

Año 2021

Nº 22

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario



**C^y Parlamento
Constitución**

VACUNAS OBLIGATORIAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:
UNA IMPORTANTE DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO Y UNA MIRADA
A LOS PROBLEMAS DE VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19

COMPULSORY VACCINATIONS AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES:
AN IMPORTANT DECISION OF THE EUROPEAN COURT AND A LOOK
AT THE PROBLEMS OF VACCINATION AGAINST COVID-19

VACCINAZIONI OBBLIGATORIE E PRINCIPI COSTITUZIONALI:
UNA IMPORTANTE DECISIONE DELLA CORTE EDU ED UNO SGUARDO
AI PROBLEMI DELLA VACCINAZIONE ANTI COVID-19

Roberto Romboli¹

Recibido: 25-07-2021

Aceptado: 02-09-2021

¹ Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Pisa, Italia.

Introducción.

Con referencia al consentimiento informado, se ha realizado lo que podríamos llamar una verdadera “revolución copernicana”.

Hasta la mitad del siglo pasado el destino (y la salud) del paciente estaba totalmente en manos del personal médico, quien decidía que era lo mejor para él, en virtud de lo que podríamos llamar interés público (el interés, por ejemplo, del estado fascista era un sujeto físicamente capaz de realizar las tareas de un buen padre, un buen trabajador, un buen soldado).

El médico trabajaba en soledad y el paciente era solo un objeto.

A partir de entonces, se reconoce la necesidad del consentimiento del paciente. Sin embargo, en un principio, solo tenía la intención de autorizar la intervención del médico en su cuerpo, impidiendo que el médico fuese procesado por un delito de lesiones. Entonces, el consentimiento, se refería principalmente a una dimensión física.

Hoy en día el objeto de protección no es solo el aspecto físico, sino también la persona con sus creencias (por ejemplo, el caso de los testigos de Jehová y de la transfusión de sangre), y su dimensión cultural, la persona en el sentido moral, que también puede decidir sobre las formas, los tiempos y los modos del final de la propia existencia.

Esta evolución conduce a una nueva situación, no a la que se refiere al “poder” de disposición de su cuerpo (como si se tratara de algo y separado de la persona), sino a la “libertad” de autodeterminación respecto a los actos que pertenecen a su cuerpo.

La disposición del propio cuerpo se convierte en una forma de manifestar la propia personalidad, en una visión unitaria y no separada de la mente y el cuerpo.

Por lo tanto, el consentimiento se considera una elección “moral” que pertenece al paciente, y no una “técnica” que sólo podría pertenecer al médico. En esta decisión el espacio está expandido (para ambos), en gran medida como resultado de los continuos avances de la ciencia médica.

La evolución mencionada conduce a valorizar el principio de la autodeterminación de la persona (principio personalista), pero no debe suponer la transición

de una situación de soledad (la del médico) a otra situación de soledad (la de los enfermos). La solución adecuada es, de hecho, la colaboración entre el médico, el paciente y la familia.

En la reciente Carta de derechos fundamentales de la UE, el derecho a respetar el consentimiento informado se incluye en el capítulo dedicado a la “dignidad” de la persona humana.

El principio del consentimiento informado significa que el paciente debe recibir toda la información necesaria, antes del tratamiento, que le permitirá decidir con conciencia. Por este motivo, actualmente, antes de cualquier intervención es necesario firmar una declaración en ese sentido, con el fin de aliviar al personal médico de cualquier responsabilidad.

Particularmente delicada puede ser la decisión de informar al paciente sobre sus condiciones de salud reales, cuando esta información podría, a juicio del médico, poner en peligro la salud del paciente (al menos la salud mental).

¿Debe prevalecer la necesidad de informar o la de la salud del paciente?

En principio, creo que debe prevalecer la primera, para evitar una actitud paternalista y protectora hacia sujetos adultos, plenamente capaces de comprender y decidir, y así respetar la dignidad de la persona.

Para legitimar el tratamiento médico, junto al consentimiento, también es necesario que el mismo, según el conocimiento médico, mejore la salud del paciente. Si, por el contrario, se tiene la certeza de que el tratamiento es inútil o más aun, si es perjudicial, el consentimiento debe considerarse ilegítimo; además de la responsabilidad en la que incurren los médicos que lo apliquen.

I

El tema de los tratamientos médicos involucra problemas de carácter filosófico, ético, moral, religioso, si bien el presente trabajo tendrá como objeto únicamente los aspectos jurídicos y en particular los referidos al Derecho Constitucional.

Dentro del ámbito constitucional, el derecho más vinculado al tema que nos ocupa es el derecho a la salud, tanto en sentido físico como psicológico, y con referencia tanto al ámbito individual como al colectivo.

El art. 32 de la Constitución italiana se expresa de la siguiente manera: “la república protege la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la comunidad”.

Según una tesis, el derecho a la salud debe calificarse como un derecho-deber (la salud como derecho social), a realizarse incluso contra la voluntad del individuo, pudiendo así justificar cualquier tratamiento en nombre del bienestar social. La salud sería un valor no solo para el individuo, sino para toda la sociedad. Esta tesis enfatiza en particular el principio constitucional de la solidaridad.

Incluso reconociendo plenamente el valor y la importancia de la solidaridad económica, política y social, hoy prevalece absolutamente, una interpretación diferente del derecho a la salud.

Esta otra tesis pone el derecho a la salud en estrecha relación con el principio personalista, que sitúa en el centro la protección de la persona humana y su dignidad, y expresa el principio de autodeterminación del sujeto frente a los actos de disposición de su propio cuerpo .

Se habla de un “derecho a enfermarse, a no ser tratado o a dejarse morir “ . Esto se debe al carácter cerrado del catálogo de los deberes.

El principio personalista significa que el interés y la voluntad del individuo deben, por regla general, prevalecer sobre el interés de la comunidad.

El derecho a enfermarse claramente, no significa la voluntad de un sujeto de ir en busca de una enfermedad, o no ser tratado por pereza, indolencia u otro tipo de motivos. Con esta expresión nos referimos a la libertad de un sujeto para autodeterminarse con respecto a su propia salud, eligiendo entre los tratamientos recomendados y rechazando los considerados inaceptables. Por ello, el fenómeno no puede ser examinado de forma abstracta, sino que debe referirse al caso concreto y a las razones subyacentes a la elección.

La libertad de autodeterminación con respecto a los tratamientos sanitarios se ha expresada en los últimos años como la posibilidad de interrumpir los tratamientos, aun cuando dicha decisión pueda ocasionar la muerte. También supone la posibilidad de realizar declaraciones anticipadas, por si en un momento posterior el sujeto se encontrara en una situación de incapacidad y no pudiera expresarse de manera jurídicamente válida.

El mismo principio de autodeterminación se sitúa en el centro del debate sobre la legalización de la ayuda al suicidio, en referencia al caso en el que un tercero (médico, amigo o familiar) realiza una actividad ejecutiva, para que el paciente incapaz de hacerlo, pueda ser ayudado a cumplir su voluntad (por ejemplo, llevar al paciente en coche a una clínica suiza donde se practica la llamada muerte dulce).

Con respecto a las particulares técnicas de interpretación que se utilizarán en el análisis objeto de este trabajo, puede ser útil recordar al menos dos de ellas: a) la ponderación entre los diferentes derechos y valores constitucionales y b) la relación entre el derecho y la ciencia.

Respecto a la primera de ellas. Normalmente, cuando ejercemos un derecho, casi siempre tiene un impacto sobre otros derechos u otras posiciones protegidas constitucionalmente. En estos casos juega un papel fundamental las actividades de ponderación, a fin de identificar el punto de menor sacrificio o de mejor realización para todos los derechos involucrados.

En nuestro caso surge un aspecto problemático: la ponderación se puede ejercer en abstracto, sobre la base de los datos normativos, o de manera concreta, con especial referencia a las particularidades de cada caso.

No hay duda de que para el tema que nos ocupa debe prevalecer el segundo modo de llevar a cabo la ponderación; de hecho, el resultado de la ponderación puede ser diferente según el momento histórico en el que se lleve a cabo. Así, por ejemplo, el acto mismo de disponer del propio cuerpo, frente a los mismos principios constitucionales, podría ser entendido como un delito, o bien como un derecho (como sucedió, por ejemplo, con la interrupción voluntaria del embarazo).

Entonces, podríamos preguntarnos:

¿Cuáles son los sujetos más adecuados para practicar realmente la actividad de ponderación? ¿Quién está en las mejores condiciones para hacerlo? ¿El legislador estatal, el legislador regional, el juez constitucional, el juez ordinario, los mismos médicos sobre la base de las reglas establecidas en los códigos deontológicos?

Con referencia a estos últimos: ¿es posible que no se pueda ejercer un derecho fundamental porque los mismos médicos lo consideran contrario a sus reglas deontológicas?

Respecto a la segunda de ellas. La conexión entre el Derecho y los resultados obtenidos por la ciencia médica es evidente. Resultados que el legislador y los jueces deben tener en cuenta al regular una determinada materia o al interpretar esa disciplina.

De hecho, la razón de una ley está muy a menudo estrechamente relacionada con los resultados científicos obtenidos y los tiene en cuenta. Así, por ejemplo, en Italia hace unos años, se aprobó una ley que introdujo la obligación de algunas vacunas para los niños, sobre la base de los datos científicos que indicaban una posible nueva propagación del virus del sarampión, debido a la disminución de las vacunas, lo que provocó que bajara el umbral de la llamada inmunidad de grupo o de rebaño.

Una ley que contradice la evidencia de los resultados científicos sería una ley irrazonable y, por lo tanto, inconstitucional.

Esto afecta, incluso, a la técnica de interpretación de los mismos principios constitucionales.

Al referirse a estos, especialmente con respecto a las Cartas constitucionales aprobadas inmediatamente después de la segunda guerra mundial, es necesario proceder con gran precaución y esto por varias razones:

- a) a menudo nos encontramos con actos que eran absolutamente inconcebibles en el momento de aprobación de la Constitución, en razón a los resultados obtenidos por la ciencia médica.
Por este motivo, es totalmente desaconsejable, especialmente en este asunto, recurrir a la interpretación originalista que reconstruye la voluntad histórica del constituyente;
- b) la constante evolución de la ciencia médica, respecto a la cual el derecho no puede mantenerse actualizado;
- c) evolución de la conciencia común y del sentimiento común sobre estos temas;
- d) relatividad de algunos principios constitucionales (por ejemplo, vida, salud, libertad, solidaridad) que pueden usarse en un sentido y también en el sentido exactamente opuesto, y que pueden ser utilizados para apoyar una tesis, y de igual forma, la tesis opuesta.

Cuando hablamos de tratamiento médico, nos referimos a un acto realizado por un tercero (generalmente por personal médico) sobre el cuerpo de un paciente, con el fin de beneficiar la salud física o mental del mismo.

En los tratamientos médicos la regla general debe ser la voluntariedad, mientras que el carácter obligatorio debe considerarse la excepción. De ahí el papel central que juega el consentimiento del interesado, que siempre será necesario, incluso cuando se trate, por ejemplo, de una intervención quirúrgica que indudablemente está dirigida a mejorar la salud del paciente. Esta finalidad por sí sola no es suficiente para legitimar la intervención en mi cuerpo.

Los tratamientos médicos obligatorios son, como decíamos, una excepción a la regla, y por eso están previstas ciertas garantías para los derechos involucrados y particulares condiciones para su legitimidad. Por tanto, la obligatoriedad de un tratamiento puede verse como una última ratio, cuando otras soluciones menos impositivas han demostrado ser inadecuadas o ineficaces.

En primer lugar, conviene precisar que determinadas obligaciones impuestas a los ciudadanos no entran dentro de los tratamientos sanitarios obligatorios, por el hecho de que no pueden calificarse como tratamientos sanitarios. Me refiero a la obligación de llevar un casco para viajar en motocicletas, de abrocharse los cinturones de seguridad en los coches o la obligación de llevar las mascarillas. Supuestos que a menudo, de una forma totalmente inadecuada, han sido abordados como tratamientos médicos obligatorios, mientras que no están sujetos a los criterios y las condiciones relativas a los tratamientos sanitarios.

En el contexto de los tratamientos médicos obligatorios, el más conocido, y por tanto el más estudiado, es el de las vacunas obligatorias.

En el contexto europeo, las condiciones más habituales para legitimar la obligatoriedad de las vacunas son fundamentalmente tres:

- a) que el tratamiento sea requerido por ley (reserva de ley);
- b) que el tratamiento no sea en ningún caso contrario a la dignidad humana;
- c) que, en caso de lesión resultante de la vacunación, por el carácter incluso solidario del tratamiento, sea establecida una justa compensación.

Veamos algunos detalles más específicos con respecto a estas tres condiciones.

En cuanto a la reserva de ley, surge el problema de establecer si la reserva debe considerarse absoluta, en el sentido de excluir cualquier intervención regulatoria de fuentes del derecho de rango inferior a la ley, o relativa, en el sentido de permitir esta intervención infralegal. La posición dominante es en este segundo sentido, pero excluyendo que las fuentes secundarias puedan prever nuevas hipó-

tesis de vacunación; solo pueden contener elementos de especificación de hipótesis expresamente previstas por la ley.

Respecto a este asunto, surge un segundo problema, referido a la posibilidad de prever hipótesis de vacunación obligatoria mediante leyes regionales. La posición predominante es en el sentido de excluir esta posibilidad, en consideración a que se están afectando derechos humanos fundamentales, por lo que no podría aceptarse que solo los habitantes de una región estén sujetos a la obligación de vacunación y no los de otras regiones. La decisión de hacer obligatoria una vacuna incide en el principio de igualdad y debe derivar, como se mencionó, de la evaluación de datos científicos y requiere medidas necesariamente homogéneas para todo el territorio nacional.

Cuando hay situaciones excepcionales para una parte del país, la ley que exige la vacunación debe ser, igualmente, una ley estatal y no de carácter regional.

La experiencia reciente de la pandemia Covid-19 y el carácter global de la misma, ha provocado un tercer problema, esto es, se discute la posibilidad de una única disciplina a nivel supranacional.

En la situación actual parecería muy difícil el reconocer, por ejemplo, tal competencia a los órganos de la Unión Europea, mientras que creo que es posible reconocer un ámbito de intervención para los Tribunales supranacionales, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea .

Un cuarto problema se refiere a la posibilidad de derivar la obligación de vacunación de principios y reglas generales, o requerir que la obligación de cada vacunación esté contenida en una ley específica aprobada ad hoc.

En el primer sentido, se consideró posible basar una obligación de vacunación en la disposición general según la cual el empleador debe velar por la seguridad del lugar de trabajo o el deber del Estado de garantizar la salud e integridad física de los reclusos.

Creo que la solución constitucionalmente más correcta es en cambio la segunda, ya que es, como se mencionó, una excepción a la regla y una actividad de ponderación que debe llevarse a cabo no en abstracto, sino en concreto y, por lo tanto, con respecto a una hipótesis de vacunación específica.

En cuanto a que el tratamiento no puede ser contrario a la dignidad humana, lo cierto es que los contornos de la noción de dignidad son bastante genéricos, por lo que dejan un margen de interpretación al legislador y al Tribunal Constitucional.

La tesis más seguida es que debe tratarse de un tratamiento que tienda a proteger tanto la salud individual como la colectiva, ya que la presencia de uno solo de los dos fines no puede considerarse suficiente, ya que si va a proteger solo la salud individual, prevalece la libertad de autodeterminación, y si sólo protege la salud colectiva, no se puede imponer un sacrificio al individuo en nombre de un interés social.

Con respecto a la previsión de compensación, se asume que cada intervención de vacunación nunca tiene un riesgo cero. En el caso de daños resultantes de una vacunación impuesta por el Estado, éste debe considerarse obligado a otorgar, además de la indemnización por daños, también una justa compensación, ya que la vacunación también fue impuesta en beneficio de la salud colectiva.

En Italia, tras reconocer la necesidad de una compensación justa por las vacunaciones obligatorias, se reconoció también la misma compensación en el caso de las vacunas no obligatorias, pero fuertemente recomendadas por las autoridades públicas, a través de campañas de información específicas.

II

Como indicaba en el resumen inicial, dedicaré una parte de este trabajo a comentar la STEDH *Affaire Vavricka v. República Checa*, de 8 de abril de 2021.

La decisión, aunque no se refiere directamente a las vacunas contra Covid-19, sin embargo, es particularmente interesante y significativa, ya que permite reflexionar sobre las implicaciones que se derivan de cualquier decisión de los estados de imponer la obligatoriedad.

La regulación constitucional checa prevé que no se puede imponer ninguna obligación o restricciones en los derechos fundamentales, excepto mediante ley del Parlamento. El estado puede ser considerado responsable por las lesiones resultantes de la vacuna.

En este caso, los recurrentes habían impugnado la decisión de no admitir a sus hijos en el jardín de infancia, o la condena a una multa, por no vacunar a sus hi-

jos, ante los jueces administrativos y luego ante el Tribunal Constitucional. Invocaban el derecho a rechazar un tratamiento médico, sus convicciones religiosas y, oponiéndose a lo calificado como “experimentación irresponsable sobre la propia salud”, destacaban los efectos secundarios y potencialmente dañinos de la vacuna.

El Tribunal Constitucional declaró que la vacunación obligatoria debe ser considerada una limitación admisible del derecho fundamental a manifestar libremente las creencias religiosas, ya que es una medida necesaria en una sociedad democrática, para la protección de la seguridad pública, la salud y la libertad de los demás.

Sin embargo, esta restricción no debe significar una aplicación incondicional de la obligación de vacunación, sin tener en cuenta aspectos personales o los motivos de la denegación.

En concreto, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “el sujeto público que decide sobre el cumplimiento de la obligación de vacunación o sobre la sanción a imponer en caso de incumplimiento de la obligación, debe tener en cuenta las razones excepcionales que subyacen a la denegación de la vacunación. Si existen razones “excepcionales” para proteger la autonomía de la persona, a pesar de la presencia de un interés público contrario, hay que renunciar a imponer y sancionar”.

La decisión final del Tribunal Constitucional desestimó el recurso por ser manifiestamente infundado.

El tribunal de Estrasburgo citó la jurisprudencia constitucional comparada, del CC francés, del Tribunal Constitucional de Hungría, de Macedonia del Norte, de Italia, de la República de Moldavia, de Serbia, de Eslovaquia, de Eslovenia, del Reino Unido, que han abordado cuestiones de constitucionalidad relacionadas con la vacunación obligatoria, especialmente en menores.

Ninguno de estos Jueces constitucionales, nunca, ha declarado inconstitucional la ley que preveía la vacunación, pero siempre han desestimado las cuestiones de constitucionalidad planteadas, a través de diferentes motivaciones. El aspecto más común es la razón de proteger la salud pública y, en todo caso, la presencia de un interés general de la sociedad.

El Tribunal Europeo examina el problema sobre todo en el aspecto de la supuesta infracción del art. 8 CEDU, considerando si hubo incumplimiento de alguno de sus contenidos:

1) “ requerido por la ley” , que debe ser precisa para que los destinatarios de la obligación sepan como comportarse.

El Tribunal advierte que el término «ley» debe entenderse en su sentido «sustancial» y no «formal», especialmente como un derecho escrito, por lo tanto no solo legislativo, sino también como fuentes secundarias, de rango inferior a la ley.

Conclusión: la obligación en este caso está prevista por la ley.

2) Existencia de “una finalidad legítima”, el objetivo es proteger contra enfermedades que puedan crear un riesgo grave para la salud. Entonces el propósito es legítimo.

3) “necesidad en una sociedad democrática” y margen de apreciación .

Una medida es necesaria si tiene un fin legítimo y responde a una necesidad social “imperieux” (imperativa) y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificar la intervención son “pertinentes y suficientes”, así como “proporcionadas” a la finalidad que se persigue.

El Tribunal concluye que en tema de salud pública, en principio, se aplica el margen de apreciación de los estados individuales, ya que están en una mejor posición para evaluar las prioridades, el uso de los recursos disponibles y las necesidades reales de la sociedad.

En el caso específico del tratamiento médico obligatorio, la exigencia de vacunación ciertamente tendrá un impacto en los derechos fundamentales, pero esto se ve mitigado por el hecho de que la vacuna no se hace contra la voluntad del paciente, ya que no se piensa en el uso de la fuerza para obtener el resultado.

El Tribunal advierte que sobre la materia existe un consenso general, y también el apoyo de los organismos técnicos especializados, mientras que no existe un modelo único entre los países de la UE sobre los instrumentos mediante los cuales perseguir el resultado. En la República Checa, las autoridades médicas del país apoyaron firmemente la obligación de vacunación por los menores.

Podemos decir que estamos en presencia, no solo de una ‘circularidad’ en Europa de los contenidos de las decisiones de los Tribunales, como hemos dicho, sino también de los de la regulación, que muchas veces es coincidente.

A modo de ejemplo, la reciente legislación de Alemania (1-febrero-2020), que impuso la vacunación de menores contra el sarampión, bajo pena de multa de hasta 2500 euros, o la francesa (ley de 2017), que prevé vacunas pediátricas obligatorias, cuyo incumplimiento determina la imposibilidad de acceder a los servicios educativos y al sistema escolar.

La medida de la vacunación obligatoria debe entonces entenderse bajo el aspecto de la solidaridad social, con el objetivo de proteger la salud de todos, en particular de las personas especialmente vulnerables ante determinadas enfermedades, frente a cuyo objetivo al resto de la población se le pide que asuma un riesgo mínimo al vacunarse.

4) Razones pertinentes y suficientes.

Existe un consenso general entre los estados a favor del objetivo de lograr el nivel más alto posible de cobertura de vacunación.

Aunque el modelo de vacunación obligatoria no es el único, su elección está dentro del margen de apreciación estatal.

5) Criterio de proporcionalidad.

Si bien el Estado puede legítimamente decidir sobre la vacunación obligatoria, no es posible imponerla por la fuerza, sino con sanciones que funcionan como un método indirecto para hacer cumplir la obligación.

En el caso específico la sanción ha sido muy utilizada, en lo que respecta a la no admisión en las guarderías, se trata de una medida más bien preventiva que de castigo, y limitada en el tiempo (de hecho, no se aplica a la enseñanza obligatoria, sólo en guarderías) y la sanción administrativa es aplicable solo una vez.

Conclusiones

La pregunta no es si hubiera sido posible otra política menos prescriptiva. Se trata más bien de evaluar si, al sopesar todos los intereses en juego, las autoridades checas se han mantenido dentro del margen de apreciación que les fue reconocido.

Según la Corte, las autoridades se han mantenido dentro de estos márgenes, por lo que no ha habido violación del art. 8 del Convenio.

Sobre el art. 9 CEDU (libertad de pensamiento, religión, etc.), lo que entra en juego no es la libertad religiosa, sino la libertad de conciencia y de pensamiento.

El Tribunal recuerda lo que ya expresó respecto a la objeción de conciencia al servicio militar y para el caso Pretty (ayuda al suicidio).

El solicitante se refirió a motivos relacionados con su salud individual y la baja fiabilidad de la vacuna.

La Corte considera que estas declaraciones genéricas no tienen la suficiente fuerza, seriedad, coherencia e importancia para justificar la aplicación de las garantías a que se refiere el art. 9 CEDU.

III

Veamos ahora los problemas que han surgido en el examen de los principios constitucionales sobre vacunación y en la sentencia del Tribunal Europeo, con la mirada puesta en la situación que se ha presentado tras la pandemia de Covid 19.

Los temas se refieren en particular a:

- a) los destinatarios de la obligación de vacunación.
- b) las sanciones en caso de incumplimiento de la obligación.
- c) la negativa a vacunarse como expresión de libertad de conciencia.
- d) la vacunación no como obligación, sino como derecho.

En primer lugar, una premisa, con referencia al período pandémico aún en curso. En algunos países, como España, la Constitución prevé expresamente una situación de excepción, a distintos niveles, en la que los derechos están sujetos a una limitación, en otros países, como Italia, no se prevé ninguna situación excepcional y por tanto los derechos fundamentales pueden ser restringidos solo a través de las formas establecidas normalmente en la Constitución. Por ejemplo, la Constitución italiana establece que la libertad de circulación o la libertad de reunión puede ser limitada por ley y por razones de salud o seguridad pública.

Incluso la relación entre el derecho y los resultados de la ciencia, a la que me he referido unos párrafos más arriba, ha sido sumamente evidente en los últimos

meses: nuestra vida (y nuestros derechos) han estado condicionados por comunicaciones oficiales de las autoridades sanitarias relacionadas con el estado de propagación del virus.

Hay quien opina que las opciones políticas casi quedaron anuladas, teniendo que ceñirse a estas informaciones científicas y sanitarias.

Quizás esta última afirmación es excesiva, precisamente porque, en cualquier caso, nunca se puede excluir la necesidad de una ponderación entre los diversos derechos e intereses en juego. Entonces, para la ciencia médica, la mejor y más eficaz solución contra la propagación del virus puede ser que permanezcamos todos encerrados en nuestras casas. Es, sin embargo, la política la que debe ponderar esta necesidad (sin duda importante) con otras también importantes, como las necesidades de salud (apertura de los hospitales), la industria de la alimentación (producción y distribución) y la economía nacional, para evitar que, una vez liberados de la obligación de permanecer en casa, nos encontramos con un país destruido por otras razones.

De momento, la mayoría de países europeos no han aprobado una ley que imponga la obligación general de vacunar contra el virus Covid-19. En consecuencia, en ausencia de una ley, nadie puede ser obligado a vacunarse, ya que si existe el derecho, como sabemos, a no someterse a un tratamiento médico específico, no se puede negar ciertamente el derecho a correr el riesgo de enfermarse, incluso de una enfermedad grave.

En cuanto a los destinatarios de la obligación de vacunación, podemos distinguir según si la obligación es general y afecta a toda la población, o si se dirige únicamente a una categoría específica, más o menos amplia, de personas.

Quisiera plantear algunos problemas para el primer caso. Una vacunación generalizada sin duda podría ser razonable, si el propósito es bloquear la propagación de un virus contagioso con resultados mortales, como el covid-19, pero:

- ¿podría considerarse una medida “proporcionada”? Algunos han cuestionado esto, debido a las muchas incertidumbres sobre la eficacia y los efectos secundarios de la vacuna (por ejemplo, de AstraZeneca).
- Ante una obligación generalizada, ¿existen herramientas realmente eficaces para hacerla cumplir?
- ¿Se podría pensar en la intervención de los Tribunales supranacionales para imponer a los estados la aprobación de una ley que obligara a la vacunación anti Covid-19?

En cuanto a una vacunación más concreta, con mayor frecuencia se han previsto hipótesis de obligación de vacunación solo para algunas categorías específicas de personas, una de ellas es precisamente la que es objeto de la decisión del Tribunal Europeo que hemos examinado, a saber, la de los menores, en cuyo caso, como recordó el Tribunal, el interés superior del menor juega un papel central.

También en estos casos se plantean una serie de problemas:

- ¿Cuál es la edad a tener en cuenta: la mayoría de edad o la capacidad de comprender y querer?
- En caso de incapacidad, ¿quién debe tomar las decisiones (y posiblemente sufrir las sanciones)?
- Si los padres están en contra, ¿puede el juez intervenir y ordenar la vacunación en interés de la salud del menor (y también de la comunidad)?
- Si los padres están uno a favor y el otro en contra: ¿debe intervenir el juez?

En Italia, la Constitución establece el derecho y el deber de los padres de mantener y educar a sus hijos y, sobre esta base, un juez administrativo sostuvo recientemente que un padre no puede limitarse a rechazar la vacuna, sino que debe indicar las razones específicas que, en ese caso, hacen que la vacuna no se recomiende, además deberá acreditarlo y aportar las pruebas oportunas.

Para las personas mayores de edad, pero incapaces de adoptar una decisión actual, su voluntad debe expresarse a través de representantes.

Cabe preguntarse si en este caso se puede hacer referencia a la voluntad expresada por el sujeto cuando se encontraba en plena capacidad mental y, si es posible, como ocurre con las decisiones de final de vida, poder expresar de antemano su voluntad que será vinculante para los médicos.

Una categoría diferente de la que se ha hablado mucho, precisamente en relación a la emergencia sanitaria por Coronavirus, es la del personal médico y paramédico.

Esto en consideración a la actividad que desarrollan, institucionalmente orientada a garantizar la salud de los ciudadanos, del inevitable contacto con los portadores del virus y, por tanto, del riesgo de su propagación.

En Italia, también a raíz de algunos hechos muy mediáticos, relacionados con la propagación del virus en residencias de ancianos, por parte del personal que se

había negado a ser vacunado , se aprobó el decreto ley 44/2021, de 1 de abril, con el que se estableció la obligación de la vacunación.

Este decreto ley establece, entre otras cosas, la obligación de vacunación anti-Covid para esta categoría particular de trabajadores.

El propósito previsto en el decreto, es proteger la salud pública y mantener las adecuadas condiciones de seguridad en la prestación de servicios de atención y asistencia.

Los sujetos destinatarios de la norma son los médicos y los trabajadores sanitarios que desarrollan su actividad en infraestructuras sanitarias, sociales, públicas o privadas, en farmacias, parafarmacias y despachos profesionales.

Por tanto, la vacunación se considera un requisito imprescindible para el ejercicio de la profesión y para el desempeño del trabajo realizado por los sujetos obligados. El motivo de exención es que hubiese un peligro comprobado para la salud del personal en relación con condiciones clínicas específicamente documentadas.

La sanción es la suspensión del derecho a realizar servicios o tareas que impliquen contactos interpersonales o que supongan un riesgo en la propagación del virus. El trabajador puede ser asignado, cuando sea posible, a tareas menores o, cuando no sea posible, suspendido de empleo y sueldo.

También en este caso el decreto plantea diversos problemas:

- ¿Podría extenderse por analogía la disciplina prevista para los médicos a otras actividades laborales que se consideran capaces de propagar el virus, por ejemplo, los profesores?
- ¿Puede existir un problema de constitucionalidad, en términos de trato desigual, con respecto a otros trabajadores que plantean problemas similares o mayores para la propagación del virus?
- Cualquier que sea el juicio sobre la disciplina contenida en el decreto, creo que podemos coincidir en que la disposición explícita, por un lado, confirma que una vacuna solo puede imponerse mediante una ley específica, por otro, representa un elemento de seguridad jurídica, estableciendo una disciplina puntual que indica las condiciones específicas y evita que el intérprete las deduzca de una ley expresada en términos generales

En lo que respecta a las sanciones , una primera decisión sería la de prever la

obligatoriedad de la vacuna o simplemente recomendar que los ciudadanos se vacunen, para proteger su propia salud y la de los demás.

La mayoría de los estados han optado por la recomendación, ante la situación actual de pandemia por Coronavirus; también como consecuencia de que el número de vacunas disponibles es muy inferior al de la población a vacunar.

La elección entre obligación o recomendación solo la puede tomar el legislador, incluso si la elección debe ser razonable, en el sentido del que hemos estado hablando.

En Italia, el Comité Nacional de Bioética en 2020 expresó una recomendación doble: a) nadie debe someterse obligatoriamente a un tratamiento de salud; debe prevalecer el consentimiento;

b) cuando no haya sentido de responsabilidad individual y las condiciones socio-sanitarias así lo requieran, no debe excluirse la posibilidad de una obligación de vacunación, especialmente, para grupos profesionales en riesgo de transmisión del virus y, en todo caso, solo por el tiempo en que exista un peligro significativo para la comunidad.

En muchos casos, en lugar de una obligación, en realidad se concibe como una carga. La falta de vacunación excluye, por tanto, del disfrute de determinados servicios (como en el caso de la sentencia que impide poder ser usuario de la guardería).

Es evidente que la distinción entre obligación y carga es en realidad muy sutil y depende en gran medida de la importancia, a nivel subjetivo y objetivo, del servicio o utilidad que se excluye en caso de falta de vacunación.

Puede ser que en algunos casos la sanción (por ejemplo, una pequeña sanción económica) sea menos gravosa que la carga (una vacuna necesaria para acceder al trabajo).

Hablando de cargas, pensemos en los pasaportes sanitarios para viajar, el acceso a clubes o asociaciones, el uso del avión para viajar, participar en eventos deportivos o culturales. ¿Son limitaciones legítimas o supuestos de discriminación?

En el caso de una obligación, es necesario prever una sanción para el caso de incumplimiento.

La protección de la dignidad de la persona excluye que el tratamiento pueda ser impuesto por la fuerza (sería claramente inconstitucional), por lo que las sanciones podrían ser más graves (por ejemplo de carácter penal) o menos graves (por ejemplo de carácter administrativo).

En este sentido, un tema muy discutido es el relativo a la posible imposición de la obligación de vacunación como condición de acceso a determinados tipos de trabajo.

¿Es posible establecer esta obligación en los contratos laborales?

¿Se podría obligar a los trabajadores a vacunarse contra la gripe para reducir las bajas laborales?

La respuesta podría ser SÍ: el trabajo siempre significa una limitación de la propia libertad (por ejemplo, el tiempo pasado en el lugar de trabajo).

Aunque la respuesta también podría ser NO: la autonomía contractual encuentra límites en la protección de valores y principios que son expresión de derechos fundamentales y la ley (no el contrato de trabajo) es fundamental para establecer un deber para un ciudadano.

Veamos ahora el rechazo a la vacunación por motivos de conciencia.

En este sentido, son necesarias algunas distinciones:

a) Adulto plenamente capaz:

- 1) si no hay ley, como se mencionó, tiene derecho a rechazar la vacuna, incluso sin ningún motivo;
- 2) si existe una ley, debe respetarla, a menos que pueda demostrar que se encuentra en alguna de las condiciones de exención previstas por la misma ley
- 3) si existe una ley, ¿debe prever la objeción de conciencia?

¿Es posible rechazar la vacuna solo porque se cuestiona su validez científica o sobre la base de los supuestos riesgos?

Si una ley ha seguido los resultados alcanzados por la ciencia médica absolutamente predominante, ¿es posible que el individuo la cuestione y no la respete?

Por ejemplo, el límite de velocidad para coches se establece sobre la base del peligro comprobado de tráfico por encima de esa velocidad. ¿Pue-

do no respetar los límites de velocidad solo porque creo que conducir por encima de esa velocidad no es peligroso?

b) Menores: ¿los padres pueden negarse?

Se vuelve a plantear el problema examinado, *mutatis mutandis*, respecto a la prohibición de transfusión de sangre por parte de los padres Testigos de Jehová hacia los menores

c) Personal médico ante una ley (como la italiana) que les obligue a vacunarse. ¿Es posible que un médico continúe desarrollando su delicada actividad si se opone a lo que afirma la ciencia médica?

¿Podría un sacerdote católico seguir desempeñando sus funciones si declara abiertamente que no cree en Dios?

d) Labor del personal médico: ¿puede, por razones de conciencia o por no compartir los resultados de la ciencia médica, negarse a administrar la vacuna a quien la solicita?

¿Es concebible una objeción de conciencia como en el caso del aborto?

¿Sería concebible para un médico que, como testigo de Jehová, se negara a dar a un paciente una transfusión de sangre, provocando su muerte?

¿Sería concebible que un médico, ante una ley que reconoce a los pacientes el derecho a interrumpir un tratamiento vital o alguna forma de eutanasia, se niegue a realizarlo por motivos de conciencia?

Para concluir, quisiera referirme a un último aspecto, a la vacunación no como obligación, sino como derecho. Este aspecto del problema es consecuencia de que el número de vacunas disponibles es inferior al necesario para poder vacunar a todos, de ahí la necesidad de priorizar.

Dicha elección es una de las que se han definido como “elecciones trágicas”, ya que anticipar o posponer la fecha de vacunación puede significar la pérdida de la vida de muchas personas, especialmente los ancianos y los enfermos. Algo similar ocurrió cuando tuvo que decidirse qué personas se sometían a cuidados intensivos, cuando el número de personas necesitadas era superior a las plazas disponibles.

Pero, ¿quién establece las prioridades? ¿Sobre la base de qué criterios? ¿A través de qué tipo de actos?

En cuanto al poder de decidir, en muchos casos hemos visto un conflicto entre el Estado central y las regiones. Por ejemplo, en Italia, la región de Campania

sintió que debía atribuir una gran importancia al turismo y decidió convertir algunas islas famosas en “lugares libres de covid”, como Capri o Ischia.

Creo que la elección debería ser solo estatal, con criterios uniformes para todo el territorio nacional.

En Italia, por ejemplo, se ha dado prioridad a determinadas categorías, como los médicos y paramédicos, los cuerpos policiales y los profesores. Esta priorización provocó que por ejemplo, el personal administrativo de las universidades (incluso los jóvenes en la treintena) fueran vacunados antes de personas de ochenta años.

Finalmente, en cuanto al acto con el que establecer prioridades, creo que la mejor solución es la de un plan nacional, en el que las opciones se basen en fundamentos científicos y se apruebe mediante ley (y no un acto del ministerio de Salud), con el fin de respetar el principio democrático de discusión pública y asumiéndose la responsabilidad, ya que la elección afecta los derechos fundamentales de la persona.

RESUMEN

El trabajo analiza los principios constitucionales en materia de vacunación obligatoria, con especial atención al derecho a la salud y la libertad de autodeterminación en la elección de los tratamientos sanitarios a realizar. Por tanto, se destacan los problemas relacionados con las técnicas interpretativas que pueden utilizarse y las relaciones que surgen entre los resultados de la ciencia y las opciones políticas del legislador.

En consecuencia, se dedica un comentario específico a la reciente sentencia del TEDH sobre el asunto *Vavricka c. República Checa*, de 8 de abril de 2021, que se expresó por primera vez específicamente sobre el cumplimiento del art. 8 CEDH de la obligación de vacunación infantil prevista por la legislación checa, afirmando principios que pueden considerarse de interés que van más allá del caso resuelto.

En un intento de aplicar los principios analizados a los eventos relacionados con la pandemia provocada por el Covid-19, se abordan los siguientes temas: a) los destinatarios de la obligación de vacunación; b) las sanciones en caso de incumplimiento de la obligación; c) la negativa a vacunarse como expresión de la libertad de conciencia; d) la vacunación no como obligación, sino como derecho.

ABSTRACT

The paper analyzes the constitutional principles on the subject of compulsory vaccinations, with particular regard to the right to health and the freedom of self-determination regarding the choice of health treatments to undergo. The problems connected to the interpretative techniques that can be used and the relationships that arise between the results of scientific research and the political choices of the legislator are therefore highlighted.

A specific comment is therefore dedicated to the recent judgment of the Edu Court, Case of *Vavricka v. República Checa*, 8 April 2021, which expressed itself for the first time on compliance specifically with art. 8 ECHR of the obligation of childhood vaccination provided for by Czech legislation, affirming principles that can be considered of interest that goes beyond the case decided.

In an attempt to apply the principles analyzed to the events relating to the Covid-19 pandemic, the following issues are addressed: a) the recipients of the vaccination obligation; b) sanctions in the event of non-compliance with the

obligation; c) refusal to vaccinate as an expression of freedom of conscience; d) vaccination not as an obligation, but as a right.

SINTESIS

Lo scritto analizza i principi costituzionali in tema di vaccinazioni obbligatorie, con particolare riguardo al diritto alla salute ed alla libertà di autodeterminazione in ordine alla scelta dei trattamenti sanitari cui sottoporsi. Sono quindi evidenziati i problemi connessi alle tecniche interpretative utilizzabili ed ai rapporti che si pongono tra i risultati della ricerca scientifica e le scelte politiche del legislatore.

Un commento specifico viene quindi dedicato alla recente sentenza della Corte Edu che si è espressa per la prima volta circa la conformità specificamente all'art. 8 Cedu dell'obbligo di vaccinazione infantile previsto dalla legislazione ceca, affermando principi che possano ritenersi di interesse che va oltre il caso deciso.

Nel tentativo di applicare i principi analizzati alle vicende relative alla pandemia da Covid-19 vengono affrontati i seguenti temi: a) i destinatari dell'obbligo di vaccinazione; b) le sanzioni nel caso di inosservanza dell'obbligo; c) il rifiuto di vaccinarsi come espressione di libertà di coscienza; d) la vaccinazione non come obbligo, ma come diritto.

PALABRAS CLAVE

Constitución-Salud-Tratamientos sanitarios - Obligación de vacunación - Covid-19.

KEY WORDS

Constitution - Health - medical treatment - compulsory vaccination - Covid-19.

PAROLE CHIAVE

Costituzione-Salute-Trattamenti sanitari - Obbligo di vaccinazione - Covid-19.