



Since January 2020 Elsevier has created a COVID-19 resource centre with free information in English and Mandarin on the novel coronavirus COVID-19. The COVID-19 resource centre is hosted on Elsevier Connect, the company's public news and information website.

Elsevier hereby grants permission to make all its COVID-19-related research that is available on the COVID-19 resource centre - including this research content - immediately available in PubMed Central and other publicly funded repositories, such as the WHO COVID database with rights for unrestricted research re-use and analyses in any form or by any means with acknowledgement of the original source. These permissions are granted for free by Elsevier for as long as the COVID-19 resource centre remains active.



Vacunas

www.elsevier.es/vac



Artículo especial

La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encaje en un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19



César Cierco Seira

Departamento de Derecho Público, Universidad de Lleida

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

On-line el 26 de febrero de 2021

Palabras clave:

Vacuna-condición

Pasaporte de vacunación

COVID-19

Nudging

Derechos y libertades individuales

Mandatos de vacunación

R E S U M E N

Es importante parar mientes en la eventual aplicación del certificado de vacunación contra la COVID-19 como condición para el ejercicio de actividades y reflexionar de manera anticipada acerca de los problemas que en términos jurídicos puede plantear el empleo de esta técnica. A tal efecto, hay que comenzar por significar los presupuestos que serían necesarios para justificar su activación, incluyendo el consenso científico sobre el alcance de la inmunidad concedida por las vacunas COVID-19, señaladamente en su faceta colectiva de bloqueo de la transmisión. Asimismo, se hace hincapié en la importancia de ampliar las miras en el sentido de interiorizar que el pasaporte o pase de vacunación constituye solo una de las muchas opciones dentro de un rico catálogo de posibilidades a la hora de reforzar, mediante incentivos, el modelo de vacunación recomendada y adoptado en la Estrategia de vacunación contra la COVID-19, contando entre ellas con la utilización del *nudging*. En todo caso, de instalarse y expandirse al cabo una condicionalidad en grado de influir significativamente en lo cotidiano, podría desembocarse en una suerte de obligatoriedad indirecta, con el riesgo de disfunciones en términos de igualdad y coherencia sistémica si los poderes públicos no contribuyen a perfilar con claridad antes los límites legales y a encauzar un proceso que de suyo podría ser disperso y desordenado.

© 2021 Elsevier España, S.L.U. Todos los derechos reservados.

The vaccine-condition or vaccination passport and its eventual fit into a broad recommended vaccination framework against COVID-19

A B S T R A C T

It is important to think about the eventual application of a COVID-19 vaccination certificate as an eligibility criterion to carry out certain activities and to discuss in advance the problems that the use of this tool may pose in legal terms. To this end, we must begin by stating the assumptions that would be necessary to justify its implantation, including scientific consensus on the scope of the immunity granted by COVID-19 vaccines, especially in blocking

Keywords:

Vaccine-condition

Vaccination Passport

COVID-19

Nudging

Individual Rights

Mandatory vaccination

Correo electrónico: cesar.cierco@udl.cat

<https://doi.org/10.1016/j.vacun.2021.02.001>

1576-9887/© 2021 Elsevier España, S.L.U. Todos los derechos reservados.

transmission in the community. Likewise, it emphasizes the importance of broadening the view in the sense of internalizing that the passport or vaccination pass constitutes only one of the many options within a rich catalog of possibilities when it comes to reinforcing the recommended vaccination model through incentives adopted in the Vaccination Strategy against COVID-19, including the use of nudging. In any case, if conditionality is installed and expanded to the extent of significantly influencing daily life, it could lead to a kind of indirect obligation, with the risk of dysfunctions in terms of equality and systemic coherence if the public powers do not contribute to clearly define the legal limits beforehand and to drive a process that in itself could be dispersed and disorderly.

© 2021 Elsevier España, S.L.U. All rights reserved.

Introducción

Deviene en un rasgo común a los sistemas de vacunación recomendada el que se haga hincapié en la voluntariedad, en que la vacuna no se impone a nadie. Sin embargo, a fuerza de lucir este punto, se cae a veces en una cierta demagogia. De entrada, porque se resta valor a la recomendación y, por consiguiente, a la presencia de una voluntad y de un interés de los poderes públicos en que la vacunación sea masiva con vistas a preservar el interés general que la prevención colectiva atesora, singularmente allí donde ésta trae consigo la inmunidad de grupo. Que sea voluntaria, en otras palabras, no significa que el interés colectivo se haya plegado al interés individual; simplemente ocurre que no se ha considerado estratégicamente necesario ondear ese interés para imponer un deber¹. Esto supuesto si la generalización voluntaria no arranca, no desemboca en las coberturas que se consideran óptimas o, simplemente, urge acelerarla por motivos sanitarios, es probable que el interés colectivo presione para canalizarse, ya sea mediante el establecimiento de un deber o, si no, a través de otras fórmulas imperativas «rebajadas» como es el caso del condicionamiento de actividades.

El estímulo a la vacunación como complemento de la recomendación y su proyección sobre la COVID-19

En un modelo de vacunación recomendada toca hacer fuerte, antes que nada, el acceso a la vacuna. Ocurre, con todo, que, por muy llano y efectivo que sea el camino que lleve a la vacuna (carácter de prestación pública, gratuidad, facilitación del entorno...), cabe que la generalización de la vacuna requiera de incentivos adicionales desde fuera de los servicios sanitarios. Una suerte de fomento que corra paralelo y que busque animar al ciudadano a vacunarse conjugando o echando mano de estímulos; estímulos que pueden ser de muy diverso formato y que, asimismo, es dado articular de muchas formas, ya en positivo, dando algo que ganar o mejorando la situación para obtenerlo, ya en negativo, haciendo que se pierda o que sea más difícil la obtención de algo. El fomento *lato sensu* se caracteriza de hecho por la versatilidad y la diversidad, como se explica en la literatura administrativista desde antiguo. Es más, diré que el uso de estos estímulos tiene una larga trayectoria en la vacunación sistemática tradicional, destacando, por encima de todos,

el establecimiento de vínculos, de intensidad y modulación variable, entre la vacunación y la escolarización de los niños².

Precisamente porque la música debiera sernos conocida, convendría estar atentos a las noticias que a diario recibimos acerca de la posible exigencia del certificado de vacunación contra la COVID-19 en muchos ámbitos: en el mercado laboral, en el ocio, en los viajes y así siguiendo. No se me oculta que algunas de estas noticias se antojan casi un globo-sonda, pero lo cierto es que gana enteros la figura del «pasaporte vacunal», la terminología es variopinta y me temo que poco precisa semánticamente: pase, salvoconducto, licencia, permiso, expresiva de la eventual conversión del certificado, cartilla o tarjeta de vacunación contra la COVID-19 en una condición para poder desarrollar actividades cotidianas y al cabo desenvolverse con más normalidad en la vida social. Hay un evidente impulso en esa dirección que tiene que ver no solamente con la generalización de la vacunación, sino también con las necesidades sociales y económicas de generar un marco más flexible que facilite el tránsito y la circulación de las personas. En el impulso del *vaccine passport* no solo late, pues, la preocupación por la protección de la salud colectiva, sino también la propia supervivencia o viabilidad de ciertas actividades sociales y económicas donde la búsqueda de un balance equilibrado con el control de la pandemia ve en esta técnica una salida para permitir un desarrollo más intenso.

Si el pasaporte vacunal acaba recalando no hace falta decir que saldrán a plaza una serie de problemas ante los que conviene estar en guardia, especialmente en nuestro país, habida cuenta de que la trayectoria moderna de nuestro sistema de vacunación sistemática, cuyas tasas infantiles se mueven en franjas excelentes, ha hecho que hayamos abandonado prácticamente la necesidad de cavilar en torno a este tipo de ligazones instrumentales entre la vacunación y ciertas actividades. Solo de forma tangencial encontramos aplicaciones asimilables a esta idea de pasaporte o salvoconducto vacunal. Pienso ahora, por ejemplo, en la supeditación de la matrícula en algunas guarderías, siempre en la etapa preescolar. Nada que ver, de todos modos, con países cuyo sistema de vacunación sí descansa en lo esencial en este tipo de planteamientos, caso de Estados Unidos, paradigmáticamente. Siendo esto así, la irrupción del pasaporte de vacunación contra la COVID-19 puede pillarnos a contrapié y de ahí la importancia de avanzar en la reflexión y de discurrir, aunque quizás no sea luego su impacto tan relevante o incluso no llegue a tener aplicación a la manera de una condición fuerte. ¿Cuáles son, en síntesis, los problemas que plantea esta figura?

Ante un hipotético pasaporte vacunal activado como condición: variantes y un primer guion de problemas

Por de pronto, importa significar que la gravedad de la problemática asociada a un hipotético pasaporte vacunal vendrá marcada por la dureza o suavidad de la condicionalidad, lo cual, a su vez, dependerá de la naturaleza de las actividades comprometidas A) así como de la existencia de alternativas a la vacunación asequibles y funcionales B). Sin olvidar, por otro lado, el efecto de arrastre o de comparación que puede provocar el carácter global de la pandemia, especialmente a través de los viajes internacionales C).

A. Si el certificado de vacunación contra la COVID-19 viene exigido para acceder a establecimientos o ejercitar actividades relevantes en lo cotidiano, es llano que el centro de gravedad del modelo basculará hacia zonas próximas a la obligatoriedad. No en vano, allí donde se condiciona la escolarización, por su vocación universal, se suele considerar que el sistema raya de facto en la obligación y, claro está, a mayor dureza, mayor fricción con las libertades y derechos individuales: con los relacionados de fondo con la actividad condicionada (el derecho a la educación, la libertad de movimiento, la libre elección de profesión u oficio, etc.), pero también con el trasfondo de la libertad ideológica o religiosa y, sobre todo, del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Hay que insistir por ello que, puestos en el marco de una opción recomendada, la generalización de la vacunación no puede erigirse por sí misma en la razón que justifique la condición. Ésta debe explicarse a la luz de la naturaleza de la actividad condicionada y, por tanto, del interés sanitario en que se reduzca el riesgo de contagio en su desarrollo. No es un matiz. Es el *quid*: no se trata de escoger las actividades más cotidianas para condicionar la participación en ellas al hecho de estar vacunado y, de este modo, impulsar la extensión de la vacuna colocando, por así decir, *checkpoints* estratégicos. Un tal enfoque resultaría falaz en el sentido de que sería incongruente con un canon general basado en la recomendación. Habría que, previamente, cambiar las tornas del sistema. Lo que sí resultaría coherente es la detección de actividades especialmente riesgosas, donde esté justificado en términos sanitarios aumentar las precauciones en cuanto al riesgo de contagio de la enfermedad, en este caso de la COVID-19. Es ésta y no otra la premisa que habría que robustecer y delimitar si es que se quiere dar entrada al pasaporte vacunal.

Interesa todavía, esto sentado, una segunda precisión. El riesgo de contagio que ha de justificar la exigencia de la vacunación en una actividad especialmente riesgosa atiende fundamentalmente a los demás. Eso no quiere decir, naturalmente, que haya que ignorar la vertiente individual. Esa faceta individual está, por supuesto, presente. Sin ir más lejos, en ella se inspira nuestra legislación en materia de riesgos laborales con vistas a proteger al trabajador, en consonancia con su derecho a una protección eficaz de su salud en el trabajo, a la hora de poder exigir al empresario que le facilite la vacuna correspondiente contra las enfermedades a las que se exponga en su desempeño³. Otra cosa es que, como ocurre con la COVID-19, el empresario esté limitado hoy por la distribución ordenada en régimen de exclusividad por las autoridades

sanitarias. De hecho, en situaciones como la que atravesamos, la autoridad sanitaria en concurso con la autoridad laboral, según establece la Ley General de Salud Pública en su artículo 33.2.h, está habilitada para coordinar el desarrollo de acciones preventivas y de vacunación⁴.

El pasaporte vacunal responde o mira principalmente, en cambio, a la vertiente colectiva. Se trata de neutralizar o minimizar el riesgo de contagio a los demás, a las personas que van a interactuar o compartir espacio en una determinada actividad. El meollo está, así pues, en identificar esas actividades especialmente riesgosas, hacer una radiografía apropiada (características intrínsecas, exposición al contagio, nivel de contacto, etc.) y trazar una estrategia eficaz. Es este un ejercicio complejo, donde, además, cobra una virtualidad muy marcada la naturaleza de la actividad y/o de la profesión de que se trate, destacando, sin duda, la idiosincrasia del mundo sanitario^{5,6}. A partir de aquí, se abre un elenco de posibilidades, entre ellas, ciertamente, la eventual exigencia de un certificado de vacunación como condición para el ejercicio o desarrollo de la actividad de que se trate. Pero insisto: el pase de vacunación es una opción *entre muchas* y, por tanto, debemos tener presente que hay una colección de medidas, un repertorio rico de posibilidades, con opciones más duras, como sería el caso del establecimiento de un deber⁷, pero también con medidas carentes de o con menor carga imperativa como las que proporcionan las ciencias del comportamiento a través del *nudging*^{8,9}. Por cierto que un cuadro específicamente diseñado para ilustrar de posibles nudges aplicados a la vacunación contra la COVID-19 es el que se ofrece en el documento *Behavioural Considerations for Acceptance and Uptake of Covid-19 Vaccines*, elaborado por el WHO Technical Advisory Group on Behavioural Insights and Sciences for Health, en octubre de 2020¹⁰. Incluso la propia manera de articular técnicamente la condición puede desembocar en expresiones de condicionalidad muy diversas entre sí¹¹.

Centrándonos en el certificado o prueba de la vacunación, lo cierto es que aplicar este esquema conceptual en relación con la COVID-19 tampoco supondría estrenar una vía inédita en nuestro panorama de vacunación. Viene al caso referir el ejemplo gráfico que nos proporciona el tatuaje y/o piercing. La normativa autonómica suele exigir a quien vaya a prestar esta actividad estar vacunado contra ciertas enfermedades como la hepatitis B. Así viene establecido, por ejemplo, en Cataluña (Decreto 90/2008, de 22 de abril, art. 11.1); Extremadura (Decreto 181/2004, de 30 de noviembre, art. 6.1); o Madrid (Decreto 35/2005, de 10 de marzo, art. 7.1). Se conoce, por la extensión de la medida y la falta de litigiosidad respecto de la misma, que existe un consenso sobre el riesgo de transmisión por vía parenteral de la hepatitis B en este contexto y que ello llevó a estatuir un mandato normativo de vacunación como condición de ejercicio. Luego es de ver que incluso en el marco de un sistema de vacunación recomendada pueden introducirse imperativos de vacunación de cara a ejercer ciertas profesiones.

El tratamiento de esta cuestión resulta, en mi opinión, jurídicamente sencillo en el plano abstracto o conceptual. En cuanto al fundamento legal de una tal intervención, cumple recordar que el art. 24 de la Ley General de Sanidad establece que «Las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para

la salud, serán sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo, de acuerdo con la normativa básica del Estado». Es dado, por tanto, exigir la vacunación como requisito allí donde se advierta un riesgo agravado de transmitir la enfermedad y contagiar a terceros en el ejercicio de una actividad, teniendo en cuenta, por otra parte, que, en algunos casos, esos terceros pueden ser especialmente vulnerables. No veo por qué habría de alterarse este esquema a propósito de la COVID-19; en lo conceptual, me refiero. Soy consciente de que, cuando descendemos de ese plano abstracto a lo concreto, el suelo de la pandemia tiene el gran inconveniente de estar en constante movimiento. Por tanto, hace falta, antes que nada, un consenso científico sólido que preste la pared maestra, la base científica que justifique la medida (a). De la misma forma que no se me ocultan los claroscuros que provocan la doble alma de la vacunación (b) y su regulación desvertebrada (c). Sin descontar, en fin, que el escenario actual es de escasez en cuanto a las vacunas, de modo que estaría fuera de orden fijar una condición a la que no tiene alcance el interesado (d).

a. Ese consenso científico al que aludo ha de tener dos claros componentes. Y es que no solo es preciso alcanzar un acuerdo acerca de las actividades donde el riesgo de contagio se agrava significativamente. Hace falta, al mismo tiempo, que haya consenso sobre la virtualidad de las vacunas disponibles en orden a neutralizar o minimizar la transmisión. Como quiera que el conocimiento sobre la virtualidad esterilizante y la inmunidad de grupo brindada por las vacunas COVID-19 se está aún consolidando, resulta difícil dar pasos resueltos en la dirección imperativa, especialmente en la línea más dura de hacer del certificado de vacunación una condición insustituible para ciertas actividades o profesiones. Lo cual tampoco quiere decir que no se puedan explorar mientras tanto otras opciones menos «duras» y enlazo esto con la anterior reflexión sobre la escala de posibles medidas y la necesidad de huir de representaciones simplistas y reduccionistas respecto de la versatilidad del Derecho en el diseño y plasmación de las políticas de vacunación¹².

b. Tengo para mí que no siempre se distinguen con la nitidez necesaria las dos almas, *individual* y *colectiva*, que posee la vacunación. Son, en el fondo, inescindibles, desde luego, pero, según donde se ponga el acento, las respuestas que el ordenamiento jurídico puede brindar son muy diversas, especialmente en lo que hace a la eventual limitación de libertades individuales. La ecuación es elemental: a más interés colectivo, más razón para poder limitar. Naturalmente, no le corresponde al Derecho la caracterización del riesgo y la determinación de ese plus que estaría en la base de la exigencia. Hay que entender que esa caracterización puede requerir de sus tiempos, como se acaba de señalar, hasta su asunción como evidencia en el seno de la comunidad científica. De donde la importancia de que el conocimiento científico en torno a la COVID-19 progrese en certezas y consenso porque, sin lugar a dudas, ese avance facilitará la misión que ha de desempeñar el Derecho. Otra cosa es que esta dependencia de la *lex artis* o estado de la ciencia abra a su vez un complejo debate sobre quién fija ese estado, cómo puede ser reconocido y, sobre todo, qué tipo de garantías pueden establecerse en orden a su utilización como base en la toma de decisiones por las autoridades sanitarias¹³.

c. El último escollo trae causa de la *desvertebración* que padece la *regulación* de la vacunación en España. A falta de un texto legal de cabecera, donde queden fijados los principios y se dé una respuesta o un marco de respuesta a las principales cuestiones, se produce de inmediato una «estampida» en busca de algún amarre que ayude a desentrañar qué se puede o no se puede hacer, acabando muchas veces en cláusulas generales o en normas muy alejadas, por el tema o por su vejez, que llevan a vacilar. ¡Qué fácil resolveríamos estas encrucijadas si una ley de vacunación regulase los vínculos posibles entre actividad, profesiones y vacunas!

d. Mientras el horizonte de acceso a las vacunas COVID-19 esté caracterizado por la *escasez* y el acceso regulado y priorizado, resulta obvio que es más estrecho el campo de la vacuna-condición. No solo porque no se puede estimular a alguien a que haga algo que en realidad no está en sus manos, sino también por la *discriminación* a que ello daría lugar en el ínterin, situando a los grupos prioritarios en una situación de ventaja que acaso nada tenga que ver con las razones que justificaron la prelación. No en vano, adviértase que en el origen de algunos recelos manifestados por las organizaciones internacionales para con el pasaporte o pase de vacunación COVID-19 están precisamente las desigualdades en las oportunidades de acceso a estas vacunas y, por añadidura, el juego de privilegios a que puede dar lugar, difícilmente defendible bajo el prisma de la equidad en salud pública. El estatus de vacunado, lejos de ser señal de solidaridad, podría convertirse en signo de privilegio. Así pues, ha de quedar muy claro que el pase de vacunación agradece previamente un escenario de acceso universal, real y efectivo a las vacunas COVID-19.

B. Precisamente si no perdemos de vista que el objetivo último es revestir de una especial protección el desarrollo de las actividades más riesgosas en clave de *alterum non laedere*, en un contexto de vacunación recomendada, se comprende que el pasaporte vacunal no puede erigirse en la única bisagra si hay otras alternativas en grado de permitir guardar ese objetivo eficazmente. Para que la vacunación COVID-19 se articule como condición absoluta, *sine qua non*, siendo el canon general recomendado, hace falta descartar la presencia de otras vías susceptibles de aportar garantías análogas, en lo sanitario y en lo operativo, de cara a la neutralización o rebaja del riesgo de contagio frente a los demás participantes (compañeros de trabajo, usuarios...). Dicho de otro modo, mientras la vacunación COVID-19 sea recomendada por regla, las pruebas alternativas de falta de riesgo de contagio solo pueden excluirse si no son equiparables en su virtualidad preventiva o si su gestión resulta inviable o compromete la estrategia general de la autoridad sanitaria. Sabemos que en esto la pandemia plantea un escenario un tanto singular frente a la vacunación sistemática tradicional, toda vez que las vacunas presentes en el calendario no tienen «competidores razonables» que ofrezcan garantías preventivas asimilables en el orden sanitario y que sean a la vez viables en su implementación a gran escala. Es por ello que puede supeditarse al seguimiento del calendario vacunal, sin *tertium genus*, la escolarización en muchos países. A propósito de la COVID-19, sin embargo, el desarrollo de las pruebas de detección, los test (PCR, antígenos), sugiere o, al menos, permite plantear —dejo, pues, a un lado, el debate científico sobre la seguridad que proporcionan según la tipología o uso que se haga de los mismos— la existencia de una

alternativa capaz de asegurar con un nivel similar de seguridad que la persona no representa un riesgo de contagio para los demás participantes en la actividad.

Cosa muy distinta es la apelación a la existencia de una vía natural de obtención de la inmunización mediante la exposición a un contagio deliberado. Dejando a un lado las dudas que también se ciernen sobre las propiedades de la inmunidad así obtenida, desde muchas instancias internacionales cualificadas, principiando por la Organización Mundial de la Salud, se ha significado cómo una estrategia centrada en la obtención de una inmunidad de la población a base de contagios masivos atenta frontalmente contra el principio de equidad en salud pública y pone en grave riesgo a los ciudadanos, obviando sin más que para inmunizarse naturalmente hace falta superar la enfermedad, lo cual no está garantizado, pues puede ser letal, o puede acarrear graves secuelas, que aún nos están sorprendiendo. Se considera, en suma, que este enfoque viene a representar de forma falaz a la COVID-19, a la manera de una enfermedad leve, que solo ocasiona unas pocas molestias. En este sentido, adquiere mucho interés la respuesta que ha dado nuestro Tribunal Supremo ante el planteamiento del derecho a contagiarse de la COVID-19 que, a su vez, serviría como pretexto para ignorar las medidas de distanciamiento impuestas, en concreto, el uso obligatorio de la mascarilla. El alto tribunal se ha mostrado categórico en su rechazo: «La salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad»¹⁴. Por eso mismo, la clarificación del valor concedido a la prueba de haber superado la enfermedad frente a la de haber sido vacunado en un escenario de utilización práctica del pase de vacunación deviene en un aspecto a perfilar con rigor. Si no se precisa bien esta relación pueden provocarse graves disfunciones en la línea de promover al cabo la búsqueda intencionada del contagio.

Volviendo a las pruebas de detección, interesa no tanto plantear un enfrentamiento test vs. vacuna, sino, al contrario, aprovechar la «competición» para convertirla agudamente en un estímulo de cara a la generalización de la vacuna, haciendo más patentes las ventajas de esta opción y mejorando el acceso a la misma. Reparemos, sin ir más lejos, en el esfuerzo que ha realizado el test para imponerse como alternativa a la cuarentena en el marco de los viajes internacionales durante esta pandemia. Salvando las distancias, claro es, la vacuna debe aspirar a predominar haciendo gala de todas sus ventajas. Ventajas que, más allá del discurso solidario o el fondo filosófico cosido a la dimensión colectiva de la vacunación, han de buscarse también en la propia practicidad, en el *tête à tête* con el test en la vida corriente. Ahí está, por referirme a algunos elementos de comparación que puede ser determinantes, el coste económico, la duración del certificado, lo que se tarde en obtenerlo, el alcance de su reconocimiento y así siguiendo. La vacunación debe, pues, esforzarse en adelantar, en ganar terreno como método práctico de prueba de la falta de riesgo de contagio, a cuyo efecto, además de la progresión en la evidencia científica sobre la inmunidad concedida,

tocará aplicarse en la facilitación del acceso a la vacuna y de la documentación o prueba del hecho.

Aunque cualquier pronóstico es de suyo arriesgado, las limitaciones en el acceso universal a la vacunación COVID-19 pueden hacer que este escenario de convivencia sea probable a corto plazo. En tal caso, el pasaporte vacunal, más que en la órbita de lo imperativo, se situará en el plano de lo conveniente, es decir, de lo que es útil, oportuno y provechoso; ubicación que, sí, se compadece mucho mejor con el canon general de la recomendación, pero que obliga por otra parte a allanar y facilitar el acceso a la vacunación, trabajando más a fondo facetas que, sin la presión de esta concurrencia, acaso se habrían tenido por menos relevantes.

C. Finalmente, el cariz de la vacuna-condición contra la COVID-19 puede hallar un espaldarazo importante por efecto de la sanidad exterior y, señaladamente, del régimen de viajes internacionales. Rige aquí lo previsto en el Reglamento Sanitario Internacional, que contempla la posibilidad de que los Estados establezcan de manera motivada la exigencia de certificados de vacunación como condición para la entrada de viajeros¹⁵. No en vano, el certificado de vacunación ha tenido históricamente en el mundo de la sanidad exterior uno de sus principales escenarios aplicativos, con desarrollos sobresalientes en el terreno, por ejemplo, de la estandarización, de la que es gráfica manifestación la *carte jaune* o *yellow card*. Ni que decir tiene que a la Organización Mundial de la Salud le preocupa que la aplicación del Reglamento Sanitario Internacional respecto de la vacuna contra la COVID-19 desemboque en un mapamundi abigarrado, sin concierto, entre otras razones por las implicaciones que ello habría de tener en términos de equidad, supuesto el acceso desigual a la vacuna en las distintas latitudes. De ahí que su posición, sea reticente por el momento. Vale decir que entre las recomendaciones temporales a los Estados parte surgidas de la sexta reunión del Comité de Emergencias, convocada por el Director General de la Organización Mundial de la Salud (14 de enero de 2021), encontramos la de: «Por el momento, no imponer a las personas que realicen viajes internacionales el requisito de demostrar que han sido vacunadas o que están inmunizadas para permitirles acceder al país, puesto que todavía hay cuestiones esenciales que se desconocen acerca de la eficacia con que la vacunación reduce la transmisión y de la disponibilidad limitada de vacunas. Los certificados de vacunación no eximen a los viajeros internacionales de cumplir con las demás medidas de reducción de riesgos aplicables a los viajes»¹⁶.

Final: la importancia de que la eventual utilización de la vacuna-condición o el pasaporte vacunal sea enmarcada por las autoridades sanitarias en la estrategia de vacunación

La eventual recepción del mecanismo de la vacuna-condición para hacer frente a la COVID-19 no es *per se* incompatible con el canon general adoptado de recomendación, pero sí puede modificar la percepción social de la voluntariedad. Hasta el punto de que si el certificado de vacunación se convierte en un pase exigido en ámbitos sociales o laborales habituales el sistema podría bascular hacia los márgenes de la

obligatoriedad. No una obligatoriedad directa, expresada en un deber legal general de vacunarse, pero sí una obligatoriedad indirecta, basada en un condicionamiento sensible del desarrollo de la vida cotidiana.

Un escenario de obligatoriedad indirecta puede incluso, como se ha dicho, llevar a la convicción social de que, en la práctica, vacunarse es imperativo para desenvolverse en el día a día; situación que, a diferencia de lo que pueda pensarse a primera vista, no es tampoco un bálsamo en términos jurídicos. Acaso se suponga que ese manto de «obligatoriedad social» le conviene al cabo a la recomendación, que se vería reforzada por una especie de *opinio iuris sive necessitatis*, es decir, una convicción social espontánea sobre la obligatoriedad no impuesta por el poder público. Esa es la primera lectura, muy superficial diría, de la cuestión visto que lo que agradece la recomendación no es la adhesión sin más, sino el alineamiento consciente fundado en el convencimiento de las bondades, individuales y colectivas, de vacunarse. En todo caso, lo que ha de inquietar especialmente es que la obligatoriedad indirecta se vaya consolidando sin orden ni concierto, esto es, fuera de la estrategia o plan de vacunación contra la COVID-19 fijado por las autoridades sanitarias. En este sentido, me limitaré a apuntar, para cerrar esta reflexión, dos razones que, a mi juicio, deberían llevar al legislador a meditar si no convendría anticiparse y tomar cartas en el asunto.

La vacuna-condición debe tener márgenes reconocibles en las normas. Sin ellos, se corre el gravísimo riesgo de que el certificado de vacunación venga exigido *sottovoce* o de extranjs, dando pie a situaciones de discriminación difíciles de corregir. De ahí la importancia de seguir la pista a los contextos donde ya se plantea la conveniencia de exigir el certificado contra la COVID-19 a fin de comprobar si los límites legales resultan lo suficientemente claros. Las vacilaciones acerca de si una tal exigencia de vacunación podría vehicularse a través de los instrumentos de prevención de riesgos laborales me parecen elocuentes. De la misma forma que hubo que precisar normativamente el papel de la enfermería respecto de la administración de las vacunas, haría bien el legislador en intervenir allí donde se detecten claroscuros, y aquí los debates mediáticos pueden ser aprovechados como señal de alarma, perfilando los contornos *por mor* de la seguridad jurídica. Téngase presente que no es solo que la vacunación contra la COVID-19 carezca de presencia específica en muchos sectores normativos que actualmente se barajan al hablar de la vacuna-condición. Es que en algunos de esos sectores normativos ni siquiera se alude a la vacunación en general, lo que fuerza a realizar operaciones interpretativas arriesgadas a los efectos de subsumir el problema en supuestos de hecho similares. La transversalidad de la salud pública puede, por otra parte, interpretarse en un marco general de recomendación de una manera confusa y poner en jaque la coherencia del conjunto. Me refiero a que si las autoridades sanitarias competentes descuidan o hacen dejación de su papel al frente de la política de vacunación diseñando la condicionalidad puede ocurrir que sean otras autoridades o incluso los operadores privados quienes desarrollen esas condiciones al amparo de normativas sectoriales de carácter laboral o colegial. Asistiremos, de ser así, a posibles problemas de coherencia entre lo general y lo especial. Hay que insistir por eso mismos en la importancia de la coherencia de todo el conjunto. Eso que en

la Estrategia se sintetiza en el adjetivo «común», que es, por otra parte, un trasunto del término aplicado al calendario de vacunación. Existiendo una política de vacunación oficial que acoge como canon de vacunación contra la covid-19 la recomendación, todas las partes del conjunto, también, pues, las expresiones imperativas, habrán de compartir una cohesión de fondo. Desencajaría así que surgiesen espontáneamente manifestaciones de vacunación condicionante que hicieran excepción de la recomendación, suplantando, por tanto, el liderazgo estratégico. Es la salud pública la que proporciona el marco a respetar por sus distintas expresiones. No otro puede ser el sentido de la existencia de una ley general en salud pública. Y aunque la coherencia tendamos a predicarla básicamente en clave de distribución competencial, conviene no perder de vista que es pertinente igualmente en lo que concierne a la relación general-especial. Es más, existen medidas de prevención cuya articulación agradece una cohesión reforzada como ocurre, paradigmáticamente, con la vacunación. Por tanto, la recomendación no es un *minimum* disponible, sino la opción estratégica adoptada por la autoridad competente para liderar la vacunación contra la covid-19. Otra cosa es que este modelo pueda admitir, que lo hace conceptualmente como ya nos consta, modulaciones basadas en la lógica de la apreciación de un riesgo agravado o acentuado. Entonces sí, la propia política de vacunación —desde dentro, pues, no desde fuera— puede incorporar capítulos específicos de condicionalidad.

El certificado de vacunación debe oficializarse. Sea cual fuere el empleo que de él acabe haciéndose, importa mucho que se trate de un documento revestido de las mejores cualidades de la oficialidad y, por eso mismo, habrá que seguir con mucha atención la evolución de los registros de vacunación contra la COVID-19 en tanto que soporte o base a partir de la cual pueda generarse dicho certificado. Lo aconseja, desde luego, la estandarización, que es fundamental en términos de circulación o movimiento, bien sabemos de los escollos y barreras que pueden surgir sin un modelo normalizado que facilite el reconocimiento mutuo o la interoperabilidad del certificado de vacunación. Pero es que, además, está al acecho el problema del fraude, sin descartar incluso la aparición de un mercado negro de pases de vacunación y, a la postre, de la fiabilidad y de la confianza, no puedo evitar en este punto recordar la gravedad de la «falsa vacuna» en los tiempos iniciales de la vacunación antivariólica. Sin olvidar, en fin, que el certificado de vacunación aloja datos sanitarios que es de fuerza proteger especialmente por su íntima conexión con la privacidad a fin de que solo sean usados, llegado al caso, con fines de prevención epidémica¹⁷.

Dos claras razones postreras que deberían desperezar al legislador, haciéndole ver la importancia de encauzar oportunamente esta cuestión, aclarando cuándo, cómo y por qué razón va a poder exigirse el pasaporte de vacunación si es que esta opción acaba contemplándose en el marco de la política o estrategia de vacunación contra la COVID-19.

Financiación

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación Salud Pública en Transformación, financiado por el Ministerio de

Innovación y Ciencia (PID2019-107212RA-I00), cuya IP es la profesora Laura Salamero Teixidó.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

BIBLIOGRAFÍA

- Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España. Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (2020). https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/COVID19/docs/COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf.
- César Cierco Seira. *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*. Madrid: Marial Pons; 2018. p. 19-40.
- Real Decreto 664/1997 del 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-11144-consolidado.pdf>.
- Ley 33/2011 del 4 de octubre. General de Salud Pública. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-15623-consolidado.pdf>.
- Ley 44/2003 del 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-21340-consolidado.pdf>.
- Beltran-Aguirre JL. *Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados*. *Derecho y Salud*. 2012;22:9-30.
- Tolosa-Tribiño C. *Problemas legales de la vacunación en España*. *Diario La Ley*. 2021:1-10.
- Dubov A, Phung C. *Nudges or mandates? The ethics of mandatory flu vaccination*. *Vaccine*. 2015;33:2530-5.
- Attwell K, Smith DT. *Hearts, minds, nudges and shoves: (How) can we mobilise communities for vaccination in a marketised society?* *Vaccine*. 2018;36:6506-8.
- World Health Organization. *Behavioural considerations for acceptance and uptake of COVID-19 vaccines*. <https://www.who.int/news/item/21-12-2020-behavioural-considerations-for-acceptance-and-uptake-of-COVID-19-vaccines>.
- MacDonald N, Harmon S, Dube E, Steenbeek A, Crwocroft N, Opel DJ, et al. *Mandatory infant & childhood immunization: Rationales, issues and knowledge gaps*. *Vaccine*. 2018;37:5811-8.
- Paul KT, Loer K. *Contemporary vaccination policy in the European Union: tensions and dilemmas*. *J Public Health Policy*. 2019;40:166-79.
- Esteve Pardo J. «La apelación a la Ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. 2020;2:35-50, <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/272/301>.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2020, recurso 140/2020. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196ab37f0205e0a58d86ffe381ae9273000>.
- WHO. *International Health Regulations (2005)*, WHA58.3. 3ª ed. Geneve. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf>.
- Statement on the sixth meeting of the International Health Regulations (2005). Emergency Committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic. 2021. [https://www.who.int/news/item/15-01-2021-statement-on-the-sixth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(COVID-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/15-01-2021-statement-on-the-sixth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(COVID-19)-pandemic).
- Piñas- Mañas JL. *Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19*. *COVID-19 y Derecho Público*. Valencia: Ediciones Tirant lo Blanch; 2020. p. 135-84.