

# **Uso y abuso del Derecho en la vacunación contra la covid-19\***

Sergio Martín Guardado  
Personal Investigador en Formación  
Área de Derecho Constitucional  
*Universidad de Salamanca*  
[martinguardado@usal.es](mailto:martinguardado@usal.es)

## **SUMARIO:**

- 1. Justificación del tema tratado: ¿vacunación obligatoria contra el coronavirus SARS-Cov-2?*
  - 2. El planteamiento del conflicto (entre la libertad individual y la salud pública) y el abuso del Derecho: las Comunidades ante la falta de acción del Estado.*
  - 3. El planteamiento del conflicto (entre la libertad individual y la salud pública) y el adecuado empleo del Derecho en la vacunación contra el SARS-Cov-2.*
  - 4. Conclusiones*
- 

## **1. Justificación del tema tratado: ¿vacunación obligatoria contra el coronavirus SARS-Cov-2?**

La crisis pandémica que hemos venido sufriendo en los últimos años es la principal responsable de haber propiciado un debate jurídico continuo y permanente en el plano mediático, cuyo resultado no sólo no es concluyente, sino que no siempre se corresponde con la realidad jurídico-constitucional. Así, en los últimos meses, estando prácticamente culminada la estrategia de vacunación contra la COVID-19 en nuestro país, se ha generado todo un debate acerca de si debía imponerse obligatoriamente o no su inoculación para la población en general.

---

\* Comunicación presentada al XIX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE): “Estado Constitucional postpandemia: ¿crisis o fortalecimiento?”, que se celebra el 24 y 25 de marzo de 2022 en la Universidad Pontificia Comillas – ICADE, Madrid.

Sobre todo, este debate sobre la vacunación obligatoria se mediatiza por completo con el caso del tenista serbio Novak Djokovic. Que, acudiendo a Australia a comienzos del mes de enero del presente año y, con el fin de competir el “Open de Australia”, ve como su visado, concedido para el ejercicio de dicha actividad profesional temporal (en el mes de noviembre), se le retira por decisión del ministro del Interior australiano con base en una Ley de Migración de 1958. El art. 116.1.e.i de esta norma establece tal posibilidad, al contemplar que un visado concedido puede ser cancelado cuando exista un riesgo potencial o real (un peligro ya materializado) de la salud de la comunidad australiana. Una vez superado todo el íter procesal, por vía de la Sentencia de la Corte Federal de Australia de 20 de enero de 2022,<sup>I</sup> se resuelve el caso concluyendo que Novak Djokovic debía abandonar el país.

Sin entrar aún en el planteamiento del conflicto que supondría el establecimiento de la obligación vacunal, entre la libertad individual y la protección de la salud pública y, teniendo presente que hablamos de un país de la *Commonwealth*, este caso nos va a servir en cierto modo. Pues, de la lectura de la resolución que inmediatamente acabamos de referenciar, pueden extraerse una serie de conclusiones previas que nos van a servir a modo de guía de presentación del desarrollo de la presente comunicación.

Podría plantearse lo siguiente, desde un plano de razonabilidad: se retira el visado a Djokovic por suponer un riesgo para la salud colectiva y la vida de los australianos, prevaleciendo el interés colectivo que representa la protección de la salud pública frente a su libertad personal. Pero, si leemos con detenimiento esta resolución, ¿realmente ese riesgo se introduce por no haberse vacunado? O, ¿por ser Novak Djokovic? Puede parecer que estamos definiendo los términos de un debate más mediático que académico, sin embargo, intencionalmente se presenta así, por lo siguiente:

- La Corte australiana empieza planteando el conflicto con la lógica: libertad individual vs. salud pública.
- Sin embargo, la decisión del ministro se entiende justificada no porque Djokovic no estuviera vacunado, cuestión por la cual podría entenderse que “su presencia en Australia puede representar un riesgo para la salud”.
- ¿Por qué? Puesto que su presencia en Australia “podía fomentar” un movimiento antivacunación, instruyendo dentro de Australia en favor de que otros no se vacunen

o se nieguen a aceptar dosis de refuerzo. Se tiene en cuenta para llegar a esta conclusión que Djokovic es un deportista de alto perfil y su posición como “modelo a seguir” en la comunidad deportiva y en la sociedad en general. Sin embargo, tal y como planteó su defensa, no había una prueba cierta más allá de guardar silencio sobre la vacunación acerca de que Djokovic realizara un proselitismo de los antivacunas.

De entrada, lo que ya se nos plantea en este caso es si en la determinación final de la imposición de la vacunación obligatoria se han colocado en la balanza imaginaria del juicio de ponderación, en un lado, la libertad de pensamiento (y/o de expresión) del tenista y, de otra, el “buen orden” (orden público); en lugar de haber planteado el conflicto como un realmente se estaba produciendo: entre la libertad individual de Novak Djokovic y el interés colectivo que existía en la protección de la salud de los ciudadanos australianos. Lo primero podría hacer irrazonable la decisión desde una perspectiva continental y europea y, a mayores, podría suponer un abuso de poder.

¿Cómo ha de enfocarse entonces el debate sobre la vacunación obligatoria desde una perspectiva constitucional?

El debate sobre la vacunación contra la Covid-19 y su posible imposición a través de normas jurídicas vinculantes camina entre la fina línea del escrupuloso respeto al Estado de Derecho y la huida de la axiología constitucional o el estiramiento del marco competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuestión esta última en la que nos centraremos en estas líneas.

## **2. El planteamiento del conflicto (entre la libertad individual y la salud pública) y el abuso del Derecho**

Sin entrar ahora a valorar si los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y, por ende, a la salud pública de la comunidad (art. 15 *ex* art. 43 CE) se encuentran en conflicto con la libertad personal del individuo diremos que, dada la situación acaecida con la pandemia y ante la falta de conocimiento e inseguridad para hacer frente al virus, sería absurdo desde un criterio de oportunidad política plantear un conflicto que indirectamente facultaría en abstracto la posibilidad de entender la libertad individual como facultad de interferencia en los derechos y libertades de otros.<sup>II</sup>

Sin embargo, medidas como la imposición del “certificado COVID” (o *green pass* en la terminología adoptada por otros Estados) cuentan con un componente coactivo o tienen un carácter obligacional, pues su imposición ha supuesto en la práctica una limitación de acceso a ciertas actividades y, concretamente, una limitación extremadamente intensa de la libertad individual para algunos ciudadanos que han optado por la no vacunación frente a la COVID-19. Pues a pesar de que el acceso al “certificado COVID” no solo es posible acreditarlo desde la inoculación de las dosis de la vacuna determinadas por la estrategia estatal, sino que también se puede obtener siempre y que se haya practicado una prueba PCR reciente que determine que no se ha contraído la enfermedad; lo cierto es que no puede hablarse de libertad de elección, puesto que muchas personas no cuentan ni han contado realmente con la posibilidad de someterse periódicamente a tales pruebas, puesto que supondría un elevado coste y, en ocasiones, no son practicadas ya por el sistema sanitario público.

Entonces, ¿se ha impuesto o se ha intentado imponer con carácter obligacional la vacunación? Si no expresamente, la imposición del *green pass* es una obligación indirecta que funciona a modo de coacción: si no hay vacuna, no hay vida social. O, dicho de otro modo, con la limitación de entrada a los locales y establecimientos públicos de los no vacunados, que es donde se desarrolla la vida social, indirectamente se obliga a estos no vacunados para aceptar la inoculación que protege contra el SARS-Cov-2, si quieren seguir disfrutando de la cotidianeidad social.<sup>III</sup>

Se podría plantear entonces que esta imposición indirecta de la vacunación es una intromisión ilegítima sobre la vida privada (art. 18 CE). Pues, un tercero va a conocer de nuestro estado de salud y eso es una afectación cierta del derecho a la intimidad personal, puesto que vamos a tener que informar sobre nuestra condición de vacunado o no. Por otra parte, choca con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece como principio de toda actuación sanitaria el consentimiento en tanto exigencia para asegurar la autonomía del paciente (art. 2).

Es paradójico como las normas autonómicas que imponen el “pasaporte covid”, a pesar de estar avaladas judicialmente, se sitúan en un plano de contrariedad con otras normas que están dirigidas a la tutela del derecho a la intimidad en lo relativo al acceso a

datos de salud de las personas, en determinados ámbitos específicos. Como es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, que en su art. 22 garantiza que el deber del empresario de proteger la salud de los trabajadores a través del desarrollo de medidas de vigilancia y control debe respetar siempre el derecho a la intimidad y la dignidad humana y, “la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”. Tal distorsión se traduciría en que el titular de un negocio de ocio y/o recreación a pesar de que no podría exigir una certificación sobre la vacunación contra la covid-19 a sus empleados, vendría obligado a exigir a sus clientes un documento que sirva a modo de acreditación de su situación sanitaria en el que se asegure que la persona ha recibido la pauta completa de vacunación, cuenta con una prueba diagnóstica negativa de infección activa o con un certificado de haberse recuperado de la enfermedad dentro de un determinado periodo de tiempo.

Ya se ha criticado con contundencia por iniciativa propia y por parte de algunos compañeros la disconformidad de las medidas con la Constitución, entre otras cosas, porque se han derivado decisiones de oportunidad política a los jueces.<sup>IV</sup> La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, en su D.F. 2.2 modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pasando a establecer la competencia objetiva desde los Juzgados a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para autorizar o ratificar aquellas medidas adoptadas por la autoridad sanitaria que se consideraran urgentes y necesarias para la protección de la salud pública y que implicaran privación de libertad u otros derechos fundamentales, cuando los destinatarios no estuvieran identificados individualmente (caso de la Covid-19, por entender que se extiende a una colectividad que no está previamente identificada).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La práctica totalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales para el control de la propagación de la Covid-19 vendrán a ser justificadas por las Comunidades Autónomas con base en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (art. 4): “*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 transmisibles*”. Sin embargo, una cuestión tan seria como la vacunación (por su incidencia en los derechos fundamentales), no parece que quepa aquí y, como para el resto de las medidas que se han venido adoptando, estamos ante una quiebra de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Este es el itinerario que se seguirá para adoptar esta obligación vacunal indirecta que ha supuesto el *green pass*: adopción de acuerdo por parte del Gobierno autonómico, publicación en el diario oficial autonómico, sometimiento a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia competente territorialmente y determinación o no en la sentencia si se ratifican las medidas mediante un aval que se establece a modo de Auto, con la posibilidad abierta de presentar un recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.<sup>2</sup>

Hasta la aprobación de una norma autonómica sobre la vacunación obligatoria, no ha habido otras muestras de compromiso por parte del poder público en este sentido. La Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, será la primera norma dirigida expresamente a imponer la vacunación obligatoria contra la Covid-19.<sup>3</sup> Esto generó toda una serie de incógnitas desde el punto de vista competencial, aunque, lo más preocupante era asumir como una ley ordinaria podía justificar la imposición forzosa de la vacunación, cuando se comprometían derechos tan importantes como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE); protegidos a través de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE).<sup>V</sup>

Precisamente, por esto último, supongo que se ha expresado que ha de considerarse ilegítima la imposición de la vacunación. Además, de no haber una norma estatal que, en términos similares, justifique excluir la garantía del consentimiento informado, no sería posible excluir dicha garantía sin infringir el ordenamiento jurídico.<sup>VI</sup> Pues, el consentimiento informado del paciente, seguía constituyendo la regla general sobre la práctica de actuaciones médicas.<sup>VII</sup>

---

<sup>2</sup> Es significativo como el propio Tribunal Supremo difiere en las sentencias de 14 de septiembre de 2021 y de 18 de agosto de 2021; mientras que en esta última asume que exigir el “pasaporte covid” es una medida no idónea al transmitirse el virus de igual forma por vacunados que por no vacunados, en la primera entiende que según los datos los vacunados transmiten mucho menos el virus y asume que es una medida de fomento de la vacunación.

<sup>3</sup> Se reforma mediante artículo único, apartado quinto, de la Ley 8/2021, la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, “de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de diciembre, de medidas especiales en materia de salud pública” y se introduce la posibilidad de que las autoridades sanitarias autonómicas sometan “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”, a la población en general.

Estas últimas apreciaciones, podrían reunirse concluyendo que en ningún caso la imposición de la vacunación obligatoria podía ser un simple desarrollo ejecutivo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de diciembre. Una cuestión esta que se abordará en el Dictamen n. 213/2021 del Consejo de Estado, previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno de la Nación (vid. art. 22.6 LOCE):

*«La Ley gallega cuestionada incluye la vacunación obligatoria como una de las medidas susceptibles de ser adoptadas por las autoridades autonómicas en cualesquiera situaciones de grave riesgo para la salud pública. Se trata de una norma de alcance general que ha sido aprobada en un momento en el que existe, en relación con un supuesto concreto -la epidemia provocada por la enfermedad del coronavirus-, un Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la Estrategia de Vacunación, aprobado el 28 de enero de 2021 con la oposición de cuatro comunidades autónomas - entre ellas Galicia-, en el que se prevé que la vacunación “no es obligatoria”.<sup>4</sup> (...) La Ley gallega y el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se sitúan, sin embargo, en planos diferentes. La Ley es una norma general que faculta a las autoridades autonómicas para la imposición obligatoria de una vacuna en cualesquiera situaciones de grave riesgo para la salud pública. El Acuerdo es un acto ejecutivo que prevé el carácter voluntario de la vacuna en el concreto caso de la epidemia del coronavirus y que es vinculante en este ámbito para todas las comunidades autónomas, incluida Galicia.»*

A pesar de ello, el Consejo de Estado se pronuncia en los siguientes términos: el Acuerdo, “en cuanto adoptado en exclusiva relación con el coronavirus, no puede ser un argumento válido para discutir la constitucionalidad de una Ley que, por su alcance general, es susceptible de ser aplicada a cuantas situaciones de grave riesgo para la salud pública lo requieran”, extensible a otras enfermedades más allá del caso concreto de la Covid-19. Pues ha de cuestionarse “a la vista del orden de distribución de las

---

<sup>4</sup> Tal y como expresa el Consejo de Estado, en su Dictamen: “este acuerdo se adoptó en ejercicio de las funciones de coordinación atribuidas a la Administración General del Estado por el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud para “responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública”. Por ello, su contenido es “de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la Conferencia Sectorial, con independencia del sentido de su voto”, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En la medida en que el Acuerdo es expresión de la potestad de coordinación atribuida a la Administración General del Estado por el artículo 149.1.16.ª de la Constitución, tiene su fundamento en la Constitución y, por ello, vincula a todos los poderes públicos estatales y autonómicos, tanto a nivel ejecutivo como normativo”.

competencias normativas en la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Constitución y de la Ley Orgánica 3/1986”.

Como es sabido, las Comunidades Autónomas ostentan una facultad de desarrollo normativo de la Ley Orgánica 3/1986, en tanto norma que se inserta dentro de la categoría legislación básica del Estado. Pero, el Consejo de Estado, se pronuncia en estos términos:

- La reserva de ley orgánica está dispuesta para que el desarrollo normativo de determinadas materias, en tanto desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, “constituya un mínimo común denominador de obligada observancia en toda España”.
- La “colaboración internormativa” entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, ya sean estas últimas estatales o autonómicas, no puede entenderse de manera tan flexible como la prevista en la Ley Orgánica 3/1986: no puede consistir en un *“reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica”*.
- Medidas tales como *“la facultad de imponer la vacunación obligatoria en situaciones de grave riesgo para la salud pública”*, parecen inabarcables, cuando no realiza una remisión expresa para tal fin al legislador autonómico *“y no están expresamente contempladas en la Ley Orgánica 3/1986 y suponen una limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas”*.
- La regulación autonómica se debe limitar al desarrollo de *“aspectos complementarios del núcleo orgánico”*.
- En todo caso, la Comunidad Autónoma de Galicia y otras autonomías pueden adoptar con base en la Ley Orgánica 3/1986 *“medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas ante situaciones de grave riesgo para la salud pública, así como la obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de tal naturaleza adoptadas por el Estado con incidencia dentro del territorio autonómico”*.

Además, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre lo que resultaba obvio:

*“(…) el análisis de la cuestión debatida permite al Consejo de Estado sugerir que el contenido de la Ley Orgánica 3/1986 podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las*



*autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública”<sup>5</sup>*

El asunto de la imprevisión normativa sobre el papel de las Comunidades Autónomas en la redacción de la Ley Orgánica 3/1986 se explica porque la norma en cuestión es anterior a la mayoría de las reformas de los Estatutos de Autonomía que preverán la transferencia de las competencias en materia de sanidad. El art. 149.1. 16ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad. En desarrollo de este precepto constitucional, el art. 63 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, determina la responsabilidad del Estado en su papel de coordinador general de la sanidad: deberá “fijar medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones Públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias”. Sin embargo, la falta de coordinación ha sido evidente y la responsabilidad sobre la efectividad o no de las medidas adoptadas por parte de las Comunidades Autónomas también puede explicarse de este modo, también en el caso de la vacunación. De ahí, el art. 65 y las facultades coordinadoras del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional.

Es evidente que el legislador estatal desoyó su papel constitucional en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas que estaban en peligro, en el sentido propio que le marcan los principios de igualdad y de solidaridad interterritorial (arts. 138 y 139.1 CE); ya que no adoptó una actitud clara y coherente tampoco sobre la determinación de la vacunación obligatoria. Lo que es mínimamente exigible en una época de incertidumbre como ha sido esta pandemia. Todo ello, con el fin de asegurar ciertas condiciones de seguridad jurídica, al no cumplirse unos mínimos de certeza y predictibilidad. Pues, podía haber asegurado un marco común sobre la vacunación contra la Covid-19 que hubiese escapado de esta polémica.

Ante la ausencia de una coordinación real del Gobierno de la Nación con los gobiernos de las Comunidades Autónomas, se ponía también en juego la salud pública y,

---

<sup>5</sup> En este sentido, el TC por vía del ATC 74/2021, de 20 de julio, adopta la suspensión cautelar de la vacunación obligatoria en Galicia de acuerdo con esto: estas medidas (y, en concreto, la vacunación obligatoria) no aparece expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, medidas que son coactivas y que afectan a la integridad corporal del paciente siendo además practicadas al margen de su autonomía.

por ende, la vida e integridad física de las personas (art. 43 ex arts. 9.2 y 15 CE). El Estado se limitó básicamente a posibilitar las restricciones a la movilidad, con el confinamiento domiciliario, primero y, los cierres perimetrales, después; por vía de la declaración del estado de alarma. Sobre todo, en la fase iniciada por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Pues a pesar de que las Comunidades Autónomas, a partir de la instauración de la quimera de la “cogobernanza”, toman un mayor protagonismo en la gestión de la pandemia, esto no se refería más que a un Estado políticamente descentralizado como el español. Así, la mal llamada “cogobernanza” no respondía más que a la normal distribución competencial marcada por los arts. 148 y 149 CE; sin que se hubiese procedido a una reforma de calado de la legislación sanitaria ordinaria.

En la segunda y sucesivas olas de incidencia del SARS-Cov-2, seremos testigos de un “desbarajuste” jurídico-normativo,<sup>VIII</sup> con pronunciamientos jurisdiccionales dispares en sede de las Sala de los Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, en quienes va a recaer la convalidación o no de las medidas adoptadas por los gobiernos autonómicos para gestionar la pandemia, más allá de la vacunación. Lo que en gran parte se deberá a un desentendimiento incoherente e incomprensible respecto a la crisis sanitaria por parte del Gobierno de la Nación. Y, que se traslada al asunto de la vacunación contra la Covid-19.

Los anuncios de reforma del marco legislativo ordinario referenciado con anterioridad, por parte del Gobierno nunca llegaron a ser materializados, a pesar de que transcurrieron varios meses para poder haberlos llevado a efecto.

A pesar de que, aparentemente, el Gobierno quería afrontar la reforma “con mucha rapidez” puesto que pretendía dejar atrás para siempre el marco de la excepcionalidad constitucional. En concreto: “acabar con la vigencia del estado de alarma (...) para pasar el verano y, naturalmente, el otoño, por si existe un repunte o una vuelta de intensidad de la COVID-19, en condiciones de no tener que utilizar el artículo 116 de nuestra Constitución”.<sup>IX</sup> Aunque, finalmente no se ha optado por una reforma orientada a cumplir con el principio de seguridad jurídica, en el sentido de que una norma sustantiva con rango de ley orgánica permitiese adoptar restricciones, en su facultad de ejecución, a las

Comunidades Autónomas para controlar la incidencia del virus y/o imponer la vacunación obligatoria con carácter general en todo el territorio nacional.

No, más bien se optó por seguir obligando a los jueces a participar del ejercicio de las funciones ejecutiva y de la potestad reglamentaria. Lo que constitucionalmente, es indudable, no les correspondía. Y así, se incrementó la inseguridad jurídica todavía más, también para el caso de la vacunación y la obligación indirecta que venía suponiendo el *green pass*.

### **3. El planteamiento del conflicto (entre la libertad individual y la salud pública) y el adecuado empleo del Derecho en la vacunación contra el SARS-Cov-2**

En los modelos de Estado políticamente descentralizados como el español, desde el constitucionalismo, no sólo debemos valorar la eficacia de la gestión política de la crisis sanitaria causada por el coronavirus a partir de los resultados que han tenido las medidas, (fundamentalmente sanitarias) que se han venido adoptando. Ello deviene insuficiente.

Si bien es cierto que pueden hacerse planteamientos para determinar la eficacia o no de esa gestión a través de la evaluación de los efectos de las medidas de control y prevención técnico-sanitarias; al mismo tiempo, el éxito en el combate contra el coronavirus dependerá también, en buena medida, de los mecanismos empleados para la coordinación y cooperación de los distintos entes territoriales llamados a gestionar la crisis o en función de las garantías constitucionales a salvaguardar. En este sentido, si la gestión de la crisis comenzaba con un férreo “mando único” representado por el Gobierno de la Nación; pronto, la Administración General del Estado se irá descargando de las responsabilidades asumidas pasando estas a las Comunidades Autónomas, no quedando claro si lo hacía por criterios de eficiencia o por oportunismo político

Como ocurría con las medidas restrictivas de derechos fundamentales para combatir la propagación de la enfermedad, donde habíamos asistido a reformas procesales sin intervención sustantiva, aquí tampoco la hubo.

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, llegará después de la insistencia de muchas Comunidades Autónomas que veían como los tribunales iban tumbando sus restricciones de derechos fundamentales para combatir el

virus. Según el Gobierno, tal y como plasmará en su Exposición de Motivos, entonces era necesario dar “una respuesta inmediata, ajustada y proporcional, en un marco de cogobernanza, que permita afrontar la gravedad de la situación con las máximas garantías constitucionales durante un periodo que necesariamente deberá ser superior al plazo de quince días establecido para la vigencia de este real decreto, por lo que resultará imprescindible prorrogar esta norma por un periodo estimado de seis meses”. El Gobierno será la autoridad competente a los efectos del estado de alarma, pero delegará esta competencia en los presidentes Autonómicos, que asumirán un papel similar al del ministro de Sanidad durante el primer estado de alarma declarado en marzo del año 2020 (art. 2 RD 926/2020). El estado de alarma que se declaró en el mes de octubre parecerá estar únicamente encaminado a salvar la posibilidad de que los tribunales de justicia no ratifiquen la posible adopción de medidas de prevención que fueran restrictivas de derechos fundamentales y prevé expresamente que no se aplicará lo previsto en los arts. 8.6 y 10.8 LRJCA (art. 2.3). Este permitirá a las Comunidades adoptar restricciones en el marco de lo previsto por el RD 926/2020.

El Acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del presidente de la Junta de Castilla y León, se fundará en el estado de alarma declarado y determinará las horas de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno prevista en el art. 6 RD 926/2020, adelantando “el toque de queda” hasta las 20:00 horas. El estado de alarma preveía con carácter general que la libertad deambulatoria quedará restringida durante la noche, entre las 23:00 y las 6:00 horas, pudiendo adelantar o retrasar este período hasta una hora antes y una hora después tanto en el inicio como en la finalización -entre las 22:00 y las 00:00 horas o entre las 5:00 y las 7:00 horas, respectivamente- (art. 5.2 RD 926/2020). El Gobierno de la Nación recurrirá ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal supremo planteando un conflicto de competencias, por infracción de lo previsto en el RD 926/2020, dado que la normativa del estado de alarma permite “suspender, flexibilizar o relajar las limitaciones” pero no “intensificarlas o agravarlas”.

El ATS de 16 de febrero de 2021, dará la razón al Gobierno, que se mostraba efusivo por respetar ahora el principio de legalidad que tantas veces durante la pandemia

había olvidado y,<sup>6</sup> tan solo un día después de la adopción del Acuerdo del presidente autonómico, optaba por recurrir sin matices la medida, aunque aquella siguiera desplegando sus efectos sobre los ciudadanos, hasta que se dictará el Auto casi un mes después. Días después, la Junta de Castilla y León mediante una nota de prensa criticará la cogobernanza, describiéndola como una mera declaración de intenciones pues al tiempo que las Comunidades requieren la ayuda del Gobierno, al no contar con instrumentos y recursos jurídico-normativos suficientes y adecuados.

Así, lo cierto es que la cogobernanza solo sirvió para incrementar el desconcierto de la ciudadanía ante la inseguridad jurídica que se provocaba en medio de una aparente irracionalidad en la lucha contra la pandemia por parte del Gobierno, ya que parece que solo intervenía para “poner obstáculos” en la acción de las Comunidades Autónomas. El gobierno había desaparecido de la dirección en la gestión contra la COVID-19 y, si era su deber y era legítimo defender sus competencias, también era su deber intervenir coadyuvando en la gestión contra la pandemia, ya que devino exclusivamente en una responsabilidad cuasi exclusiva de los gobiernos autonómicos.

Muchas comunidades seguirán gestionando la pandemia a base de cierres perimetrales y toques de queda, que irán desapareciendo progresivamente por la mejora en la evolución de los datos epidemiológicos y sanitarios y el inicio de la estrategia de vacunación contra el coronavirus SARS-Cov-2. Sin embargo, el Gobierno se negará a prorrogar más la excepcionalidad constitucional. La única medida será reformar las competencias y procedimientos del orden contencioso-administrativo, de nuevo. Así, el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma, permitirá a las Comunidades recurrir en casación las resoluciones de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, retrasando aún más la adopción de las medidas, sin que en ningún caso se produjese reforma alguna de la legislación sanitaria ordinaria.

La actitud vacilante del gobierno era incomprensible: al tiempo que defendía la insuficiencia de los instrumentos jurídicos, meses antes con una menor incidencia en lo que a datos de transmisión del virus se refiere; hablaba ahora de una absoluta suficiencia,

---

<sup>6</sup> Véanse, en este sentido, las SSTC 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre.

descargando su responsabilidad en los jueces. La eficacia requería de una inmediatez que era imposible al tener que esperar días para un pronunciamiento final sobre la posibilidad o no de adoptar esas medidas restrictivas o, en su caso, de la vacunación.

Aunque de la legislación sanitaria ordinaria y, en particular del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, afirma: “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” (F.J. 7º STS, S. C-A, de 3 de junio de 2020).

Cierta parte de la doctrina criticará este fallo. Si el marco es suficiente y la clave está en la justificación sustantiva de las medidas, puede ponerse en duda la propia vigencia y eficacia material de la Constitución, pues “si eso fuera verdad, ¿para qué se habrían tomado los constituyentes la molestia de crear el derecho excepcional?”.<sup>X</sup> Lo cierto es que desde la experiencia cotidiana del autogobierno autonómico, se veía como la adopción o no de las restricciones dependía de la ratificación judicial de las medidas y, en definitiva, del talento de los servicios jurídicos de cada gobierno autonómico. Es impensable, por tanto, que la inmediatez y eficacia de la acción pública exigible en una pandemia y, la vigencia los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, puedan respaldar el planteamiento de este fallo.

Entonces, quedó claro una vez más que el desconcierto no se iba a arreglar con descargar la responsabilidad y eficacia de las medidas en el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, pues se seguía sometiendo su eficacia a una u otra justificación gubernamental de las medidas y la posterior interpretación de aquella en la fase judicial.

La disparidad de criterios continuaría siendo una aliada de la inseguridad jurídica y la falta de certeza, también en el asunto de la vacunación. Aunque, una vez más el Gobierno de la Nación no aprovechó el periodo de casi un año de margen que le confería la fase de experimentación de la vacuna para reformar la legislación sanitaria ordinaria presentando un proyecto de ley que modificara el marco básico de la legislación sanitaria ordinaria, anticipándose a la posible necesidad de que hubiese que haberla impuesto con

carácter obligatorio. Por ejemplo, en el caso de que no hubiese habido una aceptación popular de la vacuna tan alta como la que ha presentado España.<sup>7</sup>

Entonces, ¿cómo debió haberse procedido a la implantación de la vacunación obligatoria si el poder político, a quien correspondía tomar esa decisión, lo hubiese considerado oportuno?

En primer lugar, haremos referencia a cómo un país de nuestro entorno, Italia, ha plasmado la exigencia de vacunación obligatoria por vía del Decreto-Legge de 7 de enero de 2022.<sup>8</sup> Su exposición de motivos hace referencia a la Constitución Italiana, cuyo artículo 32 establece la protección de la salud no sólo como un derecho fundamental del individuo sino como un interés básico de la colectividad. El mismo precepto establece:

*“Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”*

Esta norma, impone la vacunación obligatoria para los mayores de 50 años o aquellos que los cumplan dentro del periodo comprendido entre su entrada en vigor y hasta el 15 de junio de 2022. Sin embargo, la única posibilidad para negarse a la vacunación obligatoria es la existencia de un peligro para la salud que venga a incrementar el peligro sobre la salud personal precisamente por la administración de la vacuna y que, en todo caso, debe justificarse a través de un certificado facultativo. En el ordenamiento italiano, como se había hecho antes con la imposición de la vacunación obligatoria para el ámbito laboral, parece haber cumplido mejor con las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*. Se quiso imponer así la vacunación obligatoria, atendiendo a aquellos ámbitos donde se entiende que el virus esta facultado de una mayor posibilidad para propagarse o en aquellas personas a las que el virus afecta, por lo general, en mayor medida.

Lo que ha respondido a las directrices generales contenidas en la Resolución n. 2361/2021 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 27 de enero. Que

---

<sup>7</sup> Actualmente, la vacunación en España contra la Covid-19 se ha administrado, mediante pauta completa, en un casi 90 por ciento de la población, como puede verse en la dirección web del diario El País, que se actualiza diariamente: <https://elpais.com/especiales/coronavirus-covid-19/asi-evolucionan-la-vacunacion-en-espana-y-en-el-mundo/>

<sup>8</sup> Gazzetta Ufficiale n. 4, de 7 de enero de 2022.

exige que para que la vacunación sea efectiva requiere de una implantación exitosa y de la aceptación suficiente del común de la población y, sin recomendar un carácter obligatorio o no respecto de esta medida sanitaria, asume que se debe “garantizar que nadie sea discriminado por no haber sido vacunados”, tanto por los posibles riesgos para la salud como por no querer vacunarse.

En suma, todo conduce a precisar que el uso adecuado del Derecho para imponer la vacunación obligatoria debía haber sido la adopción de una Ley Orgánica que adoptase o contemplase esta medida. La motivación ha de residir en que la salud pública debe priorizarse ante la libertad individual y justificando su proporcionalidad de acuerdo con los datos científico-técnicos de los que se disponga al momento de adoptar la norma con rango de ley, de tal forma que se entienda (en abstracto) que la infracción o el sacrificio de ciertos derechos que podrían estar implicados, como la libertad religiosa (art. 16 CE) están dirigidos a la protección general de la salud pública contra la Covid-19.<sup>9</sup>

#### **4. Conclusiones**

La exigencia del “pasaporte covid” para seguir participando de la vida social ha satisfecho un objetivo indirecto a modo de obligación de la vacunación, en tanto estímulo o impulso para compeler la voluntad de aquellos que no se hayan vacunado por iniciativa propia. En unas Comunidades Autónomas, se ha autorizado su implementación con aval judicial de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; en otras no y, en otras, que querían adoptarlo, finalmente, se entendió que la decisión no era conforme a Derecho.

Seguimos teniendo la misma situación en la pandemia, antes y después de la existencia de la vacuna contra la Covid-19 desde el punto de vista político y normativo, ya que la cuestión sigue generando toda una inseguridad jurídica. En primer lugar, porque el Estado parece haberse desprendido de su responsabilidad primordial de ser garante de los derechos fundamentales y libertades públicas al tiempo que reclama de las Comunidades Autónomas la no infracción de sus títulos competenciales.

---

<sup>9</sup> Téngase en cuenta que el sacrificio de estos derechos sería el mismo de tratarse de vacunas contra otras enfermedades pero aquí vendría mucho más justificado, por el riesgo colectivo que ha supuesto la Covid-19.



En una situación extraordinaria como la que hemos sufrido, lo más coherente desde el punto de vista del respeto a la Norma Fundamental es entender que la protección colectiva de la salud pública debe primar al interés liberal que puede suscitar el respeto de derechos como la libertad de pensamiento o la libertad religiosa. Sin embargo, considero importante que el blanco de ataque ha de identificarse en la enfermedad y no en la percepción individual que se tenga de esta: la cláusula “social” del Estado de Derecho no está dirigida a acabar con “libertades peligrosas” sino compensar, en el ejercicio de las libertades individuales o con su sacrificio, la protección de la salud pública.

Sirva esta comunicación para huir de un debate mediático e irreal. Se ha pretendido sentar las bases de cómo debía haberse actuado desde el Derecho, para plasmar adecuadamente decisiones políticas tan necesarias como faltas de un efecto vinculante. Lo que, si en España no han supuesto una gran amenaza, si lo están siendo en otros países de nuestro entorno, donde el negacionismo hace de Maquiavelo.

## Bibliografía citada:

---

<sup>I</sup> FEDERAL COURT OF AUSTRALIA: *Djokovic v Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs [2022] FCAFC*. Puede accederse a la versión completa (en inglés) de la resolución en: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0003>

<sup>II</sup> TOLLER, F.M., FERNÁNDEZ SANTANDER, A., D'ELIA, D. “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal: la armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de los derechos humanos*, 66-67, 2012, pp. 109-146.

<sup>III</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. “El certificado covid y la imposición indirecta de la vacunación”, *Diario La Ley*, n. 9981, Sección Tribuna, 2022.

<sup>IV</sup> “Una Ley Orgánica para obligar a vacunarse”, *El Correo*, 21-11-2021, p. 4.

<sup>V</sup> FERNÁNDEZ ACEBO, M.D. “Vacunas, salud pública y pandemia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 25, 221, p. 19.

<sup>VI</sup> CANAL, I. “¿Es necesaria la vacunación obligatoria para garantizar la bioseguridad frente al coronavirus SARS-Cov-2 (covid-19), o puede dar lugar a un delito de coacciones? En defensa de la libertad para rechazar la vacunación obligatoria por motivos religiosos”, *Revista de derecho y proceso penal*, n. 62, 2021, pp. 159-184.

<sup>VII</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, T. “El consentimiento para la vacuna COVID de las personas vulnerables”, *OTROSÍ: revista del Colegio de Abogados de Madrid*, n. 8, 2021, pp. 52-53.

<sup>VIII</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. “El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, de nuevo con problemas constitucionales”, *Diario La Ley*, n. 9741, 2020.

<sup>IX</sup> Diario de Sesiones del Senado núm. 37, de 13 de mayo de 2020, que recoge las palabras de la exvicepresidenta Carmen Calvo pronunciadas en la Sesión Constitucional de la cámara: [https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_C\\_14\\_37.PDF](https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_14_37.PDF)

<sup>X</sup> Vuelve la justicia del cadí”, por AGUSTÍN RUÍZ ROBLEDO, catedrático de Derecho Constitucional. *Diario de Sevilla* (08/06/2021): [https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Vuelve-justicia-cadi\\_0\\_1581441998.html](https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Vuelve-justicia-cadi_0_1581441998.html)