

EL DERECHO A LA SALUD Y LA VACUNACIÓN EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO

THE RIGHT TO HEALTH AND VACCINATION IN SPAIN AND IN COMPARATIVE LAW

César Tolosa Tribiño
Magistrado

Antes de iniciar mi intervención, me van a permitir que exprese públicamente a esta Real Academia y en especial a su Presidente mi agradecimiento por su amable invitación para intervenir en este acto de clausura del Curso Académico de la misma.

Constituye para mí, como jurista, un inmenso honor poder dirigirme a todos Vds., máxime desde la tribuna de una institución de tanto prestigio y tradición como esta Real Academia. Es por tanto una enorme satisfacción poder dictar esta conferencia, al tiempo que una gran responsabilidad que espero solventar de conformidad con la dignidad que la Institución y sus académicos merecen.

Daré comienzo a mi intervención con una breve, pero necesaria reflexión acerca del entendimiento y aplicación que tradicionalmente ha existido en nuestro país sobre del derecho a la salud consagrado en el art. 43 del texto Constitucional.

A mi juicio de una lectura atenta del citado precepto, puede desprenderse que el contenido de la protección a la salud tiene en el texto constitucional una doble dimensión individual y colectiva.

La primera abarca el conjunto de acciones dirigidas a tutelar la salud que se traduce en un derecho de contenido esencialmente prestacional, esto es se concreta en el derecho de los ciudadanos a recibir una adecuada asistencia sanitaria.

Frente a la dimensión individual, la que más atención ha recibido a mi juicio por parte de los poderes públicos ante la presión ciudadana, aparece, la dimensión colectiva de la salud pública, cuya competencia corresponde a esos mismos poderes a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios para su preservación.

En este caso, la posición del ciudadano se altera, por cuanto ya no será sólo objeto de derechos frente a la Administración, sino que el propio texto constitucional, emplaza a la ley a establecer "los derechos y deberes de todos al respecto".

En definitiva, la salud pública presenta, desde la teoría de los derechos fundamentales, una doble dimensión (derecho-deber) que la dota de una naturaleza singular, esto es, los ciudadanos tenemos el derecho a la pro-

tección de nuestra salud a través de las actuaciones de vigilancia, promoción y prevención, pero al mismo tiempo seríamos también destinatarios del deber legal de someternos a dichas medidas para la debida protección de la salud pública como interés colectivo.

Desde tal entendimiento, habríamos de concluir que, un modelo de salud pública, desde una perspectiva constitucional, habría de venir fundamentado, desde un punto de vista estrictamente legal, en una relación proporcional entre la libertad de los ciudadanos y los intereses colectivos.

Sin embargo, ha de reconocerse que el test de constitucionalidad de los tratamientos médicos, se ha realizado en España, tanto desde la perspectiva de la legislación ordinaria, como desde la doctrina constitucional, tomando en consideración la dimensión individual del derecho a la salud, de forma tal que el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre la colisión del derecho a la salud con otros derechos de contenido claramente individual, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad personal o el derecho a la intimidad, encontrando escasos supuestos en los que lo relevante haya sido el ámbito o eficacia colectiva de la medida de cuya constitucionalidad se dudaba.

El Tribunal Constitucional ha consolidado su doctrina de que el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física, que no solo se vulnera por conductas perjudiciales para el organismo, sino por actuaciones que, aún dirigidas a restaurar o mejorar su salud, supongan una intromisión no consentida en la esfera corporal del afectado.

En definitiva, la pura y simple negativa del individuo a someterse a tratamientos libremente manifestada, tiene acomodo en el contenido normativo del art. 15 CE, independientemente de las razones o motivos esgrimidos para ello. Como señala el fundamento jurídico 8 de la sentencia 120/1990 «este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional».

Autor para la correspondencia

César Tolosa Tribiño
Real Academia Nacional de Medicina de España
C/ Arrieta, 12 · 28013 Madrid
Tlf.: +34 91 159 47 34 | E-Mail: secretaria@ranm.es

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, descarta que el tratamiento médico obligatorio produzca una vulneración del derecho a la libertad, pues la libertad personal protegida por la Constitución no cubre una libertad general de autodeterminación individual.

También nuestra legislación es tributaria de dicha filosofía, pudiendo citar el derecho del paciente a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados por la Ley, y, esencialmente, la previsión contenida en el art. 5.2 de la Ley General de Salud Pública, que en aplicación de una clara apuesta por el principio de autonomía y autodeterminación del paciente, señala que “Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.”

No obstante, existen otras muchas normas de desarrollo de este derecho que permiten sostener la posición contraria. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, consagra en su artículo 3.1, como principio general del sistema, la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades y en su artículo 8 considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica. Tal previsión se completa con lo dispuesto por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 11 recoge las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica, la protección de la salud, la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades, o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud.

Consecuentemente en la actualidad esta perspectiva individual se ha traducido en una idealización de la autonomía del paciente como manifestación del derecho fundamental a la libertad personal y a la integridad físicas, posturas que además resultan socialmente más atractivas que las de recordar las cargas y responsabilidades que el ejercicio de cualquier derecho conlleva o la referencia a los límites en el ejercicio de los mismos.

De esta forma el principio de la autonomía de la voluntad del paciente se ha convertido en un auténtico paradigma que impregna la legislación sanitaria.

Así, puede comprobarse que mientras la legislación estatal y autonómica reconocen a favor de los pacientes un muy numeroso grupo de derechos derivados de la autonomía de la voluntad (derechos que, correlativamente, constituyen obligaciones a los profesionales y servicios sanitarios), impone a los usuarios de servicios sanitarios una mínimas obligaciones explícitas como el deber de facilitar datos veraces sobre su salud y colaborar en su obtención, el deber de hacer un uso responsable de los recursos sanitarios o el deber de cumplir las prescripciones sanitarias tanto generales como particulares, en un sistema que denota una clara descompensación entre derechos y obligaciones de los usuarios del sistema de salud.

En conclusión, mientras las normas jurídicas que garantizan la autonomía del paciente se expresan y exteriorizan de forma clara y contundente en nuestro ordenamiento jurídico, los límites a la misma deben ser rescatados de entre el conjunto de la normativa sanitaria, al no haber sido objeto de una atención individualizada del legislador.

Conviene no obstante realizar un esfuerzo indagatorio para, de forma necesariamente sintética, señalar y enumerar, algunos de los límites que a la autonomía de la voluntad del paciente, que se extraen del conjunto normativo que regula la asistencia sanitaria en España.

Dentro de dichos límites, debemos destacar los siguientes:

1. La autonomía del paciente no ampara pretensiones de pacientes o usuarios contrarias al ordenamiento jurídico.

En efecto, es incontrovertido que la voluntad del paciente no puede imponerse a las limitaciones que se derivan del propio ordenamiento jurídico y se concretan en normas de orden público contenidas en preceptos penales que tipifican tales conductas como delitos o faltas.

2. La protección de la vida como valor de orden público.

La protección de la vida y la integridad física lleva al legislador a prescindir del consentimiento previo a cualquier intervención sobre la salud de la persona en los casos de urgencia vital que impliquen riesgo inmediato y grave para la salud del paciente cuando no sea posible conseguir su autorización, consultando, siempre que las circunstancias del caso lo permitan, a sus familiares o allegados (art. 9.2 de la Ley 41/2002).

En este aspecto, las sentencias 120/1990, de 27 de junio y la 137/1990 de 19 de julio, son claras cuando afirman que “la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

3. La cartera de servicios como límite a la autonomía del paciente.

El artículo 2.3 de la ley 41/2002 señala, específicamente, uno de los límites: “*El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.*”

4. La objeción de conciencia.

Se trata de situaciones en las que el límite a la autonomía del paciente surge de la negativa de los profesionales sanitarios a llevar a cabo un procedimiento, y esa negativa no tiene una base ideológica (como en la objeción de conciencia), sino técnica o científica, hablándose entonces de “objeción de ciencia”.

Si bien es cierto que los profesionales sanitarios tienen la obligación de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, no es menos cierto que ese deber se encuentra matizado por una serie de condicionantes legales.

En primer término, la atención sanitaria ha de ser acorde con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento (art. 5.1 de la LOPS, segundo inciso). Por otro lado, los profesionales sanitarios tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos (art. 5.1 LOPS) y finalmente, la autonomía científica y técnica que el art. 4.7 de la LOPS reconoce a los profesionales sanitarios determina que los facultativos deban emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance.

Sentadas estas consideraciones generales, estamos en disposición de entrar a valorar, desde un punto de vista jurídico el debate sobre la vacunación en España, un debate que no se plantea en términos científicos de balance positivo en la comparación riesgos/beneficios para la salud, sino desde la perspectiva jurídica de la opción entre voluntariedad y obligatoriedad en la vacunación pasando por opciones intermedias.

En el interesante y muy fundado documento del Comité de Bioética, titulado “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, pese a posicionarse claramente a favor de medidas informativas e incentivadoras, frente a medidas claramente coercitivas como la vacunación obligatoria, se apuesta por articular jurídicamente un sistema completo de medidas en nuestro ordenamiento de manera que el recurso a cada una de ellas, atendiendo a su nivel de afectación de la libertad individual, debería hacerse de manera proporcional, según las circunstancias que concurran en cada caso.

A este respecto, se considera en el citado documento que “la ausencia de una norma que permita promover una medida pública de vacunación obligatoria fuera del supuesto concreto de epidemia, se muestra, *prima facie*, como un déficit de nuestro sistema jurídico.”

En efecto, con independencia de lo establecido con escasa repercusión real y efectiva en la todavía vigente Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 y de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, norma, que permite adoptar medidas excepcionales en supuestos de “Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.”, la única norma que es citada cuando de vacunación obligatoria se trata es la Ley 3/1986 de Medidas especiales en materia de Salud Pública.

Del contenido de la Ley, podemos obtener la conclusión de que resulta legalmente posible desplazar el

principio de voluntariedad en la vacunación, en todos aquellos supuestos en los que las autoridades sanitarias consideren que existen “razones sanitarias de urgente necesidad”, “se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población” o se trate de “controlar las enfermedades transmisibles”. En definitiva, en tales supuestos se habilita a que por la Administración sanitaria se adopten las “medidas estrictamente necesarias” o las medidas oportunas” y más concretamente las de “reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control”, todas ellas, como puede observarse adolecen de una gran indeterminación.

El problema de esta Ley es que nos sirve exclusivamente para dar respuesta al problema de la obligatoriedad de la vacunación, sólo en los supuestos de riesgo colectivo, no para las situaciones de riesgo individual, y ni siquiera en todos los casos.

Según una opinión mayoritaria y partidaria de dotar de una interpretación restrictiva a la aplicación de dicha norma, tendría que distinguirse entre los supuestos de vacunación obligatoria por presencia de una epidemia, es decir, de un riesgo concreto para la salud pública, de los supuestos en los que la vacuna se precisa para evitar, precisamente, el riesgo potencial de epidemia. De tal manera que se defiende que, sólo podría adoptarse una medida de vacunación obligatoria cuando concurra el supuesto habilitante de la epidemia, pero no los supuestos más indeterminados de urgencia o necesidad sanitaria.

No obstante, en las escasas ocasiones que nuestros Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, la perspectiva ha sido claramente diferente. Así la STSJ Andalucía (Granada) de veintidós de julio de dos mil trece, tras referirse al contenido del art. 43 de la CE, concluye que “fácilmente se comprende que la exigencia de vacunación de la población infantil forma parte de las medidas preventivas a las que se refiere la Norma Suprema porque con ello se está dando respuesta cabal por la Administración al derecho constitucional a la protección de la salud”.

Añade la sentencia que: “la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general”.

Siendo esta la situación en nuestro derecho, situación que parece tiende a perpetuarse a la luz de los nuevos desarrollos legislativos, como por ejemplo el anteproyecto de Ley de Salud Pública de Madrid que establece en su art. 30 que “Las vacunaciones incluidas en el Calendario tendrán carácter universal y gratuito y serán voluntarias, salvo indicación expresa de la autoridad sanitaria ante situaciones de epidemia u otras que recomienden la obligatoriedad de dichas vacunaciones”, las respuestas que las políticas públicas y el derecho ofrecen en relación a la promoción de la vacunación de la población son de diferente naturaleza.

Atendiendo a los diferentes modelos y experiencias de Derecho comparado, pueden resumirse tales medidas en las siguientes:

1. Medidas basadas esencialmente en la educación e información a la población acerca de los beneficios de las vacunas. Entre dichas medidas deberían potenciarse aquellas que permitan concienciar a la población acerca de la no desaparición de determinadas enfermedades que se evitan precisamente con la vacunación.
2. Medidas basadas en incentivos, respecto de las que encontramos ejemplos en algunos países, como en el caso de Australia en el que los padres que aceptan vacunar a sus hijos reciben incentivos económicos, bien directamente o indirectamente a través de las reducciones en la carga fiscal (*Family Assistance Act*, 1999). Dichas medidas permitieron pasar en cinco años de una tasa de vacunación del 75% (1997) al 94% (2001).
3. Medidas basadas en modelos de vacunación obligatoria. Esta es la situación habitual en la mayoría de los países de la Europa del Este, en algunos de los cuales, el debate se sitúa no en las dudas acerca de la obligatoriedad de las vacunas, sino en la falta de universalización de dicha prestación que aún no sigue alcanzando a toda la población.

Antes de referirme a la actual regulación existente en España, me van a permitir que exponga brevemente la evolución que en esta materia y en lo relativo esencialmente a la vacunación de menores, se ha producido en determinados países de nuestro entorno más cercano.

La realidad es que las leyes de vacunación están siendo reforzadas en toda Europa, donde la caída de la inmunización ha causado un aumento en enfermedades como la varicela y las paperas, además del sarampión, según el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades.

La **Oficina Regional de la OMS para Europa**, tras la publicación del informe correspondiente al primer semestre de 2018 sobre la vigilancia epidemiológica de las enfermedades inmunoprevenibles, ha emitido, el 20 de agosto, una **nota de prensa** advirtiendo de la **situación del sarampión en el continente europeo, en la que se hace constar que**, en los primeros 6 meses de 2018, más de 41.000 niños y adultos han padecido el sarampión en Europa. **Este número excede los casos registrados en cualquiera de los años completos de la última década, destacando, además que**, al menos 37 personas han fallecido por el sarampión en el primer semestre de 2018. No obstante, se sigue acreditando que la tasa de incidencia en **España es muy baja, habiendo sido de 4,49 casos por millón de habitantes y 207 casos en el último año.**

Por otra parte, según un interesante estudio, realizado por la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres, el país en el que mayor recelo provocan las vacunas es en Francia, donde el 41% de los encuestados duda de que las vacunas sean seguras, casi 30 puntos por encima del 12% de media mundial. Bosnia, Rusia e Italia también muestran importantes dudas. Por

el contrario, nuestro país se sitúa entre los que menos desconfía de su seguridad (9%), importancia (6%) y efectividad (7%).

Quizá estos datos justifiquen que la legislación más proclive a la utilización de medidas coercitivas sea la legislación francesa.

El 20 de marzo de 2015, el Consejo Constitucional de Francia, intérprete supremo de la constitucionalidad de las leyes francesas, se pronunció sobre la cuestión prioritaria de constitucionalidad planteada por una pareja, en relación a la obligación de vacunar a sus hijos.

Estos padres fueron acusados por el Gobierno de Francia, al no vacunar a su hija de 3 años de las vacunas obligatorias contra la difteria, el tétanos y la polio, de acuerdo con el calendario de vacunación francés. La acusación se fundamentaba en dos previsiones de la legislación francesa, el artículo L.3116-4 del Código de Salud Pública que imponía una multa y una pena de hasta 6 meses de prisión para **aquellos que no reciban o permitan recibir a aquellos que se encuentran bajo su tutela, las vacunas obligatorias, incluyendo a los padres y el artículo 227-13 del Código Penal francés, que penaliza la conducta negligente de los padres en el ejercicio de sus deberes que pongan en riesgo la salud del menor**, con una multa y hasta 2 años de prisión.

Frente a las alegaciones de los padres el Consejo estimó que *"es lícito para el legislador definir una política de vacunación con el fin de proteger la salud individual y colectiva"*, por lo que un sistema de vacunación obligatoria no vulnera la exigencia constitucional de protección de la salud.

Más recientemente, el Gobierno Francés ha aprobado, para todos los nacidos a partir del 1 de enero de 2018, la obligatoriedad de la vacunación de los menores para 11 enfermedades.

La Ministra de Sanidad justificó la medida porque "la cobertura de vacunación en Francia es insuficiente" y que la decisión de incluir otras ocho vacunas dentro del concepto de obligatoriedad responde a un problema de salud pública, dado que algunas enfermedades ya erradicadas han comenzado a reaparecer, dado que desde 2008 han muerto en el país al menos 10 personas a causa del sarampión.

El sistema prescinde de la coerción mediante multas o penas privativas de libertad, se suprime el artículo del Código de salud pública que prevé sanción y prisión por incumplir con la obligación de vacunar, pero a cambio, los niños que quieran escolarizarse tendrán que estar inmunizados de las once enfermedades que se incluirán en el calendario obligatorio.

Antes que Francia, Italia ya aprobó el Decreto-Ley núm. 73 de 2017, convertida en Ley n. 119 de 2017, sobre vacunaciones obligatorias para niños hasta 16 años de edad.

Las medidas se tomaron tras una epidemia de sarampión con 2.395 casos en 2017, de los cuales el 90% no estaban vacunados, mientras que en todo 2016 fueron 844.

Según la Ley italiana para inscribir a un niño de 0 a seis años a una escuela infantil o a una guardería en Italia sus padres deberán presentar la libreta con 12 vacunas aplicadas.

Con la escuela primaria, de los seis a los 16 años, el Gobierno se muestra más flexible. En este caso el incumplimiento del calendario de vacunación no impide la escolarización de los menores, pero, de ser así, los padres deberán pagar una sanción pecuniaria.

Frente a esta Ley, la región del Véneto, formuló recurso ante la Corte Constitucional Italiana, que resolvió en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2017, publicada el 24 de enero de 2018.

Las preguntas sometidas a la Corte no pusieron en tela de juicio la eficacia de las vacunaciones, pero sí su carácter obligatorio, suspendido por la Región de Véneto por una Ley de 2007 que introdujo un sistema de prevención de enfermedades infecciosas basado únicamente en la persuasión.

El Tribunal declaró infundadas todas las cuestiones planteadas.

Según los jueces constitucionales, las medidas en cuestión representan una elección debida del legislador nacional, decisión que no es irrazonable, ya que tiene como objetivo proteger la salud individual y colectiva y se basa en el deber de solidaridad para prevenir y limitar la propagación de ciertas enfermedades.

El Tribunal consideró, entre otras cosas, que todas las vacunaciones obligatorias ya habían sido planificadas y recomendadas en los planes nacionales de vacunación y financiadas por el Estado en el contexto de los niveles esenciales de atención de la salud.

Además, razona el órgano constitucional, que el cambio de una estrategia basada en la persuasión a un sistema obligatorio se justifica a la luz del contexto actual caracterizado por una disminución gradual de la cobertura de vacunación.

No obstante, el cambio político operado en Italia y la formación del nuevo Gobierno, ha supuesto un giro radical en política de vacunación, lo que evidencia que no estamos ante un problema científico o jurídico, sino con una destacable carga ideológica, de forma tal que, los padres italianos ya no tendrán que presentar un comprobante médico en las escuelas administradas por el Estado para demostrar que sus hijos ya han recibido sus vacunas, sino que solo se requerirá que los padres aseguren que sus hijos han sido inmunizados para que puedan inscribirse a la escuela.

Por su parte, en Alemania, que en 2015 registró un importante brote de sarampión, se aprobó una ley por la que sancionarán con multas de hasta 2.500 euros a aquellos progenitores que se nieguen a recibir información sobre los planes de vacunación infantil antes de matricular a sus hijos en una guardería. La escuela infantil, por su parte, está obligada a informar a las autoridades sanitarias de los padres que rechacen cualquier tipo de asesoramiento sobre cómo inmunizar a sus hijos.

Destacar igualmente que el Tribunal Supremo Alemán en mayo de 2017, ha decidido permitir a un padre vacunar a su hija, con la que no convive, en contra de la opinión de la madre, con la que comparte la custodia de la menor.

El caso había comenzado en el año 2015 cuando ambos progenitores pidieron la custodia exclusiva sanitaria de la niña. El padre, a favor de vacunar y la madre en contra, alegando que el riesgo por posibles daños resultantes de las vacunaciones pesaba más que el riesgo general de infección, de tal forma que solo aceptaría inmunizar a la menor si los médicos garantizaban que no habrá ningún efecto secundario dañoso.

El Supremo recordó que la ley establece que en caso de disputa en asuntos de "considerable importancia para el menor", el Tribunal de Familia puede conceder la custodia en exclusividad a uno de los progenitores, si este así lo ha solicitado, concluyendo que "El poder decisorio debe ser concedido al progenitor cuya propuesta se aproxima más al bienestar de la menor", subrayando que "Consideramos que está mejor capacitado el padre para decidir acerca de la aplicación de las citadas vacunas a la menor, al no existir, además, circunstancias que apunten a un riesgo para la niña".

A mediados de 2017, el Tribunal Supremo inglés, haciendo uso de una ley de 1989 que permite a la justicia obrar por encima del deseo de los padres si el bienestar de los niños está en juego, ordenó por deseo del padre la vacunación de unos hijos de una madre antivacunas.

El último movimiento en los países de nuestro entorno se ha producido en Holanda, donde la vacunación es voluntaria. A partir de ahora los adolescentes podrán tomar sus propias decisiones en asuntos de salud, aunque sean contrarias a la voluntad de sus padres, de tal forma que, a partir de los 16 años, los jóvenes que no estén vacunados conforme al calendario oficial, podrán decidir que vacunas ponerse, garantizando el sistema sanitario la privacidad y confidencialidad de su decisión.

Antes de entrar a examinar el estado de nuestra legislación, creo conveniente hacer referencia a dos resoluciones judiciales que tuvieron que enfrentarse con decisiones de la administración educativa similares a las medidas que ahora ha adoptado Italia y Francia, esto es, decisiones que denegaban el acceso a centros concertados, ante la ausencia de una cartilla vacunal.

La primera sentencia fue dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, el 28 de marzo de 2000, en la que se impugnaba la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) dejando sin efecto la matrícula de una menor en una Escola Bressol vinculada a la UAB por la negativa de los padres a que se le inoculase cualquier tipo de vacuna, entendiendo la Sala que la anulación de la matrícula no vulnera el derecho a la educación. Según la sentencia: *"no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traducen en la práctica en la exigencia de acrédi-*

tar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad de un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial”.

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala Contencioso Administrativo, de 2 de abril de 2002, en la que se impugnaba la Resolución de la Comunidad Autónoma dejando sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los requisitos de vacunación necesarios para su admisión. Reconoce la sentencia que respecto de la decisión de los padres *“nada impide tal opción alternativa y nada obliga a una vacunación que decididamente se rechaza”, para a continuación señalar que “No puede desconocerse la potestad de la Administración para imponer tal exigencia a quien pretenda acogerse a los servicios de Guardería, negando la admisión a los niños que no la cumplan, dado que la medida profiláctica aplicada resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo”*

Fuera de estos excepcionales supuestos, en España, pese a que el legislador nacional ha seguido siendo reacio a solucionar definitivamente la cuestión de la voluntariedad u obligatoriedad de la vacunación, probablemente porque nuestra cobertura vacunal sigue siendo muy alta, parece atisbarse un cierto replanteamiento del problema, bien que desde una perspectiva diferente, dado que se trata de asegurar la obligación que a los poderes públicos corresponde en la defensa de la infancia, como consecuencia de la recepción de textos internacionales, como la Convención de los derechos del niño o la asunción como principio inspirador del criterio del interés superior del menor.

Antes de entrar a examinar el nuevo régimen jurídico en España, conviene referirse a la respuesta de nuestras sociedades científicas ante casos límites, como pudo ser el desdichado supuesto de la muerte por difteria del niño de Olot. Pues bien, la reacción ante ese caso, fue la publicación en un artículo publicado el 9 de junio de 2015 en el Periódico El País, bajo el transparente y clarificador título de “Seis razones para no imponer la vacunación obligatoria de los hijos”, siendo una de sus conclusiones más contundentes que “Si las coberturas de vacunación son altas y el rechazo es totalmente marginal, la obligatoriedad sería una respuesta completamente desproporcionada”.

En cuanto al régimen jurídico de la vacunación de los menores, conviene empezar por recordar que, en España, la vacunación de los menores, estaba sometida a las mismas reglas jurídicas que la vacunación en adulto, con la importante diferencia de que al no tener el menor plena capacidad jurídica, el consentimiento para la vacunación debía ser concedido por los padres o por quienes ostenten en cada momento la patria potestad, en lo que se conoce como el “consentimiento por sustitución” o “por representación”.

La negativa familiar a la vacunación planteaba de esta forma un conflicto entre el derecho de los padres a la

crianza de sus hijos según sus valores y creencias y el principio de justicia, al poner en riesgo la inmunidad personal y la de grupo.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, supone la reforma de la Ley de la Autonomía del Paciente, incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Esta Circular postulaba en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal.

Se introduce, para mayor claridad, un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud.

Por otra parte, se añade a ese artículo 9 un apartado 6 en el que se establece que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y en caso contrario deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

Esta nueva regulación, ha abierto el debate acerca de la posibilidad de imponer la vacunación basándose en el concepto del interés superior del menor, que se instituye como una nueva delimitación a la autonomía del individuo, en este caso al ejercicio de la patria potestad de los representantes de aquellos menores cuyo interés se hace prevalecer.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 141/2000, “la tutela y protección de los derechos fundamentales del menor de edad corresponde, no única y exclusivamente a aquellos que tienen atribuida su patria potestad, sino también a los poderes públicos. Sobre éstos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño”.

Así, tras la reciente reforma del artículo 9 de la Ley de autonomía del paciente llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el citado precepto dispone en su apartado 6 que “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que

sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Pese al avance que esta nueva regulación supone respecto a la normativa anterior, creo que, al menos en el campo de la vacunación infantil, el avance es más teórico que real. En efecto, partiendo del hecho obvio de que gran parte de las vacunas se dispensan a personas sanas, uno de los grandes problemas para convencer de su utilidad y eficacia, será complejo encontrar supuestos que encajen con los requisitos exigidos por la Ley, esto es, habrá de demostrarse en caso de negativa de los padres a la vacunación, siempre que tal negativa se exteriorice ante la administración o el personal sanitario, que dicha negativa pone en riesgo la salud del menor, cuestión que deberá determinarse en un procedimiento judicial, necesariamente rápido y sencillo, con las dificultades que una acreditación con cierto grado de certeza de tal circunstancia plantea.

Más compleja aún es la utilización del supuesto que habilita al personal sanitario a vacunar contra el criterio de los padres, dado que aquí se exige una concreción actual y no meramente posible de la puesta en peligro de la salud del menor, puesta en peligro que la ley identifica con las razones de urgencia y la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente.

Por último, no es desdeñable el peso decisivo que se traslada al personal sanitario, por mucho que la Ley en un claro deseo de tranquilizar establezca que una decisión de esta naturaleza, está amparada por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

En España, la ley continúa protegiendo con carácter general la capacidad de decisión de los padres al no obligar al cumplimiento del calendario oficial de vacunación, pero no debemos olvidar que son los niños quienes sufren las consecuencias de la decisión de los padres, por lo que ha de apostarse claramente por soluciones legislativas que protejan y garanticen en todo caso, el derecho del niño a que se proteja su salud.

Para terminar, voy a citar un último supuesto del derecho comparado, el Tribunal Constitucional de Croacia en fecha 7 de marzo de 2014, decretó, tras recibir una petición firmada por 10.000 personas que proponía que la decisión de vacunar a un niño debería ser tomada por sus padres, y no ser algo obligatorio que “la protección de la salud pública es más importante que las preocupaciones privadas de madres y padres”, concluyendo con una frase que resume de forma lapidaria el mensaje que he tratado de transmitirles en esta intervención, al señalar que “el derecho del niño a la salud es más importante que los derechos de los padres a tomar la decisión incorrecta.”

Si desea citar nuestro artículo:

Tolosa-Tribeño C.

El derecho a la salud y la vacunación

ANALES RANM [Internet]. Real Academia Nacional de Medicina de España;

An RANM · Año 2018 · número 135 (03) · páginas 324–330

DOI: <http://dx.doi.org/10.32440/ar.2018.135.03.dle06>
