorización administrativa. De este modo los responsables políticos determinaran el nivel de riesgo asumible para hacer frente al peligro. Frente a la sequía y las hambrunas se producen alimentos transgénicos. Frente a las pandemias se crean vacunas. Pero las vacunas deben ser autorizadas, deben estar sometidas a rigurosos procesos de comprobación antes de ser comercializadas.

Entrando ya en el caso del Covid19 y las vacunas, podemos concluir que el hombre ha demostrado su fuerza, con el recurso que ha hecho de los medios técnicos para fabricar en un plazo record vacunas eficaces frente a la Covid19, reaccionando así frente a un peligro desconocido e inesperado. En este caso, las vacunas aprobadas se han reconocido como un riesgo aceptable, más aún, como el riesgo necesario para poder hacer frente a la pandemia. En este sentido cabe citar el Informe emitido en el mes de enero de 2021 por el Comité de Bioética de Catalunya “Consideracions del Comitè de Bioètica de Catalunya sobre la vacunació contra el SARS-Cov-2”. En dicho Informe se

¹ Sobre la sociedad del riesgo, vid. ESTEVE PARDO, J. La regulación de riesgos. Gestionar la incertidumbre, en el Cronista del Estado Social y Democrático de derecho, nº96-97 de 2021, págs. 32 a 45.

afirma que la vacunación contra el SARS-Cov-2 es la única alternativa para limitar y evitar los efectos de la pandemia de la Covid-19, mientras que las medidas de prevención utilizadas pueden ayudar a mitigar sus efectos pero no eliminan la circulación, la transmisión y el contagio del virus. El mismo Informe añade que las vacunas aprobadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Administración de Alimentos y Fármacos de los Estados Unidos son eficaces y seguras.

Tenemos las vacunas. Pero ¿cuál debe ser su grado de utilización? El poder político ha autorizado las vacunas, pero si su eficacia requiere procesos de vacunación masivos ¿debe dar un paso más? ¿debe imponer la vacunación obligatoria? La resistencia del virus a desaparecer, la aparición de nuevas variantes, y la sucesión de olas que de forma sucesiva vuelven a incrementar los contagios, una vez parecían controlados, ha llevado a diversos Gobiernos europeos y de nuestras Comunidades Autónomas a plantearse la necesidad de imponer la vacunación forzosa de sus ciudadanos/as con el fin de contener la difusión de los contagios. Austria y Alemania lo han impuesto, y entre nosotros lo impuso la Comunidad Autónoma de Galicia.

Como hemos dicho en el momento actual ya no hay duda dentro de la comunidad científica sobre la utilidad y seguridad de las vacunas. Pero surge el debate jurídico sobre la posibilidad de imponer esta medida, debate jurídico que tiene diversos frentes. En este breve trabajo analizaremos esta cuestión siguiendo el siguiente guión:

1. Marco legal vigente en España.
2. La necesaria precisión conceptual de qué se entiende por vacunación obligatoria.
3. El debate Constitucional.
4. La posibilidad de imponer la vacunación condicionante u obligatoria de conformidad con el marco constitucional y legal vigente.
5. La intervención judicial previa.
6. ¿Es posible imponer medidas más intensas a determinados profesionales?.
7. Conclusiones.

II.- MARCO LEGAL VIGENTE.

En la actualidad no existe en España una norma legal que imponga, con carácter general, el deber de vacunarse. Si nos remontamos a los antecedentes encontramos una Real Cédula de Carlos IV de 21 de abril de 1805 que estableció la obligación de vacunarse frente a determinadas enfermedades, obligación que se mantuvo en la ley de bases de sanidad nacional de 25 de noviembre de 1944². Con la ley 22/1980 de 24 de

² Tomo la cita del libro del profesor Edorta COBREROS, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, IVAP, Oñati, 1988, pág. 353. Sobre la evolución de la regulación de la vacunación en

abril, que modificó la base cuarta de la ley anterior de sanidad nacional, se pasó a un régimen general de recomendación, estableciéndose tan sólo la obligación en supuestos concretos. Así se estableció que las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno.

III. LA NECESARIA PRECISIÓN CONCEPTUAL DE QUÉ SE ENTIENDE POR VACUNACIÓN OBLIGATORIA.

Al plantearse en la actualidad el debate sobre la vacunación obligatoria se suscitan diversas cuestiones de orden constitucional y legal. Para dar respuesta a estas cuestiones es imprescindible precisar de qué hablamos cuando hablamos de vacunación obligatoria.

En este sentido partimos de los siguientes conceptos ³:

-Vacunación voluntaria. El acto de vacunarse depende de la libre decisión de los particulares. La administración se limita a autorizar las vacunas según la legislación del medicamento.

- Vacunación recomendada. El acto de vacunarse sigue dependiendo de la libre decisión de los particulares, pero la administración además de autorizar las vacunas recomienda determinado tipo de vacunas, organiza campañas de vacunación y facilita el acceso a las mismas.

- Vacunación condicionante. La vacunación se convierte en un requisito o presupuesto que condiciona determinada utilidad o beneficio. Estar vacunado condiciona, por ejemplo, el acceso a las guarderías o colegios, poder viajar, acceder a determinados lugares de concurrencia pública. Es lo que ahora se conoce como pasaporte Covid. Se puede decir que la vacunación no es obligatoria, pero ciertamente se modifica la percepción social de la voluntariedad.

- Vacunación obligatoria. Se impone la obligación de vacunarse, y el incumplimiento de esta obligación conlleva una sanción, en principio económica.

- Vacunación forzosa. Se impone la vacunación, y si se incumple la obligación se recurre a la fuerza, a la compulsión sobre la persona, para imponer la vacuna.

El problema jurídico queda centrado en la posibilidad de pasar de la vacunación recomendada (situación actual) a la vacunación condicionante, obligatoria o forzosa.

nuestro país vid. CIERCO,C. Vacunación, libertades individuales y derecho público, Marcial Pons, Madrid 2018, págs. 18 a 40.

³ La clasificación de tipos de vacunación la tomo del trabajo de CIERCO, C. La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid 19, en El Cronista del Estad Social y Democrático de derecho, nº 93-94, 2021, págs. 20 a 22.

IV. EL DEBATE CONSTITUCIONAL.

Desde el punto de vista del derecho el primer debate que plantea la posibilidad de introducir medidas de vacunación forzosa, condicionante u obligatoria, es el relativo a la constitucionalidad de estas medidas, debate que se concreta en el necesario juicio de ponderación.

La imposición de medidas a favor de la vacunación afecta negativamente a derechos fundamentales como el de la integridad física, si se pretende la vacunación forzosa, o a la libertad personal si se trata de sancionar por no vacunarse (vacunación obligatoria), o a otros derechos como la movilidad o el derecho de reunión, si se exige la vacunación para acceder a determinados establecimientos de concurrencia pública (vacunación condicionante). Frente a estos derechos fundamentales afectados se sitúa la necesaria protección del derecho a la vida o a la protección de la salud. Ante este conflicto se debe acudir al principio de ponderación para determinar qué derecho debe prevalecer, cuál debe ceder para poder proteger el derecho que se juzga prevalente.

En el caso de que se tratara de imponer la vacunación forzosa se debe tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su sentencia 37/2011 de 28 de marzo en la que hizo prevalecer el derecho de toda persona a su integridad física ante la posibilidad de aplicar tratamientos forzosos, lo que podemos equiparar a la vacunación forzosa. La vacunación forzosa no superaría el juicio de ponderación.

El juicio de ponderación será diferente si lo que se pretende es imponer la vacunación condicionante. Esta vacunación creemos que sí que superaría el juicio de ponderación. Así se desprende de diversos pronunciamientos jurisdiccionales. El Tribunal Europeo de derechos Humanos que se ha pronunciado en diversos casos sobre las políticas de vacunación condicionante. Así en la sentencia en el asunto Vavříčka y otros contra la República Checa del mes de abril de 2021, el TEDH avaló las **medidas de protección poblacional** (exigencia de vacunación para ser aceptado en una escuela preescolar) **frente a derechos individuales** (a no vacunar a los hijos). El TEDH admite que las medidas del Gobierno checo suponen una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de las personas (párrafo primero del art. 8 del CEDH), pero afirma que se dan las circunstancias que la hacen legítima (segundo párrafo de la norma citada). En particular el TEDH insiste en el hecho de que la injerencia en los derechos afectados es necesaria en una sociedad democrática.

En sentido parecido la Court Constitutionnel francesa, en su sentencia de 5 de agosto de 2021, 2021-824 DC, también se mostró favorable a este tipo de medidas al enjuiciar la ley de gestión de la crisis sanitaria, en concreto en los apartados 32 a 48 de su decisión, en los que se analizan los preceptos de la ley que condicionan el acceso a determinados lugares al hecho de disponer del pasaporte Covid. En un juicio muy deferente hacia el legislador la Corte afirma que corresponde al legislador asegurar la conciliación entre el objetivo de valor constitucional de protección de la salud y el respeto de los derechos y

libertades garantizados constitucionalmente para concluir afirmando que los preceptos recurridos llevan a cabo una conciliación equilibrada entre las exigencias constitucionales.

Especialmente importante es el juicio de ponderación sobre la relación entre los diferentes derechos fundamentales afectados, por las medidas de lucha contra la Covid 19, que llevó a cabo la sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, a la que volveremos más adelante, en los términos siguientes: “Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril, y ello no sólo por los límites específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos. Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la Covid-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende. Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir”.

Hay que señalar, por último, que si se pretende imponer la vacunación obligatoria en sentido estricto (obligación de vacunarse más sanción) el juicio de ponderación presenta mayores dificultades. La afectación de la medida sobre el derecho a la integridad física supone una injerencia más intensa sobre un derecho fundamental. Sobre esta cuestión contamos con el caso de la ley Gallega 8/2008, modificada por la ley de 29 de abril de 2021, que estableció la posible obligación de vacunarse con sanción de multa en caso de incumplimiento. La ley fue impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal, mediante Auto de 20 de julio de 2021, ha decidido mantener la suspensión del precepto de la ley que permite imponer la vacunación obligatoria. Si bien en su Auto el Tribunal Constitucional no entra a examinar el fondo de la cuestión relativa a la posibilidad de imponer una vacunación obligatoria, al mantener la suspensión de la ley autonómica, el Tribunal deja traslucir un prejuicio frente al establecimiento de una vacunación obligatoria. En todo caso, hay que esperar a

lo que finalmente resuelva la sentencia del Tribunal Constitucional y el juicio de ponderación que pueda llevar a cabo en relación a esta cuestión.

V.- LA POSIBILIDAD DE IMPONER LA VACUNACIÓN CONDICIONANTE U OBLIGATORIA DE CONFORMIDAD CON EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE.

La regulación de un sistema de vacunación condicionante u obligatoria, según acabamos de ver, puede en principio superar el juicio constitucional de ponderación (claramente en el caso de vacunación condicionante, con más dificultades en el caso de vacunación obligatoria). Por tanto el paso siguiente es determinar qué normativa debe habilitar el establecimiento de la vacunación condicionante u obligatoria, y a continuación analizar el contenido de las medidas concretas que imponen este tipo de vacunación, para concluir si la medida es o no proporcionada respecto a la finalidad perseguida.

A.- La cuestión de la cobertura normativa necesaria para adoptar las medidas concretas de vacunación condicionante u obligatoria es una cuestión controvertida. ¿Basta con la habilitación genérica que ofrece la ley orgánica 3/1986?. ¿Es precisa una ley orgánica de contenido más preciso?

La postura del Tribunal Supremo sobre esta cuestión es clara y uniforme. La restricción o limitación de derechos fundamentales de la sección primera del Título primero de la Constitución no requiere ineluctablemente cobertura mediante ley orgánica. El marco normativo habilitante se encuentra en el artículo 3 de la ley orgánica 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública, en el artículo 26 de la ley 14/1986 de 25 de abril general de sanidad y en el artículo 54 de la ley 33/2011 de 4 de octubre de salud pública. Así, SSTS 719 y 788/2021.

En este mismo sentido importa mencionar la STS 2178/2021 de 24 de mayo, rec. 3375, que conoció del recurso de casación contra un Auto del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, que denegó la autorización al Gobierno de Canarias para determinadas medidas adoptadas para hacer frente a la Covid 19. Respecto a la normativa habilitante para adoptar este tipo de medidas afirmó que: “Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa

reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas. En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999”

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo 3260/2021 de 18 de agosto de 2021, rec. 5899/2021, que en relación a la cobertura normativa de la exigencia del certificado Covid 19 para acceder a determinados establecimientos, en su FJ cuarto, estableció que: *“Como se expuso en las Sentencias n.º 719 y 788/2021 la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y "desarrollo" a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo. Así se declara que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación. En línea con cuanto queda expuesto, la Sala sigue manifestando en su sentencia que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible. Pues bien, actualmente la única norma con rango de ley orgánica que en el ordenamiento español podría dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales es el ya mencionado art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. . Este precepto, como es sabido, dispone lo siguiente: "[...] Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. [...]". Este precepto es innegablemente escueto y genérico. Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra sentencia n.º 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es suficiente”.*

Finalmente, en el mismo sentido, la STS 1112/2021 de 14 de septiembre, rec. 5909/2021, al enjuiciar la validez de la imposición del pasaporte Covid en Galicia, estableció la siguiente doctrina : *“La cobertura normativa de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública, e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, se encuentra en la legislación sanitaria. En concreto, en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, además en este caso de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia... la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y "desarrollo" a efectos del artículo 81 de la CE es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo, el respeto al contenido esencial. De modo que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada medida que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación”*

El Tribunal Supremo añade que su decisión se adopta teniendo en cuenta el escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que se limita a decir que *“ con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*.

Puede pues concluirse que si existe norma legal habilitante para la adopción de la vacunación condicionante u obligatoria, aunque dicha norma sea muy genérica. Difícilmente puede la norma legal ser más concreta al establecer una regulación general y abstracta, ya que el legislador no puede prever qué pandemias pueden aparecer y qué medidas deben adoptarse para enfrentarse a las mismas. Pero el problema jurídico no queda ya resuelto, ya que el control de legalidad se traslada al enjuiciamiento de las medidas concretas que se adopten en base a esta genérica norma legal habilitante. Así lo dice, por ejemplo, el TS, en la sentencia ya citada de 18 de agosto de 2021 en su FJ quinto: *“En este punto conviene destacar las precedentes Sentencias de la Sección Cuarta de la sala Tercera de este Tribunal Supremo, de constante cita por la recurrente y por el Ministerio Fiscal entre las que cabe citar la STS nº 719 / 2021, de 24 de mayo (RC 3375/2021) reiterada en la STS nº 792/2021, de 3 de junio (RC 3669/2021) en las que la Sala declara que*

además de en la imprescindible cobertura normativa, la clave está en la justificación ofrecida por la Administración para considerar necesaria la medida cuya ratificación pretende”.

B.- A lo que acaba de exponerse debe añadirse otro problema jurídico. Admitimos que el poder público puede establecer la vacunación condicionante o la obligatoria en base a la ley orgánica 3/1986 siempre que la medida concreta que adopte supere el test de proporcionalidad. Pero, la decisión concreta sobre la medida aplicar, por ejemplo, la exigencia o no del pasaporte Covid19 para determinadas actividades y a determinadas personas, ¿debe ser adoptada por el Estado o pueden adoptarla las Comunidades Autónomas?. A nuestro entender las competencias en materia sanitaria son mayoritariamente de las Comunidades Autónomas, y son éstas las que conocen mejor la realidad de la población sobre la que deben actuar y, por ello, están en mejor condición para adoptar la medida concreta de intervención. De este modo asumen también la responsabilidad que es inherente a la titularidad competencial. Las diferentes medidas que puedan adoptar las diferentes Comunidades Autónomas responderán a realidades distintas lo que en último término no es más que la consecuencia de nuestro modelo de descentralización territorial. Por lo demás, el RD 926/2020 de 26 de octubre calificó a las Comunidades Autónomas como autoridades competentes delegadas para la adopción de medidas contra la Covid 19. Además estas medidas pueden adoptarse de forma coordinada con las otras Comunidades Autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

C.- Como hemos apuntado antes, admitido que existe norma legal de cobertura para imponer una medida como la vacunación condicionada o la vacunación obligatoria, el problema jurídico se traslada a determinar si la medida que se adopta, la imposición de la vacunación condicionante u obligatoria, es proporcional en razón de la situación existente. Entra en juego en este momento el principio de proporcionalidad, en virtud del cual se podrá controlar si la medida adoptada es proporcional con el fin perseguido.

La aplicación del principio de proporcionalidad exige aplicar un triple test de forma sucesiva. Primero hay que aplicar el test de necesidad para determinar si la medida es necesaria. En segundo lugar se recurre al test de idoneidad, para comprobar si la medida es idónea para lograr el fin perseguido. En tercer lugar se debe acudir al test de proporcionalidad en sentido estricto, con el fin de analizar si existen otras medidas menos lesivas para los derechos afectados que puedan lograr el mismo fin.

Aplicando este triple test podemos concluir que en el caso de la vacunación frente a la Covid 19 está acreditado que la vacunación es necesaria y que es idónea para limitar los contagios y reducir la gravedad de los contagiados. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto la autoridad que imponga este tipo de vacunaciones deberá justificar el por qué se impone una vacunación obligatoria o basta con la vacunación condicionante, y si hay personas a las que se debe imponer con mayor fuerza la vacunación obligatoria. Como vemos el problema jurídico no es de fácil solución, y volveremos sobre este

punto al tratar de la posición del poder judicial al controlar este tipo de medidas y aplicar el principio de proporcionalidad.

D. Un último apunte. Contamos ya con resoluciones judiciales anteriores al tema Covid que habían reconocido la validez de la vacunación condicionante. Así, en relación a la no admisión o matrícula de niños no vacunados en guarderías (sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2000, rec. 775/1996, sentencia del TSJ de La Rioja de 2 de abril de 2002, rec. 79/2000, o juzgado contencioso administrativo de Barcelona número 16, sentencia 448/2018). En el caso de la discusión entre padres sobre la vacunación del hijo la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto 433/2018 de 17 de octubre, dio la razón al padre que quería vacunar al hijo. Especial relevancia tiene el caso de Granada en el que se autorizó a vacunar a 35 niños. Así lo determinó el Juzgado contencioso administrativo de Granada por Auto de 24 de noviembre de 2020, confirmado en apelación por el TSJ en sentencia de 22 de julio de 2013, rec. 667/2012. En esta sentencia se aplicó el juicio de proporcionalidad en los términos siguientes: “Lo cierto es que en el presente caso, el conflicto se establece entre el derecho del Estado a imponer normas de obligado seguimiento para garantizar la salud de la ciudadanía (en este caso, también el Estado vela porque los menores vean protegida su salud y su bienestar) y el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben obtener esta protección... Así las cosas, considerándose muy discutible esta pretendida protección de la salud y bienestar de los hijos, evitando todo tipo de vacunaciones, (lo cual no se deduce de los informes alegados de parte) ha de darse preeminencia a los derechos protegidos por la administración sanitaria y que sustentan la adopción de la medida sanitaria acordada por el auto ahora apelado”. Ç

VI.- LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PREVIA.

El juicio de proporcionalidad respecto de las medidas aprobadas por las Comunidades Autónomas a favor de una vacunación condicionante u obligatoria se ha visto sometida recientemente a un control judicial previo. La ley 3/2020 de 18 de septiembre modificó el artículo 10 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de atribuir a los TSJ de lo contencioso administrativo la competencia para autorizar o ratificar las medidas sanitarias que adoptasen los poderes públicos si las mismas afectaban a derechos fundamentales. De este modo la eficacia de estas medidas quedaba condicionada a la obtención de la autorización o ratificación judicial. Poco después el Real Decreto ley 8/2021 permitió que estas decisiones de los TSJ fueran objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Esta reforma legislativa ha sido cuestionada por algún sector doctrinal y también por el propio poder judicial. Así, el TSJ de Aragón, mediante Auto de 3 de diciembre de 2020, planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del nuevo artículo 10,8 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa 29/1998, al considerar que la función de autorizar o ratificar las medidas de los gobiernos autonómicos frente a la Covid 19, atribuida a los Tribunales de Justicia por este nuevo artículo, se opone a los artículos

103, 106 y 117,3 de la Constitución española, al sustituir un proceso de cognición contra los actos por una actuación de control pre-judicial o colaborativa de la acción administrativa. La respuesta a la cuestión planteada pende de lo que diga el Tribunal Constitucional.

No obstante, hasta este momento el Tribunal Supremo ha reconocido la constitucionalidad de la reforma legislativa y de la nueva función de los Tribunales de Justicia. Así, en la sentencia 1112/2021 de 14 de septiembre, rec. 5909/2021, se refiere a la aplicación del artículo 10,8 de la ley jurisdiccional y, sin cuestionarlo, afirma : *“Téngase en cuenta, por lo demás, que sobre los contornos de este procedimiento ya declaramos, en el Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación nº 570/2020), que el procedimiento previsto en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, es un procedimiento de cognición limitada, preferente y sumario, carente de naturaleza contradictoria (sólo intervienen la Administración pública autora de tales medidas y el Ministerio Fiscal), que se incardina en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública.”*

Otra duda que se suscitó en relación a la ratificación judicial de las medidas propuestas por los Gobiernos autonómicos (a diferencia del caso de una previa autorización) es si estas medidas eran ya eficaces desde su publicación. El Tribunal Supremo ha establecido, en la sentencia ya citada de 24 de mayo de 2021 rec. 3375/2021, FJ cuarto, A, que: *“Las consecuencias derivadas de lo anterior son, principalmente, dos. La primera es que, como ya se ha apuntado, las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables. La segunda es que, si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde "dejar sin efecto" la Orden o acuerdo sometidos a ella ya que nunca fueron legalmente eficaces, sin perjuicio de que pueda -o, incluso, deba-- dar publicidad a dicha denegación, especialmente si previamente las medidas rechazadas hubieran tenido alguna clase de publicidad oficial. En definitiva, como acertadamente señala el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 10 de mayo de 2021, la ratificación es condición de eficacia de las medidas sometidas a ella”.*

En todo caso, lo relevante es que en base a la ley orgánica 3/1986 se pueden imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales como la vacunación condicionante o la obligatoria. Pero la aplicación de estas medidas debe someterse a la autorización o ratificación previa por parte de los Tribunales de Justicia, a los que corresponde realizar el juicio de proporcionalidad. De este modo los Tribunales Superiores de Justicia han pasado a ejercer un control previo de estas medidas, controlando no sólo los aspectos formales de su adopción, competencia y procedimiento, sino también entrando en el control sustantivo mediante el recurso al principio de proporcionalidad. Contamos ya con varios autos que han autorizado o ratificado la exigencia del pasaporte Covid al entender que las medidas propuestas eran proporcionadas y superaban el triple test de la proporcionalidad , pero también hay Autos que negaron la autorización de lo propuesto.

Y contamos ya con una doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de este control jurisdiccional.

A. La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, mediante Auto denegó la autorización solicitada para implantar el certificado Covid para el acceso a determinados establecimientos de esparcimiento y hostelería con música. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 18 de agosto de 2021, rec. 5899/2021 confirmó el Auto recurrido, afirmando que *“En efecto, la Sala de Granada, al estudiar la justificación de la medida instada que exige la alternativa documentación para el acceso a locales de ocio en toda Andalucía, realiza el oportuno juicio de proporcionalidad al que se refieren las precedentes sentencias de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal y la doctrina constitucional sobre medidas restrictivas de derechos fundamentales (entre otras, SSTC 170/2013, 39/2016 y 28/2020). Y en su análisis del triple test de la proporcionalidad - coincidente en este punto con el del Ministerio Fiscal concluye sobre la no acreditación de dos de los subprincipios o elementos que conforman este principio : el de la idoneidad y el de la necesidad de la medida tal cual se define por la Administración Andaluza, conclusión que alcanza teniendo en cuenta tanto el carácter alternativo y carente de equivalencia de la medida, la afectación a un determinado sector de ocio, su carácter general para todo el territorio de la Comunidad y su vigencia indefinida en el tiempo... Aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública que se aporta a autos, referido en su punto 4º a la << efectividad de la medida de acceso al interior de locales de ocio>> dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida. En él se expone la situación epidemiológica en la Comunidad Autónoma y considera procedente la restricción del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio Pero es lo cierto que el informe no incorpora una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptar la concreta medida sanitaria restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE y que incide en el principio de no discriminación ex artículo 14 CE, en el sentido de que la intervención pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida y necesaria o indispensable a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en todo el territorio andaluz, por ser apta para la consecución del fin perseguido e imprescindible por no existir otra medida menos restrictiva o que implique una menor injerencia en los derechos fundamentales sustantivos de los ciudadanos. No se desarrolla en la Orden ni en el informe que la respalda una explicación adecuada acerca de la semejanza o equiparación entre el certificado digital UE y la realización de las pruebas indicadas, como la sala enfatiza en su Auto, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido en los términos razonados por la Sala. Tampoco se motivan las razones por las que se circunscribe la exigencia documental o a través de pruebas exclusivamente a los locales de ocio con música, y no a otros establecimientos similares o con semejante problemática centrándose la restricción a aquellos que se especifican en los epígrafes del Decreto 155/2018, sin describir ni detallar los datos objetivos sobre la incidencia de los contagios que conducen a ceñir el objeto de la medida. Por otra parte, es relevante que no se aportan razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la duración de la medida que se contempla de forma indefinida y*

permanente, siendo insuficiente la mera referencia genérica que se aduce en el escrito de casación, de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida. Hay que subrayar asimismo que la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución. En fin, no encontramos óbice ni reproche alguno al juicio ponderativo expresado en el auto de 5 de agosto de 2021 pues su razonamiento es coherente con los escasos elementos aportados por la Junta de Andalucía, es razonable el examen de la relación medio-fin y el resultado al que llega. La denegación de la ratificación de la medida por falta de justificación apropiada es coincidente con lo que han acordado los autos dictados por otras Salas territoriales y no se acredita en el escrito de interposición - aunque se afirma - que se hayan dictado otras resoluciones en sentido diferente ni que sean sobre supuestos similares a la medida ahora enjuiciada.

B.- El Auto 97/2021 de 20 de agosto de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, denegó la autorización solicitada por el Gobierno de Galicia para exigir el pasaporte Covid n relación al acceso a establecimientos de ocio y restauración. El Tribunal entiende que la medida afecta al derecho a la intimidad y a la protección de datos, que es poco ecuánime “demonizar el sector de servicios de hostelería”, y aprecia la ausencia de conclusiones irrefutables en relación con la capacidad de contagiar o ser contagiados de las personas vacunadas. En base a estas consideraciones concluye que la medida no es idónea ni necesaria y por ello deniega la solicitud de la autorización e impide la aplicación de la medida solicitada.

Como en el caso anterior el Auto fue recurrido en casación, recurso que fue resuelto por la sentencia 1112/2021 de 14 de septiembre de 2021, rec. 5909/2021, que anuló el Auto del TSJ de Galicia (esta sentencia tiene un voto particular del magistrado AJ. Fonseca-Herrero)) confirmando, en este caso, la validez y eficacia de las medidas propuestas por la Junta de Galicia, avalando de este modo la legalidad de imponer medidas de vacunación condicionante, esto es, el llamado pasaporte Covid.

Comparto el criterio del Tribunal Supremo y la aplicación del juicio de proporcionalidad que lleva a cabo en el FJ 9 de su sentencia 1112/2021. En concreto el Tribunal Supremo afirma: ” *En relación con la idoneidad y necesidad de la misma, es cierto que cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para alcanzar la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento una alternativa mejor. De modo que las medidas*

forzosamente ha de ser cambiantes, constantemente adaptadas a la evolución de la pandemia y a los consiguientes criterios científicos. Y sabido es que la vacuna no es un medio para curar la enfermedad pero, como antes señalamos y ahora insistimos, sí es una acción de carácter preventivo que evita o atempera considerablemente la propagación de la pandemia, supone un innegable beneficio para la salud de todos porque disminuye los contagios y las muertes, e impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19. La idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación ya citada, gana en concreción cuando descendemos a las características propias de los establecimientos en los que se exige. Así es, en estos lugares de ocio, por su propia naturaleza, a diferencia de otros establecimientos abiertos al público, no permiten el uso constante y permanente de la mascarilla, que debe necesariamente retirarse para comer y para beber, del mismo modo que resulta difícil mantener en ellos la distancia de seguridad, se suele conversar con un tono de voz más alto, o incluso cantar, lo que favorece la "inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado" que es "la principal vía de transmisión del SARS-CoV-2", según señala el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Consellería. El citado informe señala que la "transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados. El citado informe señala que la "transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, no sólo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por la Covid-19 la tasa de ataque secundaria de los casos Covid vacunados fue inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos Covid no vacunados" Añadiendo que "las personas no vacunadas reducen significativamente su riesgo de infectarse y desarrollar la Covid-19 en el caso de entrar en contacto con un caso Covid que sí está vacunado". También reconoce el citado informe, y el informe de la Subdirectora General de Información sobre Salud y Epidemiología, y miembro del Comité Clínico, que la implantación de dicha medida ha servido de medida de fomento de la vacunación y del control epidemiológico de la misma, pues "ha permitido aumentar el control de la enfermedad incentivando la vacunación", y "los cribados de pruebas diagnósticas entre aquellas personal aún no vacunadas (...) ha favorecido un diagnóstico precoz de casos". El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos. No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales. Conviene tener en cuenta que la Administración, ya manejó otras opciones, según consta en el

informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico, que también se valoraron otras medidas como es el caso de "la instalación de medidores de dióxido de carbono (CO2) para el control de los tiempos de ventilación. Desde luego la medida más segura es el cierre de los establecimientos. Sucede, sin embargo, que esta medida de cierre, teniendo en cuenta la evolución de la pandemia en relación con las consideraciones epidemiológicas en el estado actual de la ciencia, y las severas restricciones ya pasadas, podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados. Pero es que, además, la medida que se postula no se implanta de forma indiscriminada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, haciendo tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio. Al contrario, la Orden establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada lugar. Se fijan al efecto diversos niveles de restricción, según la gravedad de la incidencia de la Covid-19 en los diferentes municipios. Y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la Orden, los diferentes municipios gallegos que se encuentran en cada nivel. La medida reviste también un carácter temporal, según " los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento". Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento. Debiendo mediar la adecuada correspondencia y la necesaria vinculación, entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue, y el medio adecuado para su consecución. La medida, en consecuencia, ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad"-

En el FJ10 la sentencia destaca las diferencias fácticas respecto a la sentencia anterior del mismo Tribunal Supremo, la antes comentada de 18 de agosto de 2021.

C. El tercer supuesto relevante es el que tiene su origen en el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 91/2021, de 22 de noviembre de 2021, en relación también al pasaporte Covid, en este caso exigido para entrar en centros de ocio y restaurantes de más de 50 plazas.

El Tribunal, en el citado Auto, de contenido y redacción singular (cuenta con un voto particular del Presidente de la Sala), critica la motivación que contiene la propuesta de medidas de intervención realizada por el Gobierno del País Vasco. En su juicio de ponderación señala como derechos afectados la igualdad, la intimidad, el derecho de reunión y la libertad ambulatoria, así como “la libertad de expresión y creación artística cuando de karaokes se trata e incluso en la medida en que en dichos establecimientos se desarrolla la vida social del individuo, personal y colectivamente según los casos, y se puede afectar al libre desarrollo de la personalidad, esto es, uno de los pilares del orden político y la paz social, artículo 10 CE”. Por ello, el Tribunal afirma que a su juicio son varios e importantes los derechos afectados, lo que exige que la medida, la restricción de los mismos, deba respetar adecuadamente las distintas facetas del principio de proporcionalidad.

Al llevar a cabo el juicio de proporcionalidad el Auto considera que la Memoria presentada por el Gobierno Vasco no justifica suficientemente ni la necesidad ni la intensidad de las medidas propuestas, y por ello deniega la autorización. El Auto cuenta con un voto particular del presidente de la Sala, en el que afirma que, “en definitiva, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, la medida propuesta por el Gobierno Vasco es adecuada, idónea y proporcionada en relación con los bienes jurídicos en conflicto: salud pública versus intimidad e igualdad”.

Recurrido el Auto en casación el Tribunal Supremo estimó el recurso en su sentencia de 1412/2021 de primero de diciembre de 2021, rec. 8074/2021, confirmando por tanto la validez y eficacia de las medidas propuestas por el Gobierno Vasco (la sentencia cuenta con un voto particular del mismo magistrado que emitió voto particular en la sentencia antes citada 1112/2021). El Tribunal manifestó que “en definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto n.º 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre. Por el contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción, nos parece que la exigencia del certificado covid o pasaporte sanitario previsto en el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular el auto n.º 91/2021 y ratificar la Orden de 17 de noviembre de 2021”.

D.- Lo expuesto hasta este momento permite formular unas conclusiones y reflexiones. La vacunación condicionante cuenta en nuestro sistema con un marco legal general habilitante, si bien las medidas concretas que decidan imponerse por las diferentes Comunidades Autónomas deben contar con la previa autorización o ratificación de los Tribunales Superiores de Justicia.

El marco normativo es el siguiente. La ley orgánica 3/1986 contiene habilitación suficiente para que los Gobiernos autonómicos decidan, de forma motivada y adecuada a la realidad de cada territorio, exigir el pasaporte Covid para el acceso a determinados lugares. Dado que el marco legal habilitante es muy genérico, el legislador español decidió someter la aplicación de las medidas concretas de intervención a un control previo por parte del poder judicial, en concreto las Salas de lo Contencioso

administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con el fin de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad de las medidas en relación a su incidencia en los derechos fundamentales afectados. Las Salas de lo contencioso administrativo han llevado a cabo este control previo autorizando o ratificando en la mayoría de casos el contenido de las medidas propuestas por los Gobiernos autonómicos.

La impugnación de algunos Autos de los Tribunales denegando la autorización de las medidas propuestas, ante el Tribunal Supremo, ha dado lugar a una serie de sentencias del alto Tribunal en las que se han fijado los criterios generales a tener en consideración al conceder o denegar las autorizaciones y ratificaciones solicitadas, ha logrado establecer unos criterios comunes a tener en cuenta y ha ofrecido a las Comunidades Autónomas una mayor seguridad jurídica en el momento de tener que formular sus propuestas de medidas de intervención.

En todo caso nos encontramos ante una cuestión compleja, ya que el control de los riesgos al que nos referíamos al inicio de este escrito, control que en nuestro caso supone el tener que decidir a favor o en contra de medidas que impliquen la vacunación condicionante, nos es una cuestión jurídicamente sencilla. Por un lado debe superarse un juicio de ponderación, en virtud del cual concluyamos que en principio el derecho a la vida y la salud, prevalece sobre otros derechos fundamentales. Pero a continuación el derecho nos exige un juicio de proporcionalidad sobre la medida concreta que se adopte, y en este juicio se implica con carácter previo al poder judicial, que debe autorizar o ratificar la medida que se le proponga.

A mi juicio en este momento el poder judicial, sin renunciar a su poder de control sobre la decisión administrativa, debería ser deferente respecto al criterio adoptado por la administración. Por ello su control debería centrarse en comprobar que la decisión que se somete a su control ha sido adoptada por el órgano competente, y que cuenta con una motivación suficiente y razonable sobre la necesidad y la idoneidad de la medida. Mucho más difícil me parece que se puede llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, entrando a valorar la eficacia de las medidas propuestas o exigiendo, como se hace en algún Auto que deniega la autorización, que la Administración demuestre que la medida propuesta no tiene alternativas menos lesivas para los derechos de los ciudadanos. Dado el estado del conocimiento de la ciencia sobre la lucha contra la Covid 19 me parece que no puede exigirse a la administración este tipo de prueba, ya que desconoce realmente la efectividad de sus medidas. Propone aquello que con los estudios que dispone es lo que juzga más adecuado. Por ello creo que esta propuesta sustentada en los informes de las autoridades sanitarias debería ser respetada. Creo que la lucha contra la pandemia requiere empoderar a nuestras administraciones públicas y sus servicios sanitarios, que requieren verse reforzadas ante la sociedad. Es en este sentido que hablo de deferencia, apelando de esta forma a un ejercicio responsable del poder judicial, ya que no debe olvidarse que las normas deben aplicarse en razón del contexto y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. La realidad social del momento en la que deben aplicarse las normas.

En este sentido comparto las reflexiones del profesor Gabriel Doménech cuando afirma que “ciertamente no es fácil evaluar en estos momentos los costes y beneficios de ésta (pasaporte Covid) y otras medidas de protección de la salud pública. Es difícil que la evaluación arroje resultados concluyentes, evidentes y convincentes para todos. Por ello, la gran mayoría de los Tribunales han reconocido a las autoridades administrativas un amplio margen de apreciación o deferencia para llevar a cabo esta tarea. Ésta es una práctica muy sensata. Dichas autoridades tienen más tiempo y mejores conocimientos especializados (por ejemplo epidemiológicos y económicos) que los jueces para hacer una evaluación cabal y adoptar una decisión equilibrada en esta compleja materia. Y gozan también de mayor legitimidad democrática que los jueces para tomar este tipo de decisiones, respecto de las cuales la ley apenas dice nada. Los primeros son elegidos y sustituidos democráticamente en función de si sus decisiones se ajustan a no a las preferencias de la mayoría de los electores. A los jueces, en cambio, no podemos cambiarlos cuando se equivocan y no nos gustan sus decisiones. En la duda es preferible que se equivoquen aquéllos”⁴.

VII.- ¿ES POSIBLE IMPONER MEDIDAS MÁS INTENSAS A DETERMINADOS PROFESIONALES?

Como acabamos de exponer contamos con un marco legal que permite imponer medidas consistentes en una vacunación condicionante. Se admite que existe un marco legal habilitante genérico pero suficiente, y que estas medidas son en principio proporcionadas. La generalidad del marco legal ha llevado a reforzar los controles sobre las medidas concretas que los gobiernos autonómicos deciden imponer, y con este fin la defensa de los derechos fundamentales que pueden verse afectados se ha encargado a los tribunales de justicia. Estos ejercerán el control de proporcionalidad de las medidas que se pretendan llevar a cabo. El sistema puede calificarse de correcto. Pero ¿se puede dar un paso más? ¿se pueden imponer medidas más estrictas a determinado tipo de personas en razón de su trabajo, por el hecho de estar en una relación especial de sujeción respecto de los poderes públicos? ¿pueden llegar estas medidas a una vacunación obligatoria?. En este caso las dudas se incrementan, y el juicio de proporcionalidad adquiere nuevos perfiles ya que el derecho fundamental afectado posee mayor intensidad. Se trata de obligar a vacunarse, imponiendo una sanción si no se cumple con la obligación. La conducta que se impone afecta al derecho a la integridad física. Las resistencias ciudadanas pueden ser más intensas, y las objeciones frente a una vacunación que no ofrece garantías plenas de no contagiarse y no contagiar cobran más fuerza.

De momento en nuestro país sólo contamos con el intento paralizado de la ley gallega, cuya constitucionalidad pende de la decisión del Tribunal Constitucional. No tenemos normas válidas que impongan la vacunación obligatoria a raíz de la pandemia de la

⁴ DOMÉNECH, Gabriel. Sobre la plausibilidad del pasaporte Covid. En Valencia Plaza, 9 de diciembre de 2021.

Covid 19. Pero si contamos con algunas normas legales que podrían dar cobertura a esta obligación.

Pensemos en primer lugar en el empleado público. El artículo 53,2 del Estatuto básico del empleado público establece los principios éticos que deben guiar su conducta, y dispone que “su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones particulares”. El artículo 54,9 del mismo Estatuto básico afirma que las normas sobre seguridad y salud personal son un derecho y un deber, de modo que el funcionario tiene el deber de protección de su salud por seguridad a las personas a las que puedan afectar en ejercicio de su servicio.

En el caso del personal sanitario el artículo 19,m de la ley 55/2003 de 16 de diciembre del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud dispone que existe el “deber del personal estatutario de cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario”. El informe del Comité de Bioética de Catalunya afirmó en su punto 7 que “els professionals de la salut tenen el deure moral de vacunar-se per contribuir a prevenir el contagi de les persones malaltes que atenen”, añadiendo que los colegios profesionales “haurien d’incorporar normes específiques en aquest àmbit per permetre exercir l’acció correctora sobre col·legiats que no les respecten”. Del soft law de los códigos éticos se trataría de pasar al hard law de las medidas sancionadoras.

Por lo expuesto, en razón de la actividad que desempeñe el empleado público, y en particular el personal sanitario, puede parecer proporcionado exigir un plus de obligatoriedad respecto a la vacunación. Así, cabe pensar en imponer el traslado forzoso del puesto de trabajo para evitar un contacto directo con terceros, incluso la pérdida del puesto de trabajo, o una sanción por no vacunarse (el artículo 72 del Estatuto marco del personal estatutario del sistema de salud califica como falta muy grave “la negativa a hacer uso de los medios de protección disponibles y seguir las recomendaciones establecidas para la prevención de riesgos laborales”).

En estos casos se estaría imponiendo ya una vacunación obligatoria, pues de hecho la no vacunación comporta una serie de posibles medidas de carácter sancionador, como el traslado forzoso, pérdida del puesto de trabajo, o sanción económica.

El paso de la vacuna condicionante a la vacuna obligatoria plantea no obstante una serie de dudas que nos limitamos a exponer. No existe una norma legal que de forma clara habilite para adoptar esta medida. El juicio de proporcionalidad debe ser más intenso ya que la incidencia de la medida en los derechos fundamentales es de la persona es más intensa. Deberá acreditarse la idoneidad de la medida. Al imponerse sanciones por el incumplimiento de una obligación deberán tipificarse las infracciones y las sanciones, estableciendo sanciones que sean disuasorias del incumplimiento de la obligación.

Pero además surgen otras dudas. Si la medida se aplica al personal sanitario, todo aquel que trabaje en centros sanitarios, y se opta por su movilidad interna o despido, ¿ no se perjudicará la prestación del servicio por falta de personal competente?.

VII. UNA ÚLTIMA CONSIDERACIÓN.

La última reflexión nos lleva a formular unas consideraciones finales que van más allá del tratamiento estrictamente jurídico de la cuestión que nos hemos planteado en este trabajo. Junto a las medidas legales y administrativas tratando de imponer la vacunación condicionante, o la obligatoria, los poderes públicos deberían apelar también a la ética de la vacunación, estimulando a los ciudadanos a respetar las medidas que se adopten en la lucha contra la pandemia y en particular someterse a los procesos de vacunación. Hay que saber “empujar” (políticas de “nudges”) a los ciudadanos.

Para ello hay que reforzar la confianza, lo que ciertamente no es fácil ante las incertidumbres de los mismos científicos. Pero hay que tratar de lograr esta confianza, y para ello, como ya he dicho, creo que es misión de políticos, poder judicial y medios de la información, tratar de empoderar a nuestros gobiernos y administraciones, a nuestros científicos y servicios de salud. Reforzar la confianza con una información lo más clara y fundada posible, que luche contra la pos verdad de negacioncitas. Una pos verdad que muchas veces nos domina, pues en el momento actual, cuando se trata de crear opinión pública, los hechos objetivos tienen menos influencia que las apelaciones a las emociones o las creencias personales. En el caso de la vacunación la pos verdad también está presente, aunque por fortuna en nuestro país no se ha impuesto. Pero hay que luchar contra ella, contra el individualismo radical que defiende una autonomía personal que se puede ejercer en un vacío social y cultural Como dijo SENNETT, R. en su libro La corrosión del carácter, “un Estado que no proporcione a los seres humanos ninguna razón profunda para cuidarse entre sí, no puede preservar por mucho tiempo su legitimidad”⁵.

⁵ Tomo la cita del power point elaborado por la profesora Montse Esquerra, del Instituto Borja de Bioética- URL, “Ética de la vacunación”.