



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**CURSO ACADÉMICO 2021 / 2022**

TÍTULO:

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VACUNACIÓN EN ESPAÑA**

WORK TITLE:

**LEGAL REGIME OF VACCINATION IN SPAIN**

AUTOR/A:

Miguel Ezcurra Zubizarreta

DIRECTOR:

Prof. Dr. Joaquín Cayón de las Cuevas

## **RESUMEN**

En el ámbito de la sanidad, el paciente se configura como el eje básico de las relaciones clínico-asistenciales necesitando toda actuación del consentimiento libre y voluntario de este (consentimiento que deberá ser otorgado por el paciente o por sus representantes legales en caso de menores e incapaces variando según su grado de madurez, edad e incapacidad). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el riesgo para la salud pública puede operar como un límite de este consentimiento informado.

En segundo lugar, derivado de ese derecho a la salud tanto individual como colectiva, encontramos determinados supuestos que pueden acarrear responsabilidad tanto para la administración en todo caso como para los profesionales en determinados supuestos muy específicos. Sin embargo, los particulares, fruto de la voluntariedad de las actuaciones, no se les podrán exigir responsabilidades con carácter general.

Finalmente, el calendario común de vacunación infantil aprobado por el Consejo Interterritorial, así como los calendarios oficiales de las diferentes CCAA, no son obligatorios, sino meras recomendaciones, tanto para los ciudadanos como para los profesionales. Sin embargo, si se estimara que la actuación del profesional, apartándose de lo prescrito por el calendario de vacunación, supone un riesgo cierto para la salud colectiva de un determinado sector de la población podría determinar actuaciones disciplinarias o deontológicas.

## **PALABRAS CLAVE**

Vacunación, voluntario, salud, consentimiento, derecho, menor, calendario, responsabilidad, padres.

## **ABSTRACT**

In the field of healthcare, the patient is considered as the basic axis of clinical healthcare relations. All actions requiring the patient's free and voluntary consent (consent that must be given by the patient or by his or her legal representatives in the case of minors and incapable persons, varying according to their degree of maturity, age and incapacity). However, it must be taken into account that the risk to public health may operate as a limit to this informed consent.

Secondly, coming from the right to health both for individual and collective, we find that there are certain cases that may entail liability both for the administration in any case and for the professionals in certain very specific cases. However, individuals as a result of the voluntary nature of their actions they cannot be held liable in general.

Finally, the common schedule for childhood vaccination approved by the Interterritorial Council as well as the official schedules of the different Autonomous Communities are not mandatory but merely recommendations, both for citizens and professionals. However, if it is considered that the actions of the professional deviating from what is prescribed by the vaccination schedule, pose a certain risk to the collective health of a certain sector of the population, a disciplinary or deontological action could be taken.

## **KEY WORDS**

Vaccination, voluntary, health, consent, right, younger, calendar, responsibility, parents.

## INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>2. OBLIGACIÓN DE VACUNARSE EN ESPAÑA. ....</b>	<b>5</b>
2.1. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SALUD. ....	5
2.2. VOLUNTARIEDAD VS OBLIGATORIEDAD. ....	6
2.3. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.....	12
2.4. VACUNACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.....	16
<b>3. RESPONSABILIDAD DERIVADAS DE LA VACUNACIÓN. 22</b>	
3.1. INTRODUCCIÓN. SUPUESTOS QUE PUEDEN ACARREAR RESPONSABILIDAD. ....	22
3.2. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICULARES. ....	23
3.2.1. Responsabilidad de la persona que enferma tras negarse a la vacunación. ....	23
3.2.2. Reclamación de los hijos por la vida enferma tras negarse los padres a vacunarlos.....	24
3.2.3. Responsabilidad de los profesionales sanitarios. ....	25
3.3. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	26
<b>4. CALENDARIO ÚNICO DE VACUNACIÓN EN ESPAÑA.....</b>	<b>28</b>
4.1. MODIFICACIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.....	28
4.2. LIMITES DE LOS PROFESIONALES EN LA PRESCRIPCIÓN DE VACUNAS EN RELACIÓN CON EL CALENDARIO ÚNICO DE VACUNACIÓN.....	30
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>33</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>33</b>

## 1. INTRODUCCIÓN.

En primer lugar, en el presente trabajo vamos a abordar los problemas que plantean las políticas públicas de vacunación desde la perspectiva del derecho de los pacientes y, sobre todo, de los representantes legales de los menores de edad a rechazar el tratamiento médico que se ha consagrado en 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.<sup>1</sup>

Como iré explicando a lo largo de la exposición, si bien nuestro ordenamiento jurídico no ha incorporado explícitamente el deber de vacunación, no existiendo ninguna norma jurídica concreta que establezca que los poderes públicos pueden exigir de sus ciudadanos que acepten ser vacunados, sí que hay cierta base legal suficiente que permitiría que los poderes públicos competentes adoptaran la decisión de vacunación forzosa en determinados supuestos específicos, y fundamentalmente en el caso de epidemias.

En segundo lugar, entraré a abordar las diferentes situaciones que se pueden plantear con la vacunación con el objetivo de explicar, por una parte, las posibles consecuencias legales producto de la negativa de los particulares a la vacunación, deteniéndome tanto en la responsabilidad de los representantes legales frente a la administración y los menores de edad derivada de su negativa a vacunarlos, como la posible responsabilidad de los trabajadores, en particular, la posible responsabilidad de los profesionales sanitarios. Y, por otro lado, la posible responsabilidad de la administración en relación con la vacunación.

Finalmente, trataré el tema del calendario de vacunación con el objeto de explicar, por un lado, las potestades legislativas y de modificación de este por parte de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, y, por otro lado, los efectos que tiene la existencia del calendario en la libertad de los

---

<sup>1</sup> 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.

médicos para la prescripción de vacunas no contempladas por el propio calendario de vacunación.

## 2. OBLIGACIÓN DE VACUNARSE EN ESPAÑA.

### 2.1. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

La Constitución Española reconoce en su artículo 43<sup>2</sup>, apartado 1, el derecho a la protección de la salud, señalando en su apartado 2 la competencia de los poderes públicos para la organización y tutela de la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Reconoce por lo tanto el derecho a la protección de la salud tanto en su vertiente individual, es decir el derecho de cada persona a la protección de su salud, como en su vertiente colectiva.

Esta bifurcación del derecho a la salud en su vertiente individual como colectiva, conlleva a la discusión sobre la posible prevalencia del primero, la autonomía individual (la libertad de tomar decisiones, bien para la propia salud, bien para la salud de los hijos sujetos a patria potestad) frente al segundo, el interés general de la sociedad.<sup>3</sup>

En relación con las vacunas, nos encontramos que son un claro ejemplo de lo que se ha venido en llamar la doble naturaleza o dimensión de la salud pública; Por un lado, los ciudadanos son titulares de un derecho de prestación que consistiría, básicamente, en el acceso a las vacunas que vengán recomendadas por el calendario correspondiente y, al mismo tiempo, la existencia de una

---

<sup>2</sup> El artículo 43 de la Constitución Española indica lo siguiente:

*“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

*2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

*3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.”*

<sup>3</sup> RUIZ SAENZ, Ángela, “Intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público versus derechos individuales”, *Derecho y Salud*, Vol. 21, núm. 2, 2011, pp.171-173.

posible obligación de vacunarse con el fin de evitar la propagación de una enfermedad que puede poner en riesgo la salud de la colectividad.<sup>4</sup>

## 2.2. VOLUNTARIEDAD VS OBLIGATORIEDAD.

En primer lugar, en lo que respecta al derecho de la unión, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que:

*“Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.*

Añadiendo que:

*“La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica”.*<sup>5</sup>

De forma similar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 35 que:

*“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.*<sup>6</sup>

En relación con esto, La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de abril de 2021, avala la vacunación infantil obligatoria, dando a entender que el derecho de la unión en materia de vacunación se sustenta en un "principio de solidaridad social que puede justificar que se imponga la vacunación a todos,

---

<sup>4</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, 2016, pp. 8-13. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

<sup>5</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007.

<sup>6</sup> Carta de derechos fundamentales de la Unión europea, de 7 de diciembre de 2000.

incluso a aquellos que se sienten menos amenazados por la enfermedad, cuando se trata de proteger a las personas más vulnerables".<sup>7</sup>

Cabe destacar, que el propio tribunal señala que no se puede administrar por la fuerza la vacuna, sino que se debe ejecutar indirectamente por otros medios como pueden ser las sanciones administrativas.<sup>8</sup>

En el ámbito nacional, se parte de un principio de voluntariedad en las medidas de salud pública.

En primer lugar, el artículo 15 de la constitución establece como derecho fundamental la integridad física de todo ciudadano, el cual viene a ser desarrollado por la ley 41/2002, de 14 de noviembre, estableciendo el principio de voluntariedad en el ámbito de las actuaciones sanitarias. El art. 2 apartado segundo de la ley dice:

*“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.”*

En consonancia con esto, el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>9</sup> y la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública en su art 5.2<sup>10</sup> confirman el principio de voluntariedad con carácter general en el ámbito de la salud.

Por lo tanto, en el ámbito de la sanidad, el paciente se configura como el eje básico de las relaciones clínico-asistenciales necesitando toda actuación del

---

<sup>7</sup> Sentencia del TEDH, Case of Vavříčka and others v. the Czech Republic, del 8 de abril de 2021. Véase en este sentido OJUELOS GÓMEZ FJ. “La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Vavříčka contra Chequia: el valor jurídico de las vacunas.” *Rev Pediatr Aten Primaria*, 2021, pp. 99-104.

<sup>8</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, “Aspectos legales de las vacunas”, *Manual de vacunas en línea de la AEP*, Madrid: AEP, 2022, pp.10-12.

<sup>9</sup> Artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: “Todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios:

a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.  
b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.  
c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.  
d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados.”

<sup>10</sup> Artículo 5.2 de la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública: “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.”

consentimiento libre y voluntario de este. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el riesgo para la salud pública puede operar como un límite de este consentimiento informado.<sup>11</sup>

En relación con los límites por razones de seguridad pública, hay determinadas situaciones que permiten a los poderes públicos imponer la vacunación forzosa.

Así, en caso de “crisis sanitarias, tales como las epidemias...” el art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que:

*“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: b) “crisis sanitarias, tales como las epidemias”.*

Permitiendo declarar el estado de alarma y, una vez producida esta situación, el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981 señala que: “la Autoridad competente podrá adoptar, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...”, siendo precisamente una de las medidas posibles la vacunación forzosa.

Fuera de los supuestos de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma excepción y sitio, la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública establece en su art. 1 que:

*“Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas*

---

<sup>11</sup> El consentimiento informado es el procedimiento que permite respetar la libertad de las personas enfermas para decidir sobre su cuerpo, su salud y su vida, permitiéndoles así asumir sus propias responsabilidades en la toma de decisiones sanitarias. El artículo 8 de 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 indica que “el consentimiento será verbal por regla general”, pero que “se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

*podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.*

Por su parte, el art. 2 señala que:

*“Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”.*

Finalmente, el art. 3 dispone que:

*“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.*

En este caso, sería necesario contar con autorización o ratificación judicial que, además, correspondería a la Audiencia Nacional o bien los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto que la medida de vacunación obligatoria supondría una injerencia en un derecho fundamental con destinatarios no identificados individualmente, de acuerdo con la reforma introducida por la Disposición final 2 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.<sup>12</sup>

En base a estos preceptos legales, podemos concluir que es legalmente posible imponer la vacunación de forma obligatoria en caso de epidemia, cuando exista un riesgo colectivo para la salud pública, desplazando en dichos supuestos el

---

<sup>12</sup> TERUEL LOZANO, Germán M., “Vacunación universal, ¿pero obligatoria? Apuntes constitucionales en tiempos de pandemia”, *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 95, 2021, pp. 1-4.

principio general de voluntariedad en la vacunación que impera en nuestro Derecho.<sup>13</sup>

Cabe destacar, en relación con el tema que nos ocupa, dos leyes:

1. La Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, por la cual, en su art 39, establece un régimen sancionador que no hace sino poner de manifiesto la previa existencia de un deber de vacunarse cuyo incumplimiento conlleva consecuencias punitivas.

Es cierto que, si bien no se puede afirmar que en dicha ley se obliga a la vacunación, en la medida en que no se lleva a cabo ninguna medida ablativa para los que no quieren ser vacunados, la libertad del individuo se ve claramente coartada, al tener que soportar una sanción por la decisión de no vacunarse.<sup>14</sup>

2. La Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, cuyo artículo único dispone que «las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».

Sin embargo, la eficacia jurídica de esta previsión queda en duda por dos motivos. En primer lugar, la Ley General de Sanidad preveía en su Disposición Final 5.<sup>a</sup> que dicho artículo único había de ser objeto, junto a muchas otras normas, de refundición, regularización, aclaración y

---

<sup>13</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp.12-13.

<sup>14</sup> BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, núm. 1, 2012, pp.15-20.

[https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-06/vol22n1\\_01\\_Estudio.pdf](https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-06/vol22n1_01_Estudio.pdf)

armonización en el plazo de dieciocho meses, mandato que, pese a haber transcurrido casi veinticinco años, aún no ha sido cumplido. Ciertamente, ello no resta necesariamente eficacia a la norma, pero sí que permite sostener que su eficacia es ya matizada, pendiente de cumplir el mandato impuesto por el legislador.

En segundo lugar, la norma no fue aprobada con el carácter de orgánica, de manera que no habilitaría en nuestro Estado constitucional, y dado el tenor del artículo 81 y la interpretación de este que ha desarrollado el Tribunal Constitucional, a imponer una medida pública individualizada o colectiva de vacunación obligatoria.<sup>15</sup>

Teniendo todo esto en cuenta, podemos afirmar que, con carácter general, actualmente en España rige un principio de voluntariedad, pero que, en determinadas situaciones excepcionales, puede establecerse la obligación de vacunarse a determinadas personas o grupos de personas. Además, como consecuencia de ese principio, aquellas medidas impuestas con el objetivo de conseguir esa vacunación de la población no podrán tener ese carácter sancionador o ablativo, sino que tendrá que recurrirse a métodos indirectos como puede ser impedir la inscripción en un colegio de los niños no vacunados.

Y, si finalmente se dan los requisitos para imponer la vacunación forzosa, puesto que es una medida para una situación excepcional, deberá hacerse respetando el principio de proporcionalidad. Es decir, que persiga un fin legítimo, como sería la prevención de la salud pública, que este recogido en la ley, que sea adoptada por resolución judicial especialmente motivada (ya sea previa o ratificación judicial) y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el mencionado fin constitucionalmente legítimo.

---

<sup>15</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 216-218. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283039>

### 2.3. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.

Tal y como expondré posteriormente, de acuerdo con el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002:

*“Se otorgará el consentimiento por representación... c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.*

Dicha representación legal de los hijos, la ostentan los titulares de la patria potestad (artículo 162 CC), salvo cuando exista conflicto de intereses entre los titulares o entre ellos y el hijo, en cuyo caso el juez procederá de oficio al nombramiento de un defensor judicial que represente al menor. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1ª), núm. 339/2012, de 5 de junio:

*“Dicho conflicto puede estar presente cuando los intereses y derechos de uno (titular o titulares de la patria potestad) y otro (el hijo) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para el otro... La situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos”.*

En principio, los titulares de la patria potestad son los dos progenitores salvo que por sentencia se haya privado a uno de ellos de su titularidad.<sup>16</sup>

En el caso de que los dos padres no convivan con el menor, de acuerdo con el artículo 156 CC, para la toma de decisiones médicas relevantes el ejercicio lo ostentan los dos titulares, salvo para determinadas decisiones con las que

---

<sup>16</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp. 34-35.

bastará la de uno solo de los progenitores, como se expone 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.

Para poder determinar si en el caso de las vacunas hace falta el consentimiento de los dos progenitores cuando uno sólo es el custodio, hay que atender a si la vacuna está incluida dentro del calendario oficial o es una vacuna no financiada. No hay ninguna resolución judicial que haya versado expresamente sobre esto, pero sí hay resoluciones que determinan que la guardia y custodia “incluye la potestad de tomar decisores habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias” (Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) núm. 203/2015, de 5 de noviembre; y núm. 85/2016, de 13 de abril). Sin embargo, “ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado)... tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia” (Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, núm. 185/2014 de 23 de julio; y núm. 246/2014, de 11 de noviembre).<sup>17</sup>

Así pues, podemos concluir que:

- Si la vacuna está en el calendario oficial, bastaría con el consentimiento de uno solo de los progenitores (la decisión la toma el custodio), oído el menor, salvo que conste la oposición del otro a la vacunación, en cuyo caso se precisa autorización judicial
- Si no lo está y los progenitores no se ponen de acuerdo, es decir, si hay un conflicto de intereses, la decisión la toma un Juez, oído el menor y el defensor del menor.

---

<sup>17</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp. 35-37.

Por otro lado, cabe destacar que recientemente, una reciente sentencia autoriza la vacunación en contra del criterio de la madre, porque según el tribunal, la vacunación no puede quedar al arbitrio de los padres.<sup>18</sup>

Una buena muestra de ella es el Auto<sup>19</sup> de la Audiencia Provincial de Vigo, del 22 de julio de 2019, que expone que en la toma de decisiones de los padres debe primar el interés superior del menor:

*“Todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. No se discute el derecho de los progenitores a defender las creencias que estimen oportunas o el sistema de educación y de vida de sus hijos, pero siempre que no resulte perjudicial para los mismos”.*

Entiende la Sala de la Audiencia Provincial que las vacunas son beneficiosas:

*“Las reticencias manifestadas por la madre no están avaladas por datos científicos ni objetivos (...) ya que no se ha acreditado desde el punto de vista médico que las vacunas causen un perjuicio para la salud. Todo lo contrario, porque la mayoría de los estudios científicos sobre esta materia llevan a concluir que los beneficios de las vacunas son innegables individual y poblacionalmente.”*

Termina afirmando que:

*“evidentemente, no puede quedar al arbitrio de uno de los progenitores, decidir si desea vacunar y en qué momento”*

En relación con este criterio, los Juzgados y Tribunales y la propia Fiscalía del Tribunal Supremo se vienen pronunciando de la misma manera respecto a la negativa de los representantes a vacunar a los incapaces. Algunos ejemplos son:

- El Auto de 4 de febrero de 2021, Juzgado de Primera Instancia núm. 16 Granada donde el juez determina que la decisión del representante debe

---

<sup>18</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp. 36-37.

<sup>19</sup> Auto 125/2019 de la Audiencia Provincial de Vigo, Sección: 6, del 22 de julio de 2019

adoptarse siempre atendiendo al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente: el derecho a la salud debe prevalecer sobre la opinión contraria del familiar de referencia, teniendo en cuenta, además, que la posibilidad de sufrir una nueva infección no habría desaparecido, por lo que en las actuales circunstancias el riesgo de no vacunarse sería mucho mayor que el de hacerlo (art. 9.6 Ley 41/2002). Por ello, autoriza al servicio médico-sanitario de la residencia al suministro de la vacuna contra el coronavirus Covid-19, al residente a pesar de la voluntad de su hijo.

- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela, de 20 de enero de 2021,<sup>20</sup> donde a pesar de la negativa del propio paciente incapaz, el Juzgado, con argumentos similares a los expuestos, considera que el consentimiento informado por sustitución prestado por la entidad que lo tutela para la administración de la vacuna contra la COVID-19 debe ser otorgado.

Frente al criterio seguido por estas resoluciones judiciales, la Fiscalía del Tribunal Supremo emitió un dictamen el 24 de febrero de 2021 en contra de las vacunaciones forzosas contra la COVID-19 en residencias de ancianos, afirmando, que:

“En tanto que la ley no establezca obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas para justificar la administración forzosa de la vacuna”

Además, en opinión de este órgano, las razones de salud pública vinculadas al riesgo inherente a la expansión del contagio, la gravedad de la pandemia y, en particular, a la especial afectación a grupos vulnerables no son razones aptas para imponer la vacunación forzosa, ya que ni la legislación sanitaria ordinaria ni

---

<sup>20</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela de 20 de enero de 2021, núm. 60/2021, Rec. 32/2021.

el decreto del estado de alarma se establece el carácter obligatorio de estos medicamentos.

Por lo tanto, la administración de la vacuna se subordina a un régimen de libre consentimiento. Estableciendo para el caso de que el consentimiento tenga que otorgarlo un representante legal la obligación de atender siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente. Es decir, si por ejemplo una persona con la tutela de un familiar se niega a que le vacunen, habrá que ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial para que esta decida cuál es la decisión que produce un mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Además, para el caso de que haya “razones de urgencia”, los profesionales sanitarios serán los que determinen si administrar o no la dosis.<sup>21</sup>

#### **2.4. VACUNACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.**

En España, la vacunación a menores de edad, al igual que al resto de particulares, no es obligatoria.

En primer lugar, cabe destacar que en España existe un calendario de vacunación infantil recomendado que elabora el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina cuáles son las vacunas que debería recibir el niño desde su nacimiento hasta los 16 años. Además, el hecho de que las Comunidades Autónomas tengan transferidas las competencias en materia de sanidad ha propiciado la existencia de 19 calendarios distintos (uno por cada Comunidad Autónoma más Ceuta y Melilla).<sup>22</sup>

Pero más allá de las diferencias existentes entre Comunidades Autónomas, el hecho de que exista un calendario no significa que lo dicho en el deje de ser una mera recomendación, lo cual implica que los padres pueden decidir no vacunar

---

<sup>21</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp. 36-38.

<sup>22</sup> MARTÍN AYALA, María, “Vacunación infantil”, *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario 2014, p.185. [https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/volExtra2014\\_d03\\_Comunicaci%C3%B3n.pdf](https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/volExtra2014_d03_Comunicaci%C3%B3n.pdf)

a sus hijos sin que por ello incumplan la normativa estatal al respecto.<sup>23</sup> Con carácter general, la única consecuencia de negarse a vacunar al menor es que en muchos centros educativos o de esparcimiento de carácter privado no se admiten a menores no inmunizados.<sup>24</sup>

Al configurarse la vacunación como un requisito obligatorio para el acceso a la educación en muchas comunidades autónomas, se podría considerar una posible afectación del derecho a la libertad ideológica del artículo 16.1 de la Constitución. En estos casos la jurisprudencia ha entendido que el ejercicio del deber de tutela del Estado respecto al derecho a la salud del artículo 43.1 CE, en su vertiente preventiva de posibles enfermedades, no constituye una vulneración del derecho a la educación, y por tanto prima sobre la negativa de los padres a vacunar a sus hijos.

Algunos ejemplos jurisprudenciales son:

- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2000, en el 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 inoculara cualquier tipo de vacuna, entendiendo la Sala que la anulación de la matrícula no vulnera el derecho a la educación.<sup>25</sup>
- 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 a una menor al incumplir los requisitos de vacunación necesarios para su admisión.<sup>26</sup>
- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sala Contencioso Administrativo, de 22 de julio de 2013, donde confirma el

---

<sup>23</sup> GARCÍA RUIZ, Yolanda, “¿Vacunaciones obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?”, *Humanitas Humanidades Médicas*. núm. 35, 2009, p.16.

<sup>24</sup> MARTÍN AYALA, María, ob. cit., p.186.

<sup>25</sup> STSJ de Cataluña 4377/2000, de 28 de marzo del 2000.

<sup>26</sup> STSJ de La Rioja 222/2002, de 2 de abril del 2002.

Auto del juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Granada, de 24 de diciembre de 2010, donde se autoriza a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía decretar la vacunación forzosa contra el sarampión de unos niños cuyos padres se negaban a consentirla ante un brote aparecido en un colegio público.<sup>27</sup>

Cabe destacar que la diferencia entre el régimen general y el de los menores, al igual que los incapacitados, es la imposibilidad de dar su consentimiento, ya que se entiende que no están plenamente capacitados para ello.

Como consecuencia, la potestad de dar ese consentimiento recae en sus representantes legales, lo que plantea varios problemas prácticos:

Por un lado, se nos plantea el problema de saber cuándo el menor puede estar capacitado para dar su consentimiento incluso en contra de sus padres o representantes legales. Es decir, cuando se entiende que tiene capacidad para decidir si quiere vacunarse o no.

Por otro lado, se nos plantea el problema de que ocurre cuando los tutores se niegan a vacunar al menor.

En relación con lo primero, hay que distinguir dos etapas en el desarrollo y en las capacidades del menor: de 0 a 16 años y de 16 a 18 años.

- Menores hasta los 16 años:

Según establece el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 (en su redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que entró en vigor el pasado 18 de agosto de 2015):

*“Se otorgará el consentimiento por representación c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente capaz de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su*

---

<sup>27</sup> STSJ de Andalucía 8545/2013, de 22 de julio de 2013.

*opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor".*

Para comprender el alcance del derecho que tiene el menor a ser oído y escuchado, la Ley 41/2002 en su redacción actual remite la cuestión al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que entró en vigor el pasado 12 de agosto de 2015), que establece el derecho a ser oído y escuchado.<sup>28</sup>

De acuerdo con los preceptos transcritos, el menor de edad desde los 0 hasta los 16 años carece de capacidad para consentir, correspondiendo esta facultad al representante legal, sin perjuicio de lo cual el menor será oído y escuchado y sus opiniones se tendrán en cuenta en función de su edad y de su madurez, que será valorada por personal especializado; se presume en todo caso dicha madurez a partir de los 12 años.<sup>29</sup>

- Menores de los 16 a los 18 años:

En este punto, la reforma legal de la Ley 26/2015 introdujo un cambio sustancial en el régimen jurídico del menor maduro, suponiendo una pérdida importante de autonomía personal en los casos de riesgo grave para la vida o la salud del menor:

Por un lado, con carácter general, se mantiene la capacidad para prestar el consentimiento a partir de los 16 años, alcanzando así la denominada mayoría de edad sanitaria.

---

<sup>28</sup> El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”

<sup>29</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp.41-45.

En cambio, en los casos de grave riesgo para la vida o salud del menor, a criterio del facultativo, el menor pierde la capacidad de prestar el consentimiento a favor de su representante legal, después de haber oído y tenido en cuenta la capacidad del menor (a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma de 2015, donde el menor a partir de los 16 años de edad conservaba la capacidad de consentir incluso en los casos de grave riesgo, siendo los padres informados y tomando en consideración su opinión al respecto). Se podría afirmar que, en el nuevo marco legal, el menor maduro es menos maduro, pues se le limitan sus facultades de autodeterminación en materia sanitaria en los casos de grave riesgo.

En la medida en que la vacunación es de carácter voluntario y su aplicación no entraría en el supuesto de grave riesgo para la vida o la salud del menor, entendemos que procede aplicar, en lo que a las vacunas se refiere, el criterio de la mayoría de edad sanitaria a partir de los 16 años, pudiendo el menor consentir o rechazar la vacunación.<sup>30</sup>

Dicho esto, podemos resumirlo de la siguiente manera:

- Antes de 2015:
  - De 0 a 12 años, el consentimiento es otorgado por el representante legal y no procede audiencia al menor en ningún caso.
  - De 12 a 16 años, el consentimiento es otorgado por el representante legal, previa audiencia del menor.
  - De 16 a 18 años, se considera que es mayor de edad, teniendo que dar el consentimiento el menor incluso en contra de la decisión de los padres.
- Después de 2015:
  - De 0 a 12 años, el consentimiento es otorgado por el representante legal y no procede legalmente audiencia al menor, salvo que

---

<sup>30</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., p.45.

concurrán condiciones de madurez a criterio de personal especializado.

- De 12 a 16 años, el consentimiento es otorgado por el representante legal después de haber sido oído y escuchado el menor.
- De 16 a 18 años, hay que diferenciar dos situaciones:
  - i. Con carácter general, el menor alcanza la mayoría de edad sanitaria.
  - ii. En caso de grave riesgo para la vida o la salud del menor, el consentimiento será otorgado por el representante legal y a criterio del facultativo, el menor será oído y su opinión será tenida en cuenta.<sup>31</sup>

Referente a la negativa de los padres a vacunar a sus hijos, dejando a un lado las posibles responsabilidades derivadas de esa decisión, en principio, tal decisión es posible, pues está permitida en un sistema de vacunación no obligatoria, como el nuestro. Ahora bien, si analizamos detenidamente la cuestión a la luz de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia información y documentación clínica, la conclusión a la que llegamos es otra bien distinta, pues se estrecha mucho la capacidad de decisión, sobre todo si la no vacunación supone un riesgo para la salud y vida del menor.<sup>32</sup>

La decisión del representante legal deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y si la decisión es contraria a dichos intereses deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud

---

<sup>31</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp.41-45.

<sup>32</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus” 2020. *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extra 12, 2, 2020, p. 124. Disponible en:  
[http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12.\\_Javier\\_Barcel%C3%B3\\_pp.\\_118-125.pdf](http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12._Javier_Barcel%C3%B3_pp._118-125.pdf)

del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

A la vista de estos controles, tanto si el asunto se judicializa como si se resuelve dentro del ámbito estrictamente sanitario, resulta difícil pensar en la hipótesis (salvo que el menor permanezca totalmente ajeno a cualquier asistencia sanitaria) en que se lleve a efecto el rechazo a la vacunación cuando sea beneficiosa para el menor, porque el sistema prevé mecanismos para que pueda hacerse a pesar de la oposición del representante legal. Si el caso llega a sede judicial, seguramente los Tribunales atenderán a los criterios científicos que recomiendan la vacunación, y queda, además, otra posibilidad, si se dan razones de urgencia y no es posible recabar la autorización judicial, que permite a los profesionales sanitarios tomar la decisión de proceder a la vacunación.<sup>33</sup>

Por otro lado, si la no vacunación no supone un riesgo para el menor, al margen de hacer constar en la historia clínica y en registros la negativa de los padres a la vacunación es conveniente desde el punto de vista legal que los padres o tutores sean invitados a firmar un documento de renuncia a la vacunación. Ahora bien, no debe obviarse el hecho de que los padres o tutores pueden negarse a la firma de este, en cuyo caso debe hacerse constar dicha circunstancia en la historia clínica, sin poder forzarles a firmar.<sup>34</sup>

### **3. RESPONSABILIDAD DERIVADAS DE LA VACUNACIÓN.**

#### **3.1. INTRODUCCIÓN. SUPUESTOS QUE PUEDEN ACARREAR RESPONSABILIDAD.**

La carencia de vacunación puede deberse a una conducta omisiva de la Administración Sanitaria, eludiendo su obligación de facilitar el producto, o al hecho de haber autorizado uno erróneo. Puede ser el causante el farmacéutico

---

<sup>33</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, ob. cit., p.125.

<sup>34</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp. 38-40.

dispensador, que no facilitó la vacuna que se demandaba, equivocó el producto o dispensó el correcto, pero en estado deficiente. También el agente responsable puede ser el profesional sanitario, de atención directa, quien no quiso vacunarse, contrajo la enfermedad y la pasó a un paciente a quien atendía. Puede, por último, encontrarse la causa en el propio sujeto infectado, que no se vacunó, o en los representantes legales del menor, que no pusieron los medios para que fuera vacunado y en ambos casos la persona infectada derivó la enfermedad a terceros.<sup>35</sup>

Todas estas posibilidades tendrán unas consecuencias diferentes lo que nos obliga a tratar la responsabilidad desde todos los supuestos. Para facilitar la comprensión, diferenciaremos las posibles responsabilidades de la persona en particular y, por otro, la posible responsabilidad de la administración.

## **3.2. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICULARES.**

### **3.2.1. Responsabilidad de la persona que enferma tras negarse a la vacunación.**

No hay en nuestro sistema precedentes de que la Administración, en lo que se refiere al Derecho Sancionador —vía administrativa o penal— haya exigido responsabilidades a los padres o tutores que se negaron a la vacunación de los hijos o representados que, posteriormente, enfermaron, porque la participación en las actuaciones de salud pública es voluntaria en nuestro Derecho (artículo 5.2 Ley 33/2011, General de Salud Pública)<sup>36</sup>, de modo que, acreditado el daño y el nexo entre la negativa a la vacunación y el desarrollo de la enfermedad, faltaría el hecho ilícito, al ser la vacunación voluntaria en nuestro Derecho, salvo

---

<sup>35</sup> LORENZO MONTERO, Ricardo, “Responsabilidad por no vacunación”, *Redacción Médica*, 19 de noviembre de 2013. Disponible en:

<https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/responsabilidad-por-no-vacunacion-7037>

<sup>36</sup> Artículo 5.2 de la Ley 33/2011, Ley General de Salud Pública: “2. 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.”

los casos previstos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.<sup>37</sup>

### **3.2.2. Reclamación de los hijos por la vida enferma tras negarse los padres a vacunarlo.**

Se trata de las acciones relacionadas con la vida enferma que deben soportar los hijos a causa de la voluntad de sus padres contraria a la vacunación, lo que les privó de la oportunidad de vacunarse y evitar la enfermedad que posteriormente contrajeron. Podría encuadrarse en las denominadas acciones de *wrongful life*<sup>38</sup>, de los hijos frente a sus progenitores, sobre las que no hay precedentes en nuestro Derecho.

La prosperabilidad de una y otra posible acción de exigencia de responsabilidad sería muy limitada, en la medida en que la Administración al no imponer con carácter obligatorio la vacunación en general, no puede exigir responsabilidades por incumplimiento de meras recomendaciones, como tampoco pueden responder los padres o tutores por negarse a una vacunación que no tenía carácter obligatorio<sup>39</sup>.

Por lo tanto, en relación con la responsabilidad de los particulares, el carácter voluntario de la vacunación en nuestro Derecho limita el posible ejercicio de responsabilidades a los que rechazaron una vacunación que carece de la nota de obligatoriedad, salvo en los casos previstos en la Ley Orgánica 3/1986.

---

<sup>37</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., p. 40.

<sup>38</sup> ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Derecho y Salud*, Vol. 19, Extraordinario XVIII Congreso, 2009, p. 140, explica la diferencia entre las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. Ambas reclamaciones son planteadas frente al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que, si se hubieran conocido a tiempo habrían permitido a los progenitores la posibilidad de abortar. En el caso de las *wrongful birth* son los padres los que reclaman, mientras que en el caso de las acciones de *wrongful life* es el propio hijo discapacitado el que reclama a los profesionales sanitarios.

<sup>39</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., p.41.

### 3.2.3. Responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Los profesionales sanitarios, como cualquier otro ciudadano, no están obligados a vacunarse, por tanto, no incurrir en responsabilidad alguna por el mero hecho de no haberse vacunado.

Ahora bien, pueden incurrir en responsabilidad si:

- Incumplen el deber de colaboración en situaciones de urgencia o necesidad, tal y como les impone el art. 19 f) de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco.
- Incumplen el deber genérico de colaboración en materia de salud pública, con conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución (art. 8 de la Ley 33/2011 General de Salud Pública).
- Incumplen las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo y más concretamente, si se niega a las medidas de vigilancia de la salud previstas en su art. 22, ya que los riesgos biológicos inherentes a la actividad sanitaria permiten sostener que estamos ante uno de los supuestos de excepción a la voluntariedad del reconocimiento médico de salud para los profesionales sanitarios.

Así pues, una cosa es que el profesional sanitario no venga obligado a vacunarse y otra bien distinta es que, con sus conductas, más o menos intencionadas, puedan provocar daños a terceros; en consecuencia, habrá responsabilidad cuando las conductas de los profesionales sanitarios pongan en riesgo la salud de la población, de los pacientes individualmente considerados, o de los propios compañeros, trabajadores o directivos.<sup>40</sup>

La Administración que fuera condenada por el contagio de una enfermedad a través de un profesional sanitario no debidamente vacunado que hubiere incurrido en dolo, culpa o negligencia grave, debe repetir de oficio contra el causante del contagio, en aplicación de la acción de regreso regulada en el art.

---

<sup>40</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp.59-61.

36.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, sin embargo, dicha acción de regreso apenas se utiliza en nuestro Derecho.<sup>41</sup>

A pesar de que la Ley 33/2011 finalmente no incluyó el deber ineludible de información del profesional no vacunado al paciente<sup>81</sup>, dicha medida puede constituir una forma idónea de reducir el riesgo legal, toda vez que una correcta información al paciente sobre el hecho de que el profesional no está vacunado y la aceptación de los riesgos, o la negativa del paciente a ser tratado por ese profesional, mitigaría o eliminaría la posible responsabilidad.

En definitiva, respetando la libertad de los profesionales sanitarios para vacunarse, el incumplimiento de los deberes que pesan sobre los profesionales en situaciones de urgencia o necesidad, en salud pública y en salud laboral, con daño a terceros, puede ser generador de responsabilidad profesional.

Ahora bien, como hemos dicho en el apartado anterior, si los profesionales incumplen sus obligaciones en situaciones de urgencia o necesidad, dado su deber de colaboración en materia de salud pública y en salud laboral es posible la apertura de un expediente disciplinario, siempre que las conductas sean encuadrables en las faltas disciplinarias previstas en el art. 72 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

### **3.3. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La responsabilidad de la Administración sanitaria, en lo que a la vacunación se refiere trae causa, fundamentalmente, de dos situaciones:

- Por un lado, las reacciones adversas que provocan las vacunas sistemáticas incluidas en el calendario vacunal.

---

<sup>41</sup> LORENZO MONTERO, Ricardo, ob. cit.

- Por otro lado, por las omisiones o limitaciones de determinadas vacunas en el calendario vacunal

En cualquier caso, la responsabilidad de la administración por los daños que cause a los particulares en el ejercicio de su actividad se consagra en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, que se concreta, luego, en el artículo 106.2 (responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos) y el artículo 32 y siguientes de la Ley 40/2015, donde se establece que:

*“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”*

En relación con esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012<sup>42</sup> reconoce que:

*“frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza*

---

<sup>42</sup> STS 6645/2012, de 9 de octubre de 2012.

*mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles.”*

Por lo tanto, la clave a la hora de imputar alguna responsabilidad a las Administraciones sanitarias por su actuación en el proceso de vacunación está en la intervención específica de la Administración en la causación del daño<sup>43</sup>. En este sentido, puede existir responsabilidad administrativa por diferentes supuestos tales como la falta de información en el proceso de vacunación<sup>44</sup> -en cuyo caso se indemniza la pérdida de oportunidad de que el daño no se hubiera producido<sup>45</sup>-, como la autorización de una vacuna que tenga la consideración de producto defectuoso<sup>46</sup>.

## 4. CALENDARIO ÚNICO DE VACUNACIÓN EN ESPAÑA

### 4.1. MODIFICACIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

En relación con el calendario de vacunación, solamente se establece un calendario de vacunación infantil recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que deben recibir los niños desde su nacimiento hasta los 16 años y se completa con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> ITURMENDI MORALES, Gonzalo, “Responsabilidad civil por la vacunación de COVID-19”, *Boletín del Centro de Documentación de Fundación MAPFRE*, mayo de 2021, pp. 5-6.

[https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/catalogo\\_imagenes/grupo.do?path=1111034](https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1111034)

<sup>44</sup> La STS de 25 junio de 2010 declaró el deber de la Administración de indemnizar, al apreciar un nexo causal entre la falta de actividad de la Administración y el daño. Así, la falta de información sobre una campaña de vacunación provocó la pérdida de oportunidad de los padres de proteger a su hija menor con una vacuna eficaz contra la meningitis C.

<sup>45</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017, p. 488.

<sup>46</sup> Sobre la responsabilidad por medicamentos defectuosos, *vid.* CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *ob. cit.*, pp. 521- 572.

<sup>47</sup> GARCÍA RUIZ, YOLANDA, “¿Vacunaciones obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?” *Humanitas Humanidades Médicas*. núm. 35, 2009, pp.14-18.

La idea de un calendario único de vacunación en nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS) tiene su antecedente inmediato en el Acuerdo de 18 de marzo de 2010 entre Administración General del Estado y las CCAA en el seno del Consejo Interterritorial, dicho acuerdo fue aprobado por unanimidad integrado en un paquete de medidas orientadas a garantizar la sostenibilidad de nuestro sistema sanitario, en plena crisis económica.

Posteriormente, con la aprobación de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, el art. 19.3.a), establece que:

*“El Consejo Interterritorial del SNS acordará: a) un calendario único de vacunas en España. Las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla sólo podrán modificarlo por razones epidemiológicas”.*

La formulación del precepto parece obligar a su cumplimiento a todas las CCAA, que deberán ajustarse a él, salvo que concurran razones epidemiológicas que justifiquen su modificación.

El Pleno del Consejo Interterritorial del SNS<sup>48</sup>, en su reunión del 21 de marzo de 2013 aprobó un calendario común de vacunación infantil, posteriormente se publicó la Resolución de 24 de julio de 2013, de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, por la que se hacía oficial el Acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS sobre el calendario común de vacunación infantil. En 2019 se ha aprobado por el CISNS<sup>49</sup> un calendario común para toda la vida, que continúa sin cambios en 2021.

El calendario de vacunación será común, pero no es un calendario único pues, a pesar de lo dispuesto en el art. 19.3.a) de la Ley 33/2011, algunas CCAA se han apartado de él, sin que concurra justificación epidemiológica.

---

<sup>48</sup> El Servicio Nacional de Salud (SNS) tiene como propósito asegurar la efectividad, técnica, administrativa y financiera de los Servicios Regionales de Salud.

<sup>49</sup> El CISNS es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano de coordinación destinado primordialmente a garantizar la equidad en prestaciones sanitarias de todos los ciudadanos de las diferentes Comunidades Autónomas.

Tal y como se establece en el art. 8 quinquies del Real Decreto 1030/2006 (en su redacción por el Real Decreto Ley 16/2012), relativa a la cartera de servicios complementarios de las comunidades autónomas:

*"1. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, cuando menos, la cartera común de servicios del SNS en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios de este.*

*2. Las comunidades autónomas podrán incorporar en sus carteras de servicios una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del SNS, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios. 3. Las comunidades autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una comunidad autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria".*

De acuerdo con ello, la aprobación del calendario común de vacunación infantil se configura con un carácter de mínimos, estando obligadas todas las comunidades autónomas a garantizar su cumplimiento, si bien es posible (incluso después de la aprobación del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril) que las comunidades autónomas fijen prestaciones complementarias, debiendo, eso sí, contar las mismas con la suficiencia financiera que permita hacer frente a las mismas.<sup>50</sup>

#### **4.2. LIMITES DE LOS PROFESIONALES EN LA PRESCRIPCIÓN DE VACUNAS EN RELACIÓN CON EL CALENDARIO ÚNICO DE VACUNACIÓN.**

---

<sup>50</sup> COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, ob. cit., pp. 83-84.

La libertad de prescripción médica constituye una manifestación de la libertad profesional, derecho fundamental consagrado en el art. 35 de la Constitución, que regula el derecho a la libre elección de profesión u oficio y en el art. 36, que regula el ejercicio de las profesiones tituladas, que sólo puede limitarse por Ley y no por prácticas administrativas.

Así pues, se establece en nuestra Constitución una reserva de ley para determinar una serie de cuestiones: qué profesiones precisan de un título para ser ejercidas; qué título permite ese ejercicio; y la definición del contenido mínimo de actividades que integran esa profesión. De estas cuestiones se ocupa, por lo que se refiere al ámbito sanitario, la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Sin embargo, se trata de una reserva de ley relativa, pues el legislador no está obligado a respetar un contenido esencial, pues el artículo 35 no garantiza el derecho a desarrollar cualquier profesión u oficio, sino el de elegir libremente profesión u oficio, siendo posible que las regulaciones limitativas del ejercicio de las profesiones pueden hacerse mediante normas de naturaleza reglamentaria.

La libertad de prescripción es, en lo que a los médicos se refiere, la principal manifestación de la plena autonomía técnica y científica que se establece para todos los profesionales sanitarios en el art. 4.7 de la Ley 44/2003 y, uno de los principios básicos del ejercicio privado de la profesión, es la libertad de prescripción atendiendo al conocimiento científico y a la observancia de la ley (Art. 40.3.i) Ley 44/2003).

Desde un punto de vista deontológico, la libertad de prescripción se encuentra recogida en el art. 23 Código de Deontología Médica de julio de 2011 que, en su apartado 1, establece:

*“El médico debe disponer de libertad de prescripción, respetando la evidencia científica y las indicaciones autorizadas, que le permita actuar con independencia y garantía de calidad”.*

Téngase en cuenta que las previsiones del citado Código deben distinguirse de las imposiciones descritas en las leyes, si bien son normas de obligado

cumplimiento para todos los médicos en el ejercicio de la profesión, cualquiera que sea la modalidad en la que la practiquen.

Ahora bien, la libertad de prescripción no es ilimitada y la misma puede venir condicionada por la ficha técnica del medicamento y por el calendario oficial de vacunación.

En relación con el calendario oficial de vacunación, el calendario común de vacunación infantil aprobado por el Consejo Interterritorial, así como los calendarios oficiales de las diferentes CCAA, no son obligatorios, sino meras recomendaciones, tanto para los ciudadanos como para los profesionales, para los que tendrían, desde el punto de vista legal, un papel similar a los protocolos y guías clínicas, debiendo el profesional que se apartara de ellos justificar médicamente los motivos que le llevan a supravacunar (o, en su caso, a infravacunar), siendo lo más seguro desde el punto de vista del riesgo legal ajustarse al calendario de la comunidad autónoma en la que presta sus servicios.

El mero hecho de apartarse de las recomendaciones del calendario de vacunación y prescribir una vacuna no incluida en el calendario oficial, sin que el paciente sufra daño alguno, no daría lugar a ningún tipo de responsabilidad para el profesional, pero sí podría determinar actuaciones disciplinarias (ante los Servicios de Salud autonómicos en los que el profesional prestara sus servicios) o deontológicas (ante las comisiones deontológicas de los Colegios de Médicos) si se estimara que la actuación del profesional supone un riesgo cierto para la salud colectiva de un determinado sector de la población.

Si como consecuencia de apartarse del calendario oficial, el paciente sufriera algún daño provocado por la reacción adversa a una vacuna no recomendada (o desarrollara la enfermedad inmunoprevenible contra la que no se vacunó por decisión del médico), habría que analizar la *lex artis*<sup>51</sup> del profesional para determinar su responsabilidad.

---

<sup>51</sup> La *lex artis* es el conjunto de reglas técnicas a las que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio.

## 5. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico no recoge un deber legal de vacunación, fuera de los supuestos de epidemias, ni establece previsión expresa alguna sobre mecanismos legales para resolver los conflictos que pueden plantearse en torno a las vacunas, sobre todo por la negativa de los padres a la vacunación de sus hijos. Sí existe, como hemos apuntado, un marco legal suficiente para que una decisión concreta de vacunación pueda ser acordada judicialmente en el supuesto de epidemias, debiendo atenderse, en todo caso, al principio de proporcionalidad y al de necesaria intervención judicial.

Además, como consecuencia de esa voluntariedad con carácter general en relación con la vacunación, las posibles responsabilidades de aquellos que no quieren vacunarse nos encontramos que está muy limitada, solo pudiendo llegar a darse en los supuestos puntuales en relación con los profesionales sanitarios.

Finalmente, referente al calendario de vacunación, podemos concluir que solamente se establece un calendario de vacunación recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que se deben recibir y se completa con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias. Siendo este calendario, un límite para la actuación discrecional de los sanitarios y una base para la posible exigencia de responsabilidad por parte de los particulares frente a los daños ocasionados por el sanitario.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus” 2020.

*Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extra 12, 2, 2020, pp. 118-125.

Disponible en:

<http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12. Javier Barcel%C3%B3 pp. 118-125.pdf>

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, núm. 1, 2012. Disponible en:  
[https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-06/vol22n1\\_01\\_Estudio.pdf](https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-06/vol22n1_01_Estudio.pdf)
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017.
- COMITÉ ASESOR DE VACUNAS, “Aspectos legales de las vacunas”, *Manual de vacunas en línea de la AEP*, Madrid: AEP; 2022. Disponible en:  
<https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-45#13>
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”. 2016. Disponible en:  
<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>
- ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life”, *Derecho y Salud*, Vol. 19, Extraordinario XVIII Congreso, 2009, pp. 139-163. Disponible en:  
[https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/DyS-Vol19-extra-premio\\_01\\_pag139-164.pdf](https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/DyS-Vol19-extra-premio_01_pag139-164.pdf)

- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 203-237. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283039>
- GARCÍA RUIZ, Yolanda, “¿Vacunaciones obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?”, *Humanitas Humanidades Médicas*. núm. 35, 2009, pp.14-18.
- ITURMENDI MORALES, Gonzalo, “Responsabilidad civil por la vacunación de COVID-19”, *Boletín del Centro de Documentación de Fundación MAPFRE*, mayo de 2021. Disponible en:  
[https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/catalogo\\_imagenes/grupo.do?path=1111034](https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1111034)
- MARTÍN AYALA, María, “Vacunación infantil”, *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario 2014, pp. 182-191. Disponible en:  
[https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/volExtra2014\\_d03\\_Comunicaci%C3%B3n.pdf](https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/volExtra2014_d03_Comunicaci%C3%B3n.pdf)
- LORENZO MONTERO, Ricardo, “Responsabilidad por no vacunación”, *Redacción Médica*, 19 de noviembre de 2013. Disponible en:  
<https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/responsabilidad-por-no-vacunacion-7037>
- RUIZ SAENZ, Ángela, “Intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público versus derechos individuales”, *Derecho y Salud*, Vol. 21, núm. 2, 2011. pp.171-178. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3819239>

- TERUEL LOZANO, Germán M., “Vacunación universal, ¿pero obligatoria? Apuntes constitucionales en tiempos de pandemia”, *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 95, 2021, pp. 1-4.