

La Salud en su vertiente preventiva y el derecho al respeto de la vida privada: conclusiones sobre la sentencia Vavříčka del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Preventive health rights and the right to respect for private life: conclusions drawn from European Court of Human Rights Vavříčka case

Marc Suñer¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)05)

Comentario a

Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3Sxgjmy>

RESUMEN:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el deber de vacunación obligatoria, establecido por la República Checa, y que se hace cumplir tanto a través de multas únicas como a través de expulsiones e inadmisiones de aquellos niños que no se encuentran inmunizados de los colegios es una injerencia justificada en el derecho al respeto a la vida privada, establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consideramos que este fallo es parcialmente criticable puesto que en su análisis de las expulsiones e inadmisiones, el Tribunal hace un análisis miope de las circunstancias y deja de lado el interés superior del niño. Sin embargo, también es cierto que los Estados tienen reconocido un margen de apreciación nacional para la ponderación concreta de derechos, y que esta decisión podría encontrarse dentro de este.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights ruled that the mandatory vaccination duty established in the Czech Republic and enforced through one-time fines and removal or non-admission from preschool centers of kids that did not have the full vaccination schedule was a justified interference in the right to respect for private life, established in article 8 of the European

¹ Graduado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Estudiante del Doble Máster de acceso a la abogacía y asesoría fiscal de empresas en el Instituto de Empresa (IE, España). Correo electrónico: marcsunyer97@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5786-8041>.

Convention of Human Rights. We consider that this ruling is questionable because the Court does not give sufficient importance to the superior interest of the child. However, this decision may fall within the margin of appreciation doctrine, under which States are allowed some leeway when assessing the proportionality of their policies.

PALABRAS CLAVE: Salud, vida privada, proporcionalidad, interés superior del niño, margen de apreciación.

KEY WORDS: Health, private life, proportionality, superior interest of the child, margin of appreciation.

I. Origen del litigio y desarrollo:

El litigio se origina porque varios ciudadanos de la República Checa (“los demandantes”) fueron o bien multados, o bien inadmitidos o expulsados de guarderías infantiles, por no cumplir con el programa de vacunación establecido por la Ley de Protección de la Salud Pública y concretado por el Gobierno de la República Checa mediante sendas órdenes del Ministerio de Sanidad. Muchos de estos ciudadanos eran menores de edad en el momento de los hechos y las multas fueron recibidas por sus padres.

Dado que, en su momento, eran casos independientes, cada uno de ellos agotó las vías de recursos internas necesarias hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el cual sostienen que, entre otras pretensiones, el deber de vacunación impuesto por la República Checa y las subsecuentes multas e inadmisiones a las guarderías vulneran su derecho al respeto la vida y familiar establecido en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“el Convenio”). La sentencia en cuestión se pronuncia fundamentalmente sobre la posible vulneración de este derecho, la cual es negada por la República Checa. Además del Gobierno y de los ciudadanos afectados, intervienen como terceros varios estados y asociaciones.

II. Alegaciones de las partes:

Trataremos las alegaciones de las partes como si hubiesen sido esgrimidas por una única, a pesar de tratarse de varias, por motivos de inteligibilidad. La división se hará entre “partes demandadas” -comprendiendo tanto a los ciudadanos como a las asociaciones- y “el Gobierno” -entendiendo tanto a la República Checa como a los demás Estados que mantienen posturas similares-.

1. Alegaciones de las partes demandantes

Consideran que la imposición de un deber de vacunación, y las subsecuentes imposiciones de multas e inadmisiones o expulsiones de los niños de las guarderías, resultan contrarias al derecho al respeto a la vida privada y familiar, previsto en el artículo 8 del Convenio; al derecho a que las intervenciones sanitarias se efectúen solo con el consentimiento libre e informado del afectado, previsto en el artículo 5 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (“Convenio de Oviedo”); y al derecho a la educación, previsto en el artículo 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la República Checa.

Sostienen que el Gobierno no demostró que la imposición de un deber de vacunación fuese necesaria ni que estuviese justificada. También opinan que la medida no es proporcionada, ya que un programa de vacunación voluntario hubiese alcanzado el mismo fin y hubiese sido respetuoso con sus derechos. Además, consideran que la injerencia en el derecho a la vida privada no está, como establece el artículo 8 del Convenio, “prevista por la ley”, ya que su implementación ha ocurrido mediante órdenes ministeriales y no mediante una disposición aprobada por el Parlamento.

Apuntan, con cierta imprecisión, a la existencia de conflictos de intereses entre quienes imponen o definen el deber de vacunación y las empresas farmacéuticas que fabrican las vacunas, en cuanto que estas patrocinaban a aquellos. Se muestran en desacuerdo con ciertos aspectos de las vacunas, tales como su impacto en la mortalidad, la propensión de los niños a contraer ciertas enfermedades y los efectos negativos de estas. De igual forma, señalan la incongruencia del Gobierno al exigir la vacunación a los niños en las guarderías, pero no a los docentes que trabajan en estas, para quienes no existe este requisito; y que las excepciones al deber de vacunación por motivos ideológicos casi nunca son aceptadas.

2. Alegaciones de la República Checa y demás gobiernos (“el Gobierno”)

Consideran que tanto el establecimiento del deber de vacunación, como la imposición de multas por no cumplir con dicho deber y la inadmisión de los niños sin vacunar a las guarderías son medidas que se encuentran justificadas. El Gobierno admite que la vacunación efectivamente incide en el derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio, pero esta injerencia se encuentra dentro de los límites que dicho artículo establece, a saber: (i) que esté prevista por la ley; y (ii) que constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la salud y de los derechos y libertades de los demás. Más precisamente, consideran que el deber de vacunación protege la salud de aquellas personas para quienes la vacunación está contraindicada por razones médicas.

Señalan que el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la República Checa contempla la posibilidad de imponer deberes a los ciudadanos, y que esta imposición se hace, tal y como prescribe dicho artículo, dentro de los límites legales y con respeto a las libertades y derechos fundamentales. Para el Gobierno, una política de vacunación obligatoria es consonante con el interés superior del niño, previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La vacunación es, y para las siguientes afirmación se apoyan en datos de la Organización Mundial de la Salud, la intervención sanitaria más eficiente y exitosa jamás conocida, ya que ha ayudado tanto a prevenir más de 2 millones de muertes cada año como a ahorrar muchos recursos en gasto sanitario. Las incidencias de muchas enfermedades, como la poliomielitis, han sido reducidas en hasta un 99%. La vacunación, por ende, es considerada como uno de los componentes centrales del derecho a la salud. Este último derecho, a la salud, se encuentra previsto en el artículo 11 de la Carta Social Europea, que establece la obligación de los Estados de tomar acciones positivas conducentes a la prevención de enfermedades.

Consideran que el interés general en proteger la salud pública, la salvaguarda de los derechos de los demás (concretamente, los derechos de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada y de aquellos para quienes los efectos de la vacuna no han sido plenamente efectivos) configuran la necesidad de la medida, en el sentido del artículo 8 del Convenio.

III. Razonamiento del Tribunal

En primer lugar, el Tribunal define el alcance de la sentencia, la cual versará sobre la posible vulneración del derecho de los demandantes al respeto a la vida privada y familiar, establecido en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

Considera que es una interpretación establecida la de entender que la integridad física de una persona forma parte de su vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, y que incluye también el derecho a relacionarse con otras personas. Pero si bien es cierto que ninguna de las vacunaciones ha sido efectivamente llevada a cabo, la inobservancia del deber de vacunación ha tenido consecuencias directas sobre los niños -en cuanto que no han sido admitidos o han sido expulsados de las guarderías-; es en este sentido que ha existido una vulneración de su derecho al respeto de la vida privada.

Entonces, para determinar si el deber de vacunación obligatoria ha vulnerado el artículo 8 del Convenio, el Tribunal examina los requisitos necesarios para considerar como válida una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, a saber: (i) que la injerencia haya estado prevista por la ley; (ii) que persiga al menos uno de los objetivos previstos en el artículo y (iii) que haya sido una medida necesaria en una sociedad democrática. A continuación haremos una síntesis de los argumentos del Tribunal sobre cada uno de estos puntos.

1. Injerencia prevista por la ley

Para el Tribunal, la interpretación según la cual la ley que prevé la injerencia debe ser exclusivamente una disposición que emane del Parlamento -como sostienen Vavricka y demás-, no es correcta. Por el contrario, cuando el artículo 8 del Convenio habla de "ley", hace referencia a "derecho escrito" en el sentido de disposiciones que, sin importar su rango, sean accesibles para los ciudadanos y estén redactadas con la suficiente precisión para que estos puedan regular su conducta y anticipar razonablemente las consecuencias de su incumplimiento. Así, el sentido de "ley" es sustantivo y no formal.

2. Objetivo legítimo

Dice el artículo 8 que la legitimidad de la injerencia en el derecho a la vida privada depende de si persigue uno de los fines enunciados en este -entre los que se encuentra la protección de la salud-. El Tribunal compra la tesis del Gobierno, según la cual el objetivo de la vacunación obligatoria es la protección contra enfermedades que pueden perjudicar gravemente la salud. Esta protección va referida tanto a quienes deben vacunarse como a quienes no pueden hacerlo debido a una contraindicación médica. Para estos últimos, que se encuentran en una posición vulnerable, una elevada tasa de vacunación representa una medida eficaz de protección contra las enfermedades graves.

3. Necesidad en una sociedad democrática

La injerencia en el derecho a la vida privada no solo debe estar prevista por la ley y perseguir un fin legítimo, sino que además debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática para perseguir dicho fin. Una injerencia se considerará “necesaria en una sociedad democrática” si responde a una necesidad social urgente, y en particular, si las razones esgrimidas por el Gobierno son “relevantes y suficientes”, y si es una medida “proporcional con respecto al fin legítimo”. El Tribunal explica este requisito, a primera vista impreciso, a través de una serie de principios jurisprudencialmente asentados, los cuales explicaremos a continuación:

A. Margen de apreciación nacional

En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal juega un papel subsidiario. De acuerdo con el preámbulo del Instrumento, las Partes Contratantes gozan de la legitimidad democrática necesaria para decidir cuál es la mejor manera de proteger los derechos previstos en este y, además, se encuentran en una posición idónea para evaluar las condiciones locales que determinan la adopción de una u otra medida. De esta forma, se reconoce a las Partes Contratantes un margen de apreciación para concretar el balance entre la necesidad de la injerencia y los derechos de los ciudadanos a la hora de alcanzar los objetivos previstos. El papel subsidiario del Tribunal consiste, entonces, en un control posterior de dichas medidas y de los requisitos establecidos por el artículo.

Este margen de apreciación reconocido a las Partes Contratantes podrá ser amplio o angosto, lo cual dependerá de las circunstancias del caso particular. Si el derecho en juego se muestra crucial para el disfrute efectivo de derechos fundamentales de la persona, el margen de apreciación será angosto; también lo será así cuando esté en juego una facultad particularmente importante para la existencia o identidad del individuo. Por el contrario, cuando entre las Partes Contratantes no haya un acuerdo sobre la importancia relativa de los derechos en cuestión o sobre cuál es la mejor medida para garantizarlos, particularmente si la decisión afecta temas moralmente delicados, el margen de apreciación será amplio.

Para el Tribunal, los asuntos de salud pública se encuentran dentro del margen de apreciación de las Partes Contratantes, y este será amplio en aquellos casos en los que sea necesario realizar un balance entre intereses privados y públicos contrapuestos, o entre derechos previstos en el Convenio.

Una vez delineados los contornos teóricos del margen de apreciación nacional, el Tribunal los subsume al caso concreto. En primer lugar, y en relación con la existencia de un consenso entre las Partes Contratantes sobre la importancia de los derechos y las medidas idóneas para garantizarlos, señala que entre estas efectivamente hay un consenso sobre que la vacunación es una de las intervenciones sanitarias más efectivas y eficientes, y sobre que el objetivo de las Partes Contratantes debería ser el de alcanzar la mayor tasa de vacunación posible.

En segundo lugar, considera el Tribunal que no hay una opinión unánime entre las Partes Contratantes sobre cuál es el mejor modelo de vacunación; estando unas a favor de un programa voluntario y otras, a favor de uno obligatorio. La postura que defiende la vacunación obligatoria es compartida por la República Checa, Francia, Polonia y Eslovaquia.

Además, considera que aunque es cierto que la vacunación obligatoria es un tema moralmente delicado, no lo es únicamente para los detractores; también lo es para quienes consideran que es una expresión de solidaridad colectiva, ya que el propósito es proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en especial la de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada, quienes son precisamente el motivo por el que la población asume el minúsculo riesgo que conlleva la vacunación. Por todo ello, considera que el margen de apreciación nacional en el caso concreto ha de ser amplio.

B. Necesidad social urgente

Este requisito se analiza a través de las obligaciones positivas que las Partes Contratantes tienen de proteger la vida y la salud de aquellos dentro de su jurisdicción (artículos 2 y 8 del Convenio). En la misma dirección apuntan los instrumentos internacionales suscritos por la República Checa, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Carta Social Europea.

El Tribunal hace especial énfasis en la documentación de los expertos en materia sanitaria, aportada por la República Checa, la cual recoge la opinión firme de las autoridades sanitarias checas de que si la vacunación infantil deja de ser obligatoria, se pondría en peligro la salud pública por la caída en la tasa de vacunación. Es por esto que el Tribunal concluye que la vacunación obligatoria es la respuesta de la República Checa a la necesidad social urgente de proteger la salud pública, evitando cualquier descenso en la tasa de vacunación.

C. Motivos relevantes y suficientes

La medida que interfiere con el derecho a la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio no solo debe responder a una necesidad social urgente, sino que debe haber motivos relevantes y suficientes para adoptarla. En este sentido, el Tribunal desestima los argumentos de los demandantes, quienes alegan que el Gobierno no ha demostrado que la vacunación obligatoria sea una medida necesaria y justificada. Por el contrario, el Tribunal considera que la República Checa ha acreditado suficientemente, con datos tanto de autoridades nacionales como de internacionales, las razones que justifican la vacunación obligatoria.

Para el Tribunal, también es un motivo relevante y suficiente el interés superior del menor -que tanto instrumentos internacionales como la jurisprudencia del Tribunal lo reconocen como uno de los parámetros rectores de toda actuación gubernamental-. Los Estados tienen la obligación de proteger la salud del niño, tanto en sentido individual como colectivo; entendiendo que, en lo que a inmunización se refiere, el objetivo -dice el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas- debería ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves. Este objetivo se logra cuando estos completan las pautas de vacunación previstas; mientras que en relación con aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada, el objetivo de inmunización se logra a través de la inmunidad de rebaño. Entonces, si este nivel de inmunización, que protege tanto a quienes pueden vacunarse como a quienes no, es difícilmente alcanzable mediante la vacunación voluntaria, la solución para garantizar el interés superior del menor no puede ser otra que establecer la vacunación como un deber.

D. Proporcionalidad

Por último, el Tribunal evalúa la proporcionalidad de las interferencias a la luz de los

objetivos perseguidos. En primer lugar, analiza las características del sistema de vacunación de la República Checa. El deber de vacunación comprende 9 enfermedades, para las cuales la vacunación es considerada tanto efectiva como segura por la comunidad científica. Ahora, si bien la vacunación es obligatoria en la República Checa, no se trata de un deber absoluto, ya que se permiten excepciones en relación con niños para quienes está médicamente contraindicada. Para los demandantes, la excepción por contraindicación médica casi nunca se concedía, pero señala el Tribunal que estos no intentaron valerse de esta excepción en ninguna de las instancias, ni siquiera ante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así que el examen de la aplicación de la excepción no procede en el presente caso. A la misma conclusión llega sobre el argumento de los demandantes de que la excepción que el Tribunal Constitucional de la República Checa reconoce para la vacunación obligatoria, en el marco de una objeción de conciencia -que debe ser aplicada de forma excepcional-. Los demandantes tampoco se han valido de ella en las instancias nacionales.

Considera que el procedimiento de toma de decisiones en relación con la vacunación ha sido transparente y abierto a la participación pública, ya que han sido publicadas las minutas de las reuniones de la Comisión Nacional de Inmunización, encargada de desarrollar la estrategia de vacunación, que se encuentra adscrita al Ministerio de Sanidad y se estableció un panel de discusión que agrupaba a expertos en la materia y miembros de la sociedad civil. También enfatiza en el hecho de que las prácticas preventivas de la República Checa a la hora de garantizar tanto la seguridad de las vacunas como la presencia de contraindicaciones médicas en quienes las reciben se adecúan a los estándares internacionales.

El Tribunal recalca que la vacunación, si bien tiene el carácter de deber, no puede ejecutarse forzosamente, puesto que no hay disposición alguna que faculte a las autoridades sanitarias a aplicar una vacuna en contra de la voluntad de una persona. Este deber, por el contrario, se hace cumplir por vías indirectas, esto es, mediante la imposición de sanciones administrativas únicas -en el sentido de impuestas una sola vez- y de cuantía moderadas (aproximadamente EUR 400 en 2022). La intensidad de la injerencia no es, en el caso de las multas, excesiva.

Sobre la inadmisión o expulsión de los niños de las guarderías, el Tribunal también reconoce que la medida es efectivamente una "injerencia" en el sentido del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, y refutando la tesis de los demandantes, esta no tiene un carácter punitivo o sancionatorio, sino que está destinada a la protección de la salud. Admite que la expulsión o inadmisión de las guarderías ha significado, para los niños, un perjuicio importante en el desarrollo de su personalidad, al haber evitado que se integrasen en un entorno que permitiese su socialización y estimulase su aprendizaje. No obstante, considera que la privación de la oportunidad educativa de los niños no fue total y absoluta, que fue muy limitada en el tiempo y que es la consecuencia directa de la decisión de los padres de estos, de impedir la vacunación prescrita por la ley, la cual tiene el propósito de proteger la salud pública, particularmente dentro de ese grupo de edad. Para llegar a esta última conclusión, parte de dos ideas, avaladas por datos científicos: en primer lugar, que la infancia es el momento idóneo para la vacunación; y en segundo lugar, que la protección de la salud de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada depende de una tasa de vacunación alta entre los estudiantes. Por ende, no puede considerarse desproporcionado que la República Checa exija, en nombre de

la solidaridad social, que aquellos para quienes la vacunación representa un riesgo mínimo acepten este riesgo para proteger la salud de la pequeña proporción de niños vulnerables que no pueden beneficiarse de la vacunación.

E. Conclusión

El Tribunal aclara que el objeto de la sentencia no es determinar si pudo adoptarse otra política de vacunación menos prescriptiva; sino determinar si la República Checa se mantuvo dentro de los límites del margen de apreciación nacional al hacer el balance entre la medida tomada y los derechos afectados. La opinión final es que la República Checa efectivamente se mantuvo dentro del margen de apreciación nacional, de lo cual se desprende que las medidas impugnadas son “necesarias en una sociedad democrática”. En definitiva, el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio no ha sido violado.

IV. Comentario sobre el razonamiento del Tribunal

El Tribunal concluye que la política de vacunación en la República Checa -entendiendo por tal no solamente el hecho de que la vacunación se configure como un deber, sino las consecuencias de su incumplimiento- debe entenderse como una injerencia justificada en el derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 del Convenio.

La protección de la salud es la justificación de la que el Tribunal se vale para justificar la injerencia en el derecho a la vida privada. La salud, entonces, es el elemento que, después de las cavilaciones del Tribunal, resulta vencedor cuando se contrasta con otros derechos o principios, como lo son el derecho a la educación, o el interés superior del menor. El objetivo de esta segunda parte del comentario será, en primer lugar, definir la extensión de los elementos que han sido tenidos en cuenta para el fallo, y en segundo lugar, contrastarlos con los argumentos del Tribunal.

1. Derecho a la salud

La Organización Mundial de la Salud se refiere a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Así entendida, la salud es reconocida como un derecho por artículo 25(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. De igual forma, la Carta Social Europea de 1961, en su artículo 11, señala que “las Partes Contratantes se comprometen a (...) eliminar las causas de una salud deficiente”.

Estas definiciones, no obstante, se muestran un tanto amplias, en el sentido de que “una definición tan amplia plantea problemas a la hora de acotar el régimen normativo referido a la salud” (Seuba Hernández, 2010: 39). Por esto, algunas precisiones son necesarias, y añade que “(el derecho a la salud encuentra) su razón de ser en la protección de un bien jurídico que con frecuencia requiere acciones positivas”, el cual “(tiene) el propósito último de proteger, promocionar y mejorar la salud”. (Seuba Hernández 2010: 40). Es decir que por su carácter positivo, su realización es más compleja y multifacética que si se tratase de un derecho-abstención, aunque en algunos casos pueda serlo (Suñer Pernalet, 2020: 201).

Hemos apuntado que para la realización efectiva de este derecho, usualmente son necesarias actuaciones positivas. En este sentido, podemos precisar, entre varios, dos enfoques de actuación: la medicina y la prevención. El primero tiene un enfoque indivi-

dual y se caracteriza grosso modo por la existencia de un paciente, quien presenta una enfermedad, y requiere ser tratado por un especialista (Carranza et al, 2019: 17); sin perjuicio de que la existencia de este especialista deba ser garantizado por un sistema de salud público, que sin duda haría este enfoque un tanto más colectivo (Carranza et al, 2019: 20). Este enfoque individual se ha transformado con el paso del tiempo. Al principio, existía una concepción paternalista del sujeto, según la cual “lo que el profesional de la salud considerase benéfico al paciente sería realizado, sin que este último hiciera cualquier intervención en la decisión del profesional, toda vez que la justificación de la medida era tratar o restaurar la salud o aún, prolongar la vida de quien de ellas padeciera” (Ribeiro-Alves, 2012: 93). Progresivamente se ha ido asentando el principio de autonomía, y ahora “se le pide al profesional de la salud que se rija por el deber de velar por la vida del paciente (...) pero observando el respeto debido a la libertad de la persona (Ribeiro-Alves, 2012: 93)

El segundo enfoque, el preventivo, lo entendemos como colectivo por la ausencia de un individuo concreto sobre quien deba recaer la prestación sanitaria sino que, mediante actuaciones positivas, el Estado tiene el deber de establecer las condiciones necesarias para asegurar dicho “estado de bienestar físico” en un momento anterior a la existencia de una enfermedad. Para esto, es necesario “asignar a la salud la doble consideración (...) de derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad” (León Alonso, 2010: 76).

A. Conflicto dentro del derecho a la salud

Habiendo precisado, en lo que a este comentario concierne, el contenido del derecho a la salud, no es difícil percatarnos del conflicto: un choque entre el derecho a la salud a nivel individual y a nivel colectivo. La República Checa justifica su política de vacunación en el cumplimiento de la obligación positiva de garantizar el mayor nivel posible de salud; mientras que los demandantes (sin mucho énfasis, hemos de decir) defienden su derecho a no ser sometidos a intervenciones médicas sin su consentimiento.

El Tribunal no resuelve este conflicto en el plano del derecho a la salud, sino que lo hace en sede del derecho del respeto a la vida privada. Esto no quiere decir que el núcleo del conflicto no pueda entenderse también como la tensión entre el deber positivo del Estado de garantizar el máximo nivel de salud, y el derecho del paciente a decidir sobre las intervenciones llevadas a cabo en él. Debemos tener en mente que el derecho a decidir sobre las intervenciones médicas realizadas sobre uno mismo es una manifestación del derecho al respeto a la vida privada, una de cuyas expresiones es la integridad física (Marshall, 2009: 55). Esta concepción la confirma tanto el propio Tribunal, como la resolución de 1970 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que define el derecho a la vida privada como “esencialmente el derecho a llevar a cabo la propia vida con mínimas interferencias. Abarca la vida privada, familiar y en el hogar, la integridad física y moral (...)”. Este derecho, entonces, protege la vida privada entendida como la capacidad de cada persona para decidir si y en qué medida interactúa con la sociedad (Marshall, 2009: 47); es decir, aquellas condiciones que entendemos como necesarias para el libre desarrollo de nuestra personalidad desde la perspectiva de la libertad individual (Marshall, 2009: 52).

Es por esto que las razones del Tribunal para concluir que la vacunación obligatoria es una injerencia justificada en el derecho al respeto de la vida privada son extrapolables a

una hipotética decisión entre el derecho a la salud como obligación positiva del estado y entre el derecho a la salud como derecho del individuo, ya que los últimos pueden entenderse como una forma especial de los primeros. Ahora bien, el hecho de que el conflicto se resuelva en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada puede inclusive facilitar el análisis, puesto que las excepciones a este derecho, establecidas por el propio artículo 8 del Convenio, además de estar tasadas, deben someterse a una serie de requisitos, lo cual nos permite un abordaje más esquematizado.

B. Proporcionalidad de las medidas

Sobre la necesidad social urgente y que la medida persiga un fin legítimo no nos detendremos, puesto que no es un hecho controvertido, ya que ambas partes reconocen que la protección de la salud es un deber del Estado que amerita su acción positiva. De hecho, algunos de los demandantes se han vacunado voluntariamente contra ciertas enfermedades. El problema, para estos últimos, no es el “para qué” sino el “cómo”, es decir, un problema de proporcionalidad. Es en este último elemento donde seremos más incisivos.

El Tribunal acierta al explicar de que la vacunación en la República Checa, si bien es un deber, no es directamente ejecutable en cuanto que las personas no pueden ser obligadas a hacerlo. Por el contrario, el cumplimiento de este deber se hace por métodos indirectos, a saber: sanciones administrativas y expulsiones o inadmisiones de centros preescolares.

El razonamiento del Tribunal es irreprochable en cuanto a la primera medida, las multas. Estas, explica, son de escasa cuantía (cerca de EUR 400 en 2022) y solo pueden ser impuestas una única vez. No puede considerarse una medida desproporcionada porque los sacrificios que implican las multas son mínimos en comparación con los objetivos pretendidos.

Sin embargo, al analizar la proporcionalidad de las expulsiones o inadmisiones, el Tribunal hace una apreciación deficiente del interés superior del menor. En primer lugar, resulta inaudito que primero se reconozca que la expulsión ha significado un perjuicio en la educación de los niños, pero luego se lave las manos diciendo que es el resultado de la conducta de los padres de estos. La expulsión o inadmisión de los niños es la consecuencia que previó el Gobierno para el incumplimiento del deber de vacunación. Si bien el objetivo es legítimo -proteger la salud pública y especialmente la de aquellos para quienes la vacunación está medicamente contraindicada-, la medida resulta desproporcionada para alcanzar los objetivos perseguidos; en primer lugar por los graves perjuicios que ocasiona, pero también porque no son los niños quienes deciden si se someten a la vacunación o no, así como también porque existen medidas menos gravosas para alcanzar el mismo fin, como pueden ser multas de mayor cuantía.

Cierto es que la medida no debe entenderse como un castigo -en cuyo caso los niños serían un mero instrumento para lograr los objetivos del Gobierno-, sino como una medida protectora de la salud, pero lo cierto es que al llevarla a cabo, se ocasionan gravísimos perjuicios en el interés superior del menor.

Resulta curioso el argumento que esboza el Tribunal de que el perjuicio sufrido por los niños no puede considerarse desproporcionado porque la pérdida de oportunidades

de socialización y aprendizaje, consecuencia de las expulsiones e inadmisiones, no es absoluta, puesto que habían otras oportunidades para alcanzar los objetivos educativos, sin mencionar cuáles son estas. Debemos recordar que la Ley de Protección de la Salud Pública de la República Checa aplica a todas las instituciones preescolares, no haciendo distinción entre públicas o privadas, por lo que la única opción restante sería el homeschooling. Sin perjuicio de que en la República Checa “está permitida y regulada la escuela en casa” (Parody Navarro, 2011: 304), lo cierto es que en Konrad v. Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deja persuadir por los argumentos esgrimidos por Alemania, y afirma que “no solo la adquisición de conocimientos sino la integración en la sociedad son objetivos principales de la educación (...) estos objetivos no pueden conseguirse mediante la educación en casa”. Si bien el objeto de la sentencia citada anteriormente era determinar si la escolarización obligatoria interfería con el derecho de los padres a asegurar una educación conforme a sus convicciones religiosas, con la conclusión de que esta decisión se encuentra dentro del margen de apreciación nacional de cada Estado Contratante, no es menos cierto que el Tribunal considera las afirmaciones anteriores como “no erróneas”. ¿Cómo puede considerar, el Tribunal, que prohibir la educación en casa por los perjuicios que ocasiona está justificado, pero expulsar o inadmitir a los niños de las escuelas preescolares no tiene consecuencias relevantes? Aunque podría decirse que el Tribunal no se pronuncia sobre la sustancia de la medida, sino sobre la capacidad de la Parte Contratante para adoptarla, no deja de ser verdad que el Tribunal se pronuncia sobre, al menos, la ausencia de irracionalidad de la medida.

Pero inclusive sin considerar lo anterior, lo cierto es que, como bien admite el gobierno de Alemania, con una política de vacunación voluntaria el porcentaje de inmunización de la población alcanza el 93%. Esto es importante porque uno de los objetivos concretos de la República Checa es alcanzar la inmunidad de rebaño, lo cual solo se logra cuando más del 95% de la población se encuentra vacunada. Este tipo especial de inmunidad implica que sea imposible la transmisión de la enfermedad, por el alto porcentaje de inmunizados. De esta manera, explican los expertos del gobierno de la República Checa, se protege tanto a quienes no pueden vacunarse como a aquellos cuya inmunización ha decrecido en el tiempo. La pregunta que surge es la siguiente: ¿es proporcionado sacrificar la educación de unos niños que no han decidido sobre su vacunación por alcanzar esta inmunidad de rebaño?

Hemos de ser honestos y reconocer que la situación en la que se encuentra la República Checa no es sencilla, puesto que, en atención a su deber de proteger la salud pública, ha de tomar las medidas pertinentes para alcanzar este objetivo. Pero la mera existencia de un deber no le otorga una carta blanca al Gobierno para desconocer principios rectores tan fundamentales como el interés superior del menor. A este principio le dedicaremos la sección siguiente.

C. Interés superior del niño

El artículo 3(1) del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas (...) los tribunales (...) las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, según la Observación General del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. De esta forma, el interés superior del niño, además de ser “un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 138) es “un princi-

pio jurídico interpretativo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior”, como bien afirma la anteriormente citada Observación General. Es decir, que es tarea del juzgador procurar asegurar la vigencia de este principio cuando su decisión tenga un impacto en menores de edad.

Su aplicación no resulta pacífica, dada la amplitud del término, por lo que “es un concepto jurídicamente indeterminado, de muy difícil definición concreta” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 140). De esta indeterminación entendemos que no es posible dar con algún criterio invariable o alguna solución monolítica a los conflictos que se presenten con relación al interés superior del niño, sino que “es precisamente la aplicación in concreto al caso, lo que permite dilucidar su contenido” (Vargas Gómez-Urrutia, 1999: 95). Este carácter abstracto hace que no sea tan relevante el concepto en sí mismo como la finalidad que persigue (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 141).

No es posible considerar que la inadmisión o expulsión de los niños, por no haber autorizado sus padres a que fueran vacunados, es consonante con este principio. Ya hemos recalcado que la medida persigue un fin legítimo, pero con símil vehemencia afirmamos que las consecuencias de esta no son respetuosas con el interés superior del niño. Para la aplicación de este principio rector, a primeras vistas indeterminado, han sido precisados determinados criterios por parte del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, entre los que destaca “el mantenimiento de las relaciones (...) el derecho a la educación”.

Para llegar a esta conclusión no son necesarias sofisticadas cavilaciones jurídicas, sino que basta emplear nuestra capacidad de razonamiento. En este sentido “la mera lógica puede indicarnos la mejor de las soluciones para los menores en cuestión” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016: 143). Así, hasta un profano en la materia considerará contrario al interés superior del niño su expulsión o inadmisión de los centros educativos por una decisión que toman los progenitores de estos.

El lector del presente comentario podrá preguntarse, con razón, si no es contrario al interés superior de los niños de los centros educativos, especialmente aquellos para quienes la vacunación esté médicamente contraindicada, su exposición a personas que no se encuentran inmunizadas. Nuestra humilde opinión es que sería contrario solamente respecto de aquellos que no pueden vacunarse. No creemos -con el riesgo de equivocarnos, dado que no somos entendidos en medicina- que esta exposición ponga en grave riesgo a quienes están efectivamente vacunados. Las vacunas, tal y como han sostenido tanto el Gobierno y sus expertos como el Tribunal, son un método de efectividad probada para la protección contra las enfermedades. ¿Cómo podemos afirmar la efectividad de las vacunas y simultáneamente la existencia de un riesgo para quienes están vacunados? La afirmación de su efectividad ha de conducir necesariamente a la negación del riesgo, o al menos, a la negación de un riesgo sustancial.

No sucede lo mismo con quienes están imposibilitados para recibir la inmunización. Estos niños se encuentran en una posición de vulnerabilidad que debe ser tomada en cuenta por el Gobierno. En este sentido, hubiese sido, si bien no enteramente consonante, sí menos contraria al interés superior del niño, la expulsión o inadmisión de los niños únicamente en los casos que el entorno sea compartido con alguno de estos niños más

vulnerables. De esta manera se garantiza un idéntico nivel de protección y se minimiza el impacto en los derechos de los niños. En cualquier caso, no abogamos por ninguna medida que prive del derecho a la educación a los niños por decisiones sobre las cuales no han tenido parte.

2. Conclusión

El derecho a la salud es de difícil definición, pero lo entendemos como un derecho esencial de las personas, necesario para el pleno desenvolvimiento en la sociedad. Este “pleno estado físico y mental” se puede expresar tanto a nivel colectivo (cuyo objeto de protección es la sociedad en su conjunto), como individual (siendo el objeto de protección el individuo y que ha acogido en su núcleo el consentimiento del paciente a las intervenciones médicas que se realicen en él).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que imponer multas únicas y expulsar o inadmitir de centros preescolares a niños que no se han sometido al programa de vacunación estatal es una restricción válida del derecho al respeto de la vida privada ya que se encuentra dentro del margen de apreciación que estos tienen para decidir sobre la ponderación a la hora de adoptar la medida restrictiva de derechos. Este conflicto puede ser trasladado al plano del derecho a la salud, entre el deber preventivo del Estado de garantizar la salud y la libertad del paciente de consentir a las intervenciones médicas realizadas en él.

Consideramos que el Tribunal hace un análisis mejorable de la situación. Sobre las multas, coincidimos en que no es una medida desproporcionada puesto que estas son de escasa cuantía e impuestas una única vez. Pero en relación a las expulsiones e inadmisiones, mantenemos que la decisión ignora el interés superior del menor, principio interpretativo que debe guiar todas las decisiones del Tribunal. En este sentido, creemos que el perjuicio que se le ocasiona a los niños al privarlos de la oportunidad de desarrollo y crecimiento que supone la educación es desproporcionado con respecto al objetivo, que es la protección de la salud. Para el Tribunal, la presencia de niños no vacunados en las escuelas supone un riesgo de tal entidad con respecto a quienes sí lo están (y con respecto a quienes no pueden vacunarse por razones médicas) que está justificada la expulsión de los primeros. Creemos que la expulsión o inadmisión sería menos desproporcionada -y aun así, no estamos seguros de que sea legítima-, solo en presencia de aquellos para quienes la vacunación está médicamente contraindicada. Sin embargo, el Tribunal no hace esta distinción, obviando así el principio interpretativo fundamental de que el interés superior del menor sea tenido en cuenta en todas sus decisiones.

Referencias bibliográficas

- León Alonso, M. (2010). La protección constitucional de la salud. Madrid: La Ley.
- Marshall, J. (2009). Personal Freedom Through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity Under the European Convention on Human Rights. Leiden: Brill | Nijhoff.
- Parody Navarro, J. (2011). Sobre la práctica del “homeschooling” en España y la jurisprudencia europea. Madrid: Revista Europea de Derechos Fundamentales.
- Ribeiro-Alves, A. (2012). La autonomía del paciente desde una perspectiva bioética. Con-

cepción: *Journal of Oral Research*.

- Seuba Hernández, X. (2010). *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons.
- Suñer, M. (2020). *La salud y la regulación alimentaria europea: el nivel de riesgo tolerado*. Córdoba: Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas.
- Torrecuadrada García-Lozano, S. (2016). *El interés superior del niño*. Ciudad de México: Anuario mexicano de derecho internacional.
- Vargas Gómez-Urrutia, M. (1999). *La protección internacional de los derechos del niño*. Jalisco: Secretaría de Cultura-Gobierno de Jalisco.
- Zalazar, C. E. y Carranza, G. G. (dirs.) (2019). *Derecho y salud en perspectiva: estudios de Derecho a la salud*. Córdoba: Advocatus-UBP.