

# MARCO LEGAL DE LA INMUNOPROFILAXIS EN TRABAJADORES. JURISPRUDENCIA SOBRE ENFERMEDADES PREVENIBLES POR VACUNACIÓN.

Pedro Escribano Testaut

Doctor en Derecho

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo.

## INTRODUCCIÓN.

En una primera aproximación al tema que nos ocupa, podríamos comenzar la exposición señalando que la vacunación en España es voluntaria, ya que nuestro ordenamiento no incorpora explícitamente el deber de vacunación. Por consiguiente, la regla general de la que tendremos que partir en esta materia es que, en principio, nadie ser obligado a vacunarse, del mismo modo que nadie puede ser, también en principio, obligado a someterse a un reconocimiento o a un tratamiento médico.

Ahora bien, esta inicial afirmación, así formulada en tan rigurosos términos, tiene que ser inmediatamente matizada por cuanto que en determinadas ocasiones la voluntariedad deviene obligatoriedad.

Veamos.

## EL MARCO CONSTITUCIONAL.

Con carácter introductorio, para avanzar en la problemática jurídica de las vacunaciones, singularmente en el punto que ahora nos interesa, que es el mencionado de su voluntariedad u obligatoriedad, resulta obligado partir del marco constitucional relativo a la libertad de determinación de las personas sobre los tratamientos médicos, tanto en su vertiente preventiva como en la propiamente paliativa y asistencial.

A estos efectos, aun cuando no existe doctrina del Tribunal Constitucional ni jurisprudencia propiamente dicha acerca de la vacunación y su problemática, sí que disponemos de doctrina constitucional y la jurisprudencia recaída en relación con una práctica ligada a la salud pública y la vertiente preventiva de la protección de la salud, como es el marco jurídico general de los reconocimientos médico. Doctrina que proporciona pautas que pueden ser de gran ayuda para centrar el tema que nos ocupa.

Nuestra indagación en este punto comenzará por el caso resuelto en la **sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004 de 15 de noviembre**, donde, en síntesis, se examinaba el caso de un reconocimiento médico de empresa, practicado a una empleada, según decía esta sin su consentimiento.

El Tribunal Constitucional inicia su análisis del problema litigioso centrándolo en torno a la posible afección de dicho reconocimiento médico sobre el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE):

*“el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según la*

*doctrina de este Tribunal antes transcrita, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo. Así, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”*

Desde esta perspectiva, entiende el Tribunal Constitucional que la práctica de un reconocimiento médico efectuado por los servicios médicos de empresa incide en el ámbito de ese derecho fundamental; y en este sentido ha de enmarcarse la regla general contenida en la Ley 31/95, de prevención de riesgos laborales, consistente en que la regulación de la vigilancia de la salud de los trabajadores descansa en un principio vertebral: la voluntariedad del reconocimiento médico.

No obstante, el mismo Tribunal Constitucional advierte a continuación que

*“existen sin embargo excepciones a ese principio de libre determinación del sujeto, configurándose supuestos de obligatoriedad. Así ocurre, dice la Ley, cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; cuando se busque verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1, párrafo segundo, LPRL). Esa previsión adapta al campo de la salud laboral la lógica propia de la normativa sanitaria, que contempla también tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias (señaladamente, art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica)”*.

Si bien el Tribunal Constitucional se cuida de puntualizar que las excepciones contenidas en la Ley de prevención de riesgos laborales deberán cumplir ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición del control médico. Dice, en este sentido, el Alto Tribunal que

*“Ciertamente, la Constitución, en su art. 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones –art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sea un derecho absoluto, pues puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral. Claro que, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia en el terreno del propio derecho fundamental a la intimidad personal, las posibles limitaciones deberán estar fundadas en*

*una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 16)”.*

Argumento, este, que se refuerza más adelante con la siguiente afirmación:

*“[...] los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas, a saber: la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse ad casum la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador.*

*Consecuentemente, los límites legales (las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, previstos en el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL) quedan vinculados o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (pues es obvio que existen empresas y actividades sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados por el mismo – ATC 272/1998, de 3 de diciembre–)”.*

Cerrándose el razonamiento con una declaración de gran importancia para el tema que nos ocupa:

*“La obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”*

Y continúa la sentencia con unas consideraciones ya específicamente referidas al ámbito de la salud laboral, que a pesar de su extensión conviene transcribir:

*“Si la habilitación legal de los reconocimientos médicos obligatorios de naturaleza preventiva regulados en el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL tiene el encuadramiento y límites que acaban de ser formulados, tampoco carecen de ellos otro tipo de previsiones sobre la salud laboral igualmente contenidas en nuestro ordenamiento.*

*Por ser especialmente destacable cabe referirse, en primer lugar, al art. 25.1, párrafo segundo, LPRL, precepto que dispone que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con*

*la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.*

*Merece cita, en segundo lugar, el art. 196, apartados 1 y 3, de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), según el cual las empresas que pretendan cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento previo a la contratación de los trabajadores que hayan de ocuparlos y no podrán contratar a quienes en el reconocimiento médico obligatorio no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate, ni tampoco permitir la continuidad en sus puestos a los que no mantengan la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.*

*Ambas previsiones están inspiradas en la existencia de un riesgo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo. De manera que la potencial afectación en la intimidad personal del trabajador –de tener que someterse conforme a la Ley, en su caso, a pruebas y controles médicos como condición para el acceso o el mantenimiento del puesto de trabajo– sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo. Esto es, en la misma línea apuntada en el fundamento anterior, se vulneraría la intimidad personal si la obtención de datos pertenecientes a la privacidad del trabajador descansase en una utilización extensiva de esas habilitaciones legales, sustituyendo la finalidad de la norma hasta hacer impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Todo lo cual nos lleva a advertir de la necesidad de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con dichas previsiones legales, haciendo posible ese tipo de reconocimientos obligatorios, así como a excluir las imposiciones indiscriminadas de un control médico tendente a la evaluación psicofísica de los trabajadores con base en dichos preceptos.*

*El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. Un derecho que sólo puede venir restringido por las excepciones enunciadas, con los requisitos y límites mencionados. En suma, la regla es –y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal– la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo.*

Sobre la base de estas premisas, descendió el Tribunal Constitucional al caso ahí examinado, apreciando que

*“[...] nos encontramos en el marco ordinario de vigilancia de la salud, voluntaria y consentida, sin ningún componente adicional que obligue a otro tipo de ponderación. En efecto, nada se observa en las actuaciones*

*de lo que sea posible deducir que la exploración médica realizada a la trabajadora respondiese a alguno de los supuestos excepcionales de control obligatorio de la salud. Así se deriva, en primer lugar, de las posiciones de las partes (la propia empresa insiste en la existencia y validez del consentimiento de la recurrente, aunque no fuera expreso, lo que conecta el caso con un supuesto ordinario de vigilancia consentida de la salud). Y también, en aplicación de la doctrina sentada en los fundamentos anteriores, de la ausencia de todo tipo de justificación ad casum por parte de la empresa de la imposición del control médico por la concurrencia de un interés general del grupo social o de la colectividad laboral o de algún tipo de situación de necesidad objetivable relativa al puesto o a la prestación de trabajo, vinculada con la certeza de un riesgo o peligro o con la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Como no consta, y es por tanto otro indicio de la inexistencia de un supuesto de obligatoriedad de la exploración médica, una justificación de los motivos que determinarían la realización de la detección a la trabajadora singularmente considerada. No hay tampoco acreditación alguna de un riesgo efectivo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo; ni hay razonamiento alguno, en ese sentido, de la concurrencia de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con previsiones legales como las de los arts. 25.1, segundo párrafo, LPRL, o 196, apartados 1 y 3, LGSS”.*

Y esta apreciación condujo a la conclusión estimatoria del recurso de amparo, por entender el Tribunal Constitucional que aun cuando la empleada recurrente había prestado su consentimiento para la práctica del reconocimiento médico, tal autorización sobre su ámbito de intimidad personal, para ser eficaz, requería una expresa y previa información de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad.

Más recientemente, una **sentencia de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015 (recurso de casación nº 178/2014)** ha profundizado en esta misma línea discursiva. Se dictó esta sentencia en relación con un conflicto colectivo en el que el sindicato recurrente pedía que se declarase no ajustada a Derecho la exigencia de que los trabajadores pasasen reconocimientos médicos obligatorios en la empresa para la que prestaban servicios (una empresa dedicada a la actividad de prevención y extinción de incendios en el medio rural), establecidos para determinar su aptitud para el trabajo.

En cuanto ahora interesa, el Tribunal Supremo comienza su examen del caso sentando las siguientes consideraciones generales:

*“A) El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el*

*ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas).*

*Se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y jurisprudencia allí citada).*

*B) Estando en cuestión la posible vulneración del art. 18.1 CE en el marco de una relación laboral, debe recordarse que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal (por todas, STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6).*

*La propia jurisprudencia constitucional que, de forma acertada, invoca el recurso acepta la existencia de excepciones al carácter voluntario de los reconocimientos para la vigilancia de la salud. Pese a la ausencia de previsión explícita en el propio artículo 18.1 CE, el derecho en cuestión puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral (STC 196/2004).*

*Desde la perspectiva de la intimidad del trabajador, ello significa que el derecho a la intimidad puede ceder ante otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).*

*C) Así las cosas, la conclusión parece clara: estaremos ante una infracción del derecho a la intimidad si al trabajador se le impone el sometimiento a la vigilancia de la salud sin que exista causalidad, proporcionalidad y previsión legal suficiente. Puesto que el artículo 22.1 LPRL se ocupa del tema de la voluntariedad y de sus excepciones, la determinación de si el derecho a la intimidad impide la práctica de reconocimientos médicos obligatorios para los trabajadores afectados por el conflicto ha de afrontarse a través del estudio del referido precepto legal*

*Si la empresa puede imponer válidamente los reconocimientos médicos habrá de concluirse que la afectación del derecho a la intimidad no vulnera el artículo 18.1 CE y viceversa. De hecho, la Confederación recurrente separa en submotivos la infracción del precepto constitucional y del legal, pero los agrupa dentro de una rúbrica única, dando a entender también esa inseparabilidad; solo para una mejor tutela judicial de la recurrente se ha mantenido aquí esa separación formal del análisis. Queda claro, pues, que la clave del litigio (y del recurso) se halla en la interpretación de las excepciones que al principio*

*general de voluntariedad en la sumisión a reconocimientos médicos acoge el artículo 22.1 LPRL.”*

Centrándose precisamente en este punto, razona el Tribunal Supremo a continuación:

*“La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo dedica su artículo 14 a la “Vigilancia de la salud” y pide que se adopten medidas para garantizar ese objetivo. Conforme a su número 2, estas medidas permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares.*

*Tal genérica previsión es la desarrollada por el artículo 22.1 LPRL del que venimos hablando y cuyo texto (inalterado desde 1995) dispone lo siguiente:*

*1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.*

*Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.*

*En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.*

*Como se observa, el derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede así ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero y el del empresario a conocer la existencia de enfermedades capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo, circunstancia en virtud de la cual se establecen tres excepciones a la regla general de voluntariedad.*

*A) Características y principios.*

*La interpretación del alcance que poseen las tres excepciones a la regla de voluntariedad no puede prescindir de los criterios sentados al respecto por el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ), especialmente contenidos en la STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004. Por ello, de la regulación expuesta deben destacarse los siguientes caracteres y principios:*

*· La determinación de una vigilancia periódica –y como regla general consentida– del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral.*

- *La voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos.*
- *La existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto.*
- *El principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo.*
- *El necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud.*
- *El derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador.*
- *La prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador.*
- *La posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.*

*B)Regla general: la voluntariedad.*

*Preservando así la propia intimidad, tanto la Directiva Comunitaria cuanto el artículo 22.1 LPRL acogen la voluntariedad como regla general.*

*De ahí que el párrafo 2 del art. 22.1 disponga que la vigilancia de la salud a través de los reconocimientos médicos sólo podrá realizarse, por regla general, cuando el trabajador preste su consentimiento. El trabajador, por tanto, será libre para decidir someterse o no a los controles médicos, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales.*

*Que este sea el principio vertebral en la materia y que esté en juego la garantía de un derecho fundamental concuerda con el criterio interpretativo clásico de que las excepciones a la regla general habrán de interpretarse de manera restrictiva (*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*). El artículo 4.2 CC dispone que las normas excepcionales “no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.*

*Como ya dijera nuestra STS 28 diciembre 2006 (rec. 140/2005), la regulación legal significa, en principio, que el empresario debe proponer los reconocimientos médicos, pudiendo el trabajador aceptar o rehusar su práctica. Es acorde, pues, esta norma preventiva con el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que excluye la ilegitimidad de las intromisiones en el ámbito íntimo de la persona, cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso.*

*C) Posibilidad de excepciones.*

*La construcción constitucional general sobre los derechos fundamentales, de forma genérica, y sobre la intimidad, de manera*

*específica, comporta su limitación como consecuencia de la interacción con otros.*

*El principio de libre determinación del sujeto se excepciona en los casos contemplados por el artículo 22.1 LPRL. Esa previsión adapta al campo de la salud laboral la lógica propia de la normativa sanitaria, que contempla también tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias (señaladamente, art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Ahora bien, las excepciones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales deberán cumplir ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición del control médico.*

*En la STS 28 diciembre 2006 (rec. 140/2005) ya explicitamos que cuando operan estas excepciones la obligatoriedad se convierte en norma general, siempre, naturalmente que la medida no se acuerde fraudulentamente –a lo que, en principio es contrario, una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo– y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud a que se refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22 y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores «en función de los riesgos inherentes al trabajo», de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal.*

*Pero de las tres hipótesis contempladas como excepciones a la voluntariedad, aquí solo interesa examinar la segunda de ellas: cuando se trata de verificar «si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores, o para terceras personas relacionadas con la empresa».*

Expuestas, así, las circunstancias en que puede aceptarse la obligatoriedad del reconocimiento médico, y los requisitos a los que se anuda la legitimidad de tal práctica, ahonda el Tribunal Supremo en la finalidad última de esta obligatoriedad: la necesidad de proteger al trabajador o a otras personas. Argumenta a este respecto el Tribunal lo siguiente:

*“ A) El legislador admite la práctica obligatoria de reconocimientos cuando sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.*

*Pero recordemos que, conforme a doctrina constitucional, “la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión” (STC 196/2004).*

*B) Partiendo de la anterior matización, el recurso entiende que el riesgo para terceros solo puede predicarse respecto de puestos de trabajo cuyas funciones sean decisivas para la seguridad de esos terceros (pilotos de avión, conductores). Pero en el caso de los*

*brigadistas los riesgos derivan de las condiciones en que se trabaja y si, sigue diciendo el recurso, se manifiesta alguna enfermedad ya se le dará el tratamiento oportuno a través de la incapacidad temporal o cambio de puesto de trabajo.*

*La jurisprudencia constitucional ya citada ha examinado los supuestos de reconocimiento obligatorio y ha concluido que “un riesgo efectivo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo”, o bien deben concurrir “factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con previsiones legales como las de los arts. 25.1, segundo párrafo, LPRL, o 196, apartados 1 y 3, LGSS».*

*En síntesis, pues, la obligatoriedad sólo puede imponerse si existe un riesgo o peligro objetivable”.*

Estas dos sentencias que se acaban de reseñar apuntan una línea discursiva que es importante destacar, en torno a la doble significación que presenta la salud pública. Esta, ciertamente,

- se despliega en primer lugar como un derecho de los ciudadanos, de naturaleza prestacional (en cuanto confiere al ciudadano el derecho a recabar unas prestaciones asistenciales por parte de los poderes públicos), que incide directamente, en algunos aspectos de su desenvolvimiento, en el derecho fundamental consagrado en el art. 18 CE;

- pero de forma paralela sobrepasa o trasciende esa perspectiva puramente individual en la medida que adquiere una dimensión objetivada de carácter social, de la que es manifestación, precisamente, el deber de los ciudadanos de someterse bajo ciertas condiciones y circunstancias, a las actuaciones de vigilancia y prevención de la salud.

Pues bien, como hemos visto, la tensión anotada entre la esfera de libertad del individuo y la ineludible consideración social de la cuestión se ha resuelto por la doctrina constitucional y la jurisprudencia en el sentido de que en determinadas circunstancias se puede dar prioridad o prevalencia a la dimensión social del problema, y así, establecer la obligatoriedad de la medida preventiva (en los casos examinados *supra cit.*, el reconocimiento médico) cuando concurren –dicho sea en síntesis– cuatro condiciones, a saber:

1º) la existencia de un riesgo para la salud pública;

2º) la presencia de un interés social o colectivo preponderante del grupo social que reclame la adopción de medidas preventivas para evitar o superar ese riesgo;

3º) la indispensabilidad objetiva de las pruebas preventivas para prevenir eficaz y proporcionalmente el riesgo que se trata de superar o eludir; (lo cual implica que no existan alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos)

4º) la existencia de una previsión legal para esas medidas limitadoras, que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y determine con precisión los presupuestos materiales de necesaria concurrencia para su aplicación.

## EL MARCO LEGAL DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DE SALUD PÚBLICA: ENTRE LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y LA TRASCENDENCIA SOCIAL

La tensión dialéctica que las sentencias precitadas muestran entre la esfera de libertad individual de la persona y la trascendencia social del problema se hace igualmente visible en las distintas normas de nuestro Ordenamiento Jurídico concernientes al ámbito de la salud pública. Así:

1º) desde el prisma de la salud como derecho, vemos que:

- la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 2.2º que *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”*, más aún, el paciente tiene derecho a decidir, debidamente informado, sobre las opciones clínicas disponibles (aptdo. 3º) e incluso puede negarse al tratamiento, *“excepto en los casos determinados en la Ley”* (aptdo. 4º). Por eso, se requiere como regla general el consentimiento libre y voluntario del afectado (art. 8.1º);

- y la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública enfatiza el derecho de los ciudadanos a recibir información en materia de salud pública (art. 4) y a la intimidad, confidencialidad y respeto de su dignidad (art. 7), añadiendo que *“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”* (art. 5.2);

2º) En cambio, desde el plano del deber,

- la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril establece en su artículo 11.1 que es obligación de los ciudadanos *“cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios sanitarios”*;

- en similares términos, el artículo 9.2 a) de la precitada Ley de autonomía del paciente dispone que *“Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento... cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”*;

- y la Ley General de Salud Pública 33/2011 establece que los ciudadanos tienen el deber de colaborar en las actuaciones de salud pública, facilitando el desarrollado de tales actuaciones y absteniéndose de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución (art. 8); e incluso tienen el deber de poner en conocimiento de las autoridades sanitarias los hechos, datos o circunstancias de que tengan

conocimiento, que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población (art. 9).

Es en este mismo sentido como deben ser interpretadas las normas legales (art. 25.1 LPRL y artículo 196, apartados 1º a 3º, LGSS 1/94, hoy artículo 243 TRLGSS 8/2015) que en relación con puestos de trabajo que conlleven riesgo para los trabajadores o para terceros, permiten:

1º) someter a quienes aspiren a desempeñar o ya desempeñen dichos puestos a reconocimientos médicos periódicos con el objeto de verificar su aptitud para tal desempeño; y

2º) no emplear en esos puestos de trabajo a quienes por sus circunstancias personales puedan ponerse en situación de peligro por causa de dicho desempeño, o puedan poner en tal situación a los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa

[ - el artículo 25.1 LPRL establece lo siguiente:

*“Artículo 25: Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*

*1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.*

*Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.*

- Y el artículo 196, apartados 1º a 3º, LGSS 1/94, hoy artículo 243 TRLGSS 8/2015, a cuyo tenor:

*“Artículo 196º - Normas específicas para enfermedades profesionales*

*1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*

*2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, a quien abonará aquélla, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir*

*3. Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos”]*

Así, por ejemplo, una reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 2016 (recurso

de suplicación nº 731/2015 consideró infundada la justificación dada a un despido disciplinario impuesto a un trabajador, por no comparecer al reconocimiento médico al que había sido citado en atención al tipo de trabajo que realizaba. La Sala centra el problema en si la conducta del actor que contumazmente se negó a someterse al reconocimiento médico, forma parte de la excepción a la regla general sobre voluntariedad de los reconocimientos médicos, que se contempla en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales . Pues bien, acude la Sala a la doctrina sentada en la STS de 10 de junio de 2015, que ya conocemos, para concluir lo siguiente:

*“Y en el caso, entendemos no se ha acreditado, en modo alguno, que el trabajador debiera someterse al reconocimiento médico, de manera obligatoria, por lo que sigue primando la regla general de voluntariedad en la práctica del reconocimiento médico y por ello, a nuestro juicio, el trabajador no ha incurrido en la falta de desobediencia que se le imputa y ello por cuanto no se ha realizado una sola alegación sobre que el reconocimiento fuera encaminado a la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud, con identificación de cuáles, que justifique que el derecho a la intimidad ceda ante ese interés general de defensa del derecho a la salud del resto de la plantilla, siendo imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro no sólo para el mismo, sino también para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.*

*Se desconoce el motivo por el que la empresa decidió la práctica de los reconocimientos y si pretendía garantizar la salud del demandante o evitar "un riesgo o peligro cierto objetivable", si existían o no opciones alternativas al reconocimiento instaurado como obligatorio, más respetuosas con el derecho a la intimidad del actor y sobre todo, el resultado de la evaluación de los riesgos a los que se estimó estaba sometido el trabajo del demandante, informándose previamente por la representación de los trabajadores, **tal y como exige el artículo 22 de la LPRL** al que se remite el artículo 42 del Convenio Colectivo , pues de todas esas circunstancias no existe ningún tipo de constancia en el relato fáctico, ni la empresa ha interesado ni una sola rectificación de hecho, para tratar de dejar constancia de que el trabajador percibía un plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad como alega en su escrito de impugnación del recurso.*

*De este modo, entendemos como decimos, que no hay desobediencia sancionable con la falta impuesta y ello conduce, igualmente a entender, que tampoco cabe hablar de reincidencia, si la falta, en relación a la que se aprecia, no era constitutiva de ilícito laboral de ninguna especie”.*

## **LA VACUNACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL, SU OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD.**

Expuesto, pues, el régimen legal de los reconocimientos médicos, singularmente en cuanto concierne a su obligatoriedad o voluntariedad, damos ahora un paso más en nuestro razonamiento, para plantearnos si ese régimen legal resulta o no extensible (y en su caso con qué modulaciones) a la actividad de vacunación.

En este punto, el escenario de partida en el que nos movemos es en esencia similar al antes descrito, en tanto en cuanto también aquí se manifiesta la tensión dialéctica antes apuntada entre la esfera de libertad individual y las exigencias derivadas de la dimensión social de la salud pública.

En efecto, como veremos en seguida, los ciudadanos ostentan un derecho prestacional a recibir las vacunas pautadas de acuerdo con los protocolos establecidos a tal efecto; pero puede darse el caso de que ese derecho devenga auténtico deber u obligación. El problema es –como veremos a continuación- que a nivel de la legislación vigente se ha enfatizado la faceta del derecho, pero, incomprensiblemente, se ha descuidado la regulación del aspecto jurídicamente más problemático, que es, precisamente, la vacunación no como derecho sino como deber u obligación.

Así resulta, en efecto, de lo dispuesto en antes mencionada Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública. La exposición de motivos de esta Ley insiste de forma pertinaz en la promoción de la salud mediante la prevención, con específica alusión a las vacunas, cuando señala que los dispositivos de salud pública, especializados en la salud de la colectividad:

1º) vigilan el estado de salud de la población y sus determinantes, advirtiendo de las potenciales ganancias en salud de diferentes políticas o intervenciones;

2º) responden a las amenazas sobre la salud de la población y a las crisis sanitarias;

3º) implantan acciones en las áreas de protección de la salud, mediante la prevención de los efectos negativos de diversos elementos del entorno tal como consideran la sanidad ambiental, la salud laboral, la seguridad alimentaria o la sanidad exterior; en el área de promoción de la salud; y

4º) contribuyen a capacitar a la ciudadanía para adoptar de forma informada y libre aquellas decisiones que mejor sirvan a su salud y bienestar; *“y en el área de la prevención de la enfermedad y de las lesiones, mediante vacunaciones y otras intervenciones poblacionales”*

Sin embargo, a pesar de estas enfáticas proclamaciones del preámbulo de la Ley, lo cierto es que su texto articulado poco dice sobre la vacunación. Apenas hay referencias a ella en los siguientes artículos:

- el artículo 6, referido al *“derecho a la igualdad”* en las actuaciones de salud pública, que establece en su apartado 4º que este derecho se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, que incluirá un calendario único de vacunación;

- el artículo 19, referido a la *“prevención de problemas de salud”*, que en su apartado 2.c) dispone que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias impulsarán acciones de prevención primaria como la vacunación; y en el apartado 3.a) añade que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordará un calendario único de vacunas en España;

- el artículo 33, que al hilo de la regulación de la *“actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral”* establece que la autoridad sanitaria, de forma coordinada con la autoridad laboral, llevará a cabo actuaciones como, entre otras, el establecimiento de *“mecanismos de coordinación en caso de pandemias u otras crisis sanitarias, en especial para el desarrollo de acciones preventivas y de vacunación”*;
- y el artículo 36, que se ocupa de la *“finalidad de la salud exterior”* y establece que corresponde al Ministerio de Sanidad la organización y garantía de la prestación de los servicios de vacunación internacional.

Como puede verse, no hay en estos artículos que se acaban de citar y transcribir, ni en los demás de la Ley, una contemplación específica del problema más relevante que plantea desde el punto de vista jurídico la actividad de vacunación, que es el de su eventual obligatoriedad aun sin consentimiento expreso de la persona afectada o incluso con su expresa negativa.

Existe, sí, el deber del empleador de poner a disposición de los trabajadores las vacunas. En este sentido, por ejemplo, el artículo 8 del reglamento aprobado por Real Decreto 664/1997 de 12 de mayo (sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo) establece que el empresario garantizará una vigilancia adecuada y específica de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos por exposición a agentes biológicos, y puntualiza en el apartado 3º que *“cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación”* (con el añadido de que el ofrecimiento al trabajador de la medida correspondiente, y su aceptación de la misma, deberán constar por escrito). Ahora bien, la norma no da el paso añadido de imponer la vacunación ante la negativa del trabajador.

Con todo, a pesar del censurable silencio de nuestro Ordenamiento jurídico, podemos entender que también en este punto nos encontramos ante un marco regulatorio que podríamos denominar de *“voluntariedad matizada”* de la participación en las actuaciones de salud pública.

Así lo proclama, el artículo 5.2, que establece, recordemos, que *“Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”*.

Este precepto se mueve, como antes se adelantó y ahora conviene reiterar, en un plano de composición de dos planos contrapuestos, el de la esfera de libertad individual que lleva a caracterizar la recepción de la vacuna como una decisión voluntaria del afectado; y el de la dimensión social del problema que puede conducir a un debilitamiento de ese primer plano y una preponderancia del interés social en la efectividad de la vacunación por encima de la voluntad individual

Es, pues, desde esta perspectiva como tenemos que abordar la pregunta: ceñidos al tema que aquí nos ocupa, que es el de la vacunación en el ámbito laboral, ¿resulta posible sostener, por aplicación de las normas y principios generales antes expuestos, que cabe establecer un régimen de vacunación obligatoria en los puestos de trabajo que por sus peculiares circunstancias impliquen, para quienes aspiran a ocuparlos o ya los ocupan y/o para quienes se relacionan con ellos, un riesgo trascendente para la salud pública?

Para dar respuesta a este interrogante, tendremos que distinguir entre las situaciones que pudiéramos llamar descriptivamente de normalidad, por un lado, y las situaciones de peligro real para la salud pública, por otro.

### **LA VACUNACIÓN EN UN CONTEXTO DE CRISIS (BROTOS EPIDÉMICOS O PANDEMIAS)**

Comenzando precisamente por estas últimas, su perfil diferenciador viene dado justamente por el hecho de que hablamos de un contexto de peligro real, no meramente hipotético o conjeturado, para la salud pública, derivado de la existencia de un brote epidémico o incluso una pandemia generalizada que, siempre a juicio de los técnicos competentes en la materia, exige la vacunación colectiva. En tal caso, la contemplación estrictamente individual del problema cede ante la mayor trascendencia o dimensión social de la protección de la salud, haciéndose, pues, presente, de forma acentuada, el clásico dicho “*salus populi suprema lex*”; y así lo acepta el Derecho vigente.

Ciertamente, ante un panorama de esta índole, si acudimos una vez más al tan citado artículo 5.2 de la Ley General de Salud Pública, vemos que el mismo corrige su declaración inicial de voluntariedad, desde el momento que salva expresamente la aplicación de la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública; una Ley Orgánica muy sucinta en su contenido (de apenas cuatro breves artículos) y carente de exposición de motivos, pero que aun así resulta de indudable utilidad y pertinente cita en cuanto ahora interesa.

Establece dicha Ley Orgánica lo siguiente:

- su artículo 1 dispone que *“al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas 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”*;
- su artículo 2 añade 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”*;
- y su artículo 3 establece 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”.*

Bien se ve que estos artículos no mencionan explícitamente la vacunación, pero aun así, en una interpretación lógica y finalística de sus prescripciones, puede entenderse, sin violentar en modo alguno el texto de la ley, que entre las “*medidas previstas en la presente Ley*” (art. 1) que cabe adoptar en caso de urgencia o necesidad puede considerarse incluida la vacunación obligatoria, pues la misma se caracteriza con evidencia como una típica medida de reconocimiento, tratamiento y control de las apuntadas en estos preceptos, para las situaciones de urgencia o necesidad que la Ley Orgánica contempla.

En todo caso, la Ley Orgánica 3/1986, justamente por el hecho de que atiende a situaciones anómalas de riesgo para la salud pública, es una Ley que debe ser objeto de interpretación y aplicación restrictiva y no puede ser invocada en un contexto de normalidad ciudadana y laboral para forzar a vacunarse a quien no desea hacerlo. El peligro, o, por seguir las expresiones del legislador, las razones de urgencia o necesidad a que esta Ley Orgánica alude, se caracterizan como unas situaciones de peligro cualificado, que adquiere una dimensión trascendente, en tanto en cuanto sobrepasan desde la perspectiva de la población en su conjunto el marco habitual de convivencia, hasta el punto de justificar la adopción de medidas de salud pública que en situación de normalidad no sería legítimo promover y aplicar.

Reparemos, en este sentido, que sólo puede hacerse uso de esta posibilidad restrictiva y excepcional en caso de “*urgencia o necesidad*” (art. 1) derivadas de la existencia de una situación de “*peligro para la salud de la población*” (art. 2), y estas cláusulas constituyen conceptos jurídicos indeterminados que sólo pueden individualizarse en el momento de su aplicación práctica por referencia a estados sociales coyunturales y complejos que con evidencia requieran necesariamente, para su solución, de la respuesta extrema que comporta semejante limitación de derechos.

Por lo demás, a la misma finalidad que la Ley Orgánica 3/1986 responde una antigua Ley, formalmente no derogada, la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944, cuya Base IV, párrafo 6º fue reformada por la Ley 22/1980 de 24 de abril, quedando redactada en los siguientes términos:

*«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».*

Ahora bien, la vigencia de esa Base IV es dudosa, por dos razones: primero, porque la Ley General de Sanidad, en su disposición

final 5ª, estableció que esta base debería incorporarse junto a otras normas a un texto refundido, del que se decía que *“refundirá, regularizará, aclarará y armonizará, de acuerdo con los actuales conocimientos epidemiológicos, técnicos y científicos, con las necesidades sanitarias y sociales de la población y con la exigencia del sistema sanitario”*; siendo así que ese texto refundido no llegó a ser elaborado; y segundo, porque una medida extrema como la imposición de la vacunación obligatoria, que compromete directamente la libertad y la integridad física de la persona, parece precisar de un rango de Ley Orgánica del que la Ley de 1980 carece.

En fin, desde esta misma perspectiva de peligro social puede citarse asimismo la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio, cuyo art. 4 dispone que el Gobierno podrá declarar el estado de alarma cuando se produzcan *“alteraciones graves de la normalidad”* como, entre otras, *“crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”*, para añadir más adelante, en su art. 12, que una vez declarado el estado de alarma *“la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”*. Con todo, el estado de alarma es por definición una situación de excepción que menos aún que la Ley Orgánica 3/1986 puede ser invocada para pretender imponer una vacunación fuera del marco excepcional que contempla.

En definitiva, a tenor del repaso de las Leyes que se acaban de mencionar, bien acudamos únicamente a la Ley Orgánica 3/1986, bien reforcemos esta Ley con las otras que apuntadas, podemos concluir que en situaciones cualificadas de urgencia y necesidad (básicamente, en caso de epidemias), si la indicación científica, expresada por los órganos competentes para hacerlo, es la necesidad de una vacunación colectiva, la misma podría ser incluso obligatoriamente impuesta; pudiendo ser vencida, en su caso, la contumacia negativa de un individuo a ser vacunado mediante la oportuna autorización judicial, tal como establece el artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que atribuye a los Juzgados de este Orden Jurisdiccional la competencia para la *“autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”*.

### **LA VACUNACIÓN EN UN CONTEXTO DE NORMALIDAD LABORAL**

Más problemático es, en cambio, el escenario habitual que antes denominábamos descriptivamente como de normalidad, esto es, el propio de las vacunaciones sistemáticas o pautadas con arreglo a protocolos preestablecidos, que se indican no como mecanismo de reacción frente a una situación de necesidad (brotes epidémicos o pandemias), sino como medio de prevención ordinaria establecido para evitar que esa situación de necesidad pueda llegar a surgir, o bien como técnica para evitar la generación de estados de riesgo, ya para el propio destinatario de la vacuna, ya para quienes se relacionan o entran en contacto con él.

En este segundo escenario no existe, ciertamente, la razón de urgente necesidad que legitima de por sí la obligatoriedad, y precisamente por ello no parece que el Ordenamiento Jurídico vigente proporcione mimbres para sostener un deber imperativo de vacunarse, ahora bien, no quiere decirse con eso que la negativa a someterse a la vacunación carezca de cualquier consecuencia.

Que, en efecto, no parece que en un contexto de normalidad puede sostenerse la obligación de vacunarse, resulta de las normas jurídicas antes mencionadas, que parten siempre de la premisa de la voluntariedad del sometimiento a los actos médicos, y sólo excepcionan tal voluntariedad en las situaciones de riesgo cualificado a que aluden. Siendo la voluntariedad, pues, la regla general y siendo la obligatoriedad, derivativamente, la excepción, es claro que esta excepción debe ser interpretada restrictivamente, y por ende no puede extenderse a momentos ni a supuestos distintos de los que dichas normas estrictamente contemplan.

No obstante, por mucho que un trabajador disponga de libertad para rechazar la vacunación que se le sugiere u ofrece, y por tanto no se le pueda forzar a una vacunación obligatoria, si en efecto opta por negar su consentimiento a tal vacunación habrá de asumir las consecuencias de su libre decisión en el orden profesional; consecuencias que pueden llegar incluso a la declaración de no aptitud para el trabajo que viniera desempeñando.

Retomando las consideraciones *supra* expuestas, al inicio de esta exposición, anteriormente dejamos sentado que puede imponerse a los trabajadores (expresión amplia con la que incluimos ahora también a los empleados públicos en sus diversas modalidades) la práctica de medidas preventivas en forma de reconocimientos médicos cuando desempeñen puestos de trabajo que por sus características funcionales generen una situación de riesgo para el propio trabajador o para terceros que se encuentran o relacionan con él, hasta el punto de exigir la realización de reconocimientos médicos a fin de verificar su aptitud para tales puestos, por no existir opciones alternativas de menor impacto que permitan realizar la misma valoración.

Así se establece con claridad, recordemos, en los artículos 25.1 LPRL y artículo 196, apartados 1º a 3º, LGSS 1/94, hoy artículo 243 TRLGSS 8/2015, que llegan incluso más allá de la simple indicación de la necesidad de reconocimientos médicos periódicos en los supuestos que contemplan, pues asocian al resultado de los mismos una consecuencia que se detalla tajantemente en el apartado 1º, párrafo 2º, del art. 25 LPRL, cuando establece que *“los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”*; y en el apartado 3º del art. 196 LGSS 1/94, hoy artículo 243 TRLGSS 8/2015, cuando dice

que “las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos”.

Pues bien, si con esos condicionamientos y límites (y siempre mediando la pertinente habilitación legal) es plenamente lícito obligar a pasar reconocimientos médicos para evaluar la situación de riesgo en que pudiera encontrarse una persona de cara a la realización de un determinado trabajo, y el resultado de ese reconocimiento médico puede incluso derivar en la declaración de no aptitud y consiguiente exclusión del afectado para la ocupación del puesto concernido, entiendo que va de suyo que, en la medida que se determine que el reconocido se encuentra real y efectivamente en tal situación de riesgo para sí o para terceros, se pueda igualmente obligar a esa misma persona a someterse a la vacunación como condición para permanecer en dicho puesto de trabajo. No se trata, entiéndase bien, de obligarla a vacunarse quiera o no, sino de establecer que la vacunación es requisito habilitante para el desempeño del puesto.

En efecto, si la vacunación resulta precisamente la pauta técnica y científicamente indicada para remediar el riesgo existente, y no se encuentran disponibles otras medidas igualmente eficaces y menos invasivas de la esfera de libertad, de modo que, en definitiva, la evitación del riesgo requiere necesariamente la vacunación, resulta forzoso concluir que la permanencia en el puesto requerirá de su realización efectiva.

Si no se entendiera así, esto es, si el reconocimiento médico obligatorio no pudiera ir acompañado o seguido de medidas igualmente imperativas para atajar el riesgo detectado, la razón de ser y la finalidad última de la propia obligatoriedad del reconocimiento quedaría frustrada. ¿De qué sirve, en efecto, ordenar un reconocimiento médico si este no desemboca en ninguna medida eficaz para subvenir a la necesidad detectada? Cabalmente, si se aprecia que concurre un interés social cualificado (que trasciende de la perspectiva puramente individual) en que se ponga remedio a una situación de riesgo, y ese cualificado interés social se estima prevalente frente a la perspectiva puramente individualista, entiendo que la obligación de vacunarse es pura consecuencia lógica de la obligación de someterse al reconocimiento médico.

En definitiva, una cosa es que no pueda obligarse a nadie a aceptar forzosamente su vacunación, y otra cosa distinta es que en caso de negativa a vacunarse, esa decisión pueda resultar determinante de la declaración de no apto para el desempeño del puesto de trabajo que se viene ocupando.

Esto es particularmente relevante desde la perspectiva de la posible responsabilidad del empleador por los daños que pudieran sobrevenir para terceros por el hecho de que una persona que ha rechazado la vacunación pudiera ocasionar por tal causa daños a

terceros que entran en relación o contacto con el ámbito de la empresa. Pensemos, por ejemplo, en el facultativo que se niega pertinazmente a vacunarse, no obstante lo cual se le mantiene en su puesto de trabajo hospitalario, siendo así que contagia una enfermedad infecto-contagiosa a un paciente inmunodeprimido, ocasionándose para este graves daños o incluso la muerte. En tal supuesto resultaría viable una reclamación indemnizatoria no ya contra el facultativo sino también contra la empresa, y en el caso de centros públicos contra la Administración titular del servicio. Precisamente por eso, no puede negarse a quien puede ser potencialmente responsable de las consecuencias, que al menos disponga de medios para impedir que puedan llegarse a producir las causas.

Es verdad que la jurisprudencia recogida, por ejemplo, en sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010 (rec. 4007/2006), ha razonado que

*“es claro que el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer una infección en un hospital puede muy bien deberse a fuerza mayor en el sentido del art. 139.1 LRJ-PAC y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.*

Ahora bien, el supuesto en que ahora nos situamos es distinto, pues lo que estamos valorando es la existencia de una infección por contagio cuando se ha acreditado suficientemente, primero, la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido y las circunstancias en que se prestó la atención sanitaria; y segundo, la posibilidad de haber evitado el resultado dañoso de haberse tomado las medidas adecuadas para evitar el riesgo de infección ante el dato ya conocido de que el personal sanitario causante del contagio rechazó la vacunación que se le había ofrecido. Si así acaece, veo difícil negar la existencia de responsabilidad por tal causa y efecto.

Por lo demás, se ha objetado, frente a lo que se acaba de apuntar, que impedir a un facultativo el desempeño de su puesto por causa de su negativa a vacunarse podría infringir derechos constitucionales como el derecho a la integridad, indemnidad e intimidad (artículos 15, 16 y 18 de la Constitución) y el derecho al trabajo (artículo 35 de la Constitución). No comparto tales apreciaciones, es más, me parecen notoriamente carentes de fundamento. Partiendo de la base de que ningún derecho es ilimitado, cuando se produce un marco de concurrencia y eventual colisión entre distintos derechos, el conflicto debe resolverse dando prevalencia al más prioritario y relevante, y no me cabe la menor duda de que la protección de la vida y salud de los pacientes hospitalizados es prevalente frente al derecho del facultativo que se niega a vacunarse a permanecer en su puesto de trabajo aun cuando ello dé lugar a una situación de riesgo real y cierto para aquellos.

Por desgracia, no existe prácticamente jurisprudencia sobre estas cuestiones. Hay, sí, sentencias que han analizado la obligatoriedad de la

vacunación en relación con los menores cuyos padres no dan el permiso correspondiente; pero no disponemos de resoluciones judiciales que hayan examinado el problema de la vacunación desde la perspectiva de los servicios de salud laboral. Habrá que esperar, pues, a que en algún momento recaiga un pronunciamiento judicial que clarifique la cuestión, al menos hasta que el legislador asuma su responsabilidad y aborde su regulación de una vez por todas.

-o-o-o-o-