

VACUNAS, CERTIFICADOS COVID Y CONTROL DE FRONTERAS: REFLEXIONES EN TORNO AL CASO DJOKOVIC

VACCINES, COVID CERTIFICATES AND BORDER CONTROL: REFLECTIONS ON THE DJOKOVIC CASE

LEOPOLDO GARCÍA RUIZ*

RESUMEN: Tomando como referencia el *caso Djokovic*, el texto cuestiona la legitimidad de la vacunación contra la COVID-19 como medida de control de fronteras. Las circunstancias que justificarían la obligatoriedad de una vacuna solo se dan parcialmente aquí, de ahí que deba primar el derecho humano a no recibir un tratamiento médico involuntario. Mientras se prolongue la pandemia es razonable que los Gobiernos pidan certificados para acceder a ciertos lugares o servicios, o que nieguen temporalmente la entrada en sus países a quienes no acrediten estar inmunizados. No lo es, en cambio, que se remitan solo a la vacunación. El *caso Djokovic* resulta un abuso en ese sentido, e ilustra el enaltecimiento de la seguridad frente a la libertad que parece imponerse desde hace un tiempo en nuestras sociedades.

Palabras clave: Derechos humanos, bioderecho, COVID-19, salud pública, vacunación obligatoria.

ABSTRACT: Taking the Djokovic case as a reference, the text questions the legitimacy of vaccination against COVID-19 as a legal measure for border control. As the circumstances that would justify the mandatory nature of a vaccine are only partially given here, the human right not to receive involuntary medical treatment should prevail. While the pandemic continues it is reasonable for governments to require certificates to access certain places or services, or to temporarily deny entry into their countries to those who do not prove to be immunized. It is not reasonable, however, that they stick to a vaccination-only policy. The Djokovic case is an abuse in this respect and illustrates well the exaltation of security over freedom that seems to be imposing lately in our societies.

Keywords: Human rights, biolaw, COVID-19, public health, mandatory vaccination.

* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad CEU Cardenal Herrera, c/ Luis Vives 1, Alfara del Patriarca. 46115 Valencia (España). Correo electrónico: leopoldo.garcia@uchceu.es. Número ORCID: 0000-0002-5799-9455. El presente trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos I+D+i “Crisis del Estado de Derecho en la UE. Especial referencia a Polonia, Hungría, Croacia, Estonia, España e Italia, y a la incidencia de la pandemia”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (ref.: PID2021-126765NB-I00), y “Crisis del Estado de Derecho en la UE: causas, efectos y propuestas de solución jurídicas y políticas. Hungría, Polonia, Croacia, Estonia, España e Italia como casos de estudio”, financiado por la Dirección General de Ciencia e Investigación de la Generalitat Valenciana (ref.: CIAICO/2021/099).

INTRODUCCIÓN

Los hechos que componen el llamado *caso Djokovic* son recientes y conocidos. En esencia: Novak Djokovic, número 1 del tenis mundial, acude a disputar –y a intentar ganar por décima vez– el Torneo abierto de Australia de su disciplina deportiva, y a su llegada al aeropuerto de Melbourne el 5 de enero de 2022 es primero detenido y finalmente expulsado del país por no haberse vacunado contra la COVID-19 en cumplimiento de la legalidad allí vigente, y ello pese a contar con una exención médica que le habilitaba para disputar el torneo sin tener que vacunarse, por haber contraído la enfermedad en las semanas previas. El caso está teniendo una larga prolongación, ya que con posterioridad Djokovic –quien insiste en no querer vacunarse contra la COVID– ha sido admitido en los torneos de Dubái (21 - 27 febrero), Montecarlo (10 - 17 abril), Madrid (26 abril - 8 mayo), Roma (9 - 16 mayo), Roland Garros (22 mayo - 5 junio) y Wimbledon (27 junio - 10 julio), pero se ha visto obligado a renunciar a los de Indian Wells (10-20 marzo), Miami (23 marzo - 3 abril), Montreal (8 - 14 agosto), Cincinnati (15 - 21 agosto) y US Open (29 agosto - 11 septiembre), dado que las legislaciones de Canadá y Estados Unidos han venido siendo similares a la australiana en este punto.

Quien siguiera con cierto detalle el desarrollo de los acontecimientos en Australia sabe que hubo torpeza y contradicciones por ambas partes. Djokovic, lo hiciera o no deliberadamente, proporcionó información errónea en su formulario de viaje; en relación con su positivo por COVID existen algunas dudas sobre la secuencia temporal de las pruebas a las que se sometió, y consta que no guardó el debido aislamiento. La Federación Australiana de Tenis, a su vez, le permitió jugar inicialmente el Abierto apoyándose en una exención que le había sido concedida tras el examen de su situación médica por parte de dos paneles médicos externos e imparciales, pero lo hizo fuera del plazo inicialmente establecido para los demás participantes en el torneo. El tenista serbio, en fin, tenía razón al argumentar que el criterio de las diferentes autoridades australianas –esto es, la Federación, el Estado de Victoria, los Departamentos de Salud e Inmigración del Gobierno federal, y finalmente, el Tribunal Federal del país– no fue coordinado ni unánime¹, y en que su detención al llegar al aeropuerto constituyó un verdadero atropello, con nocturnidad y violación de su derecho a la defensa jurídica incluidas. La prueba es que el juez del Circuito federal Anthony Kelly le puso provisionalmente en libertad a continuación².

Dada la fama de su protagonista, el caso está concitando una atención planetaria, y sirviendo de catalizador para la discusión acerca de la pandemia de COVID-19 y de los medios adecuados para su control. Sobre el impacto que está teniendo en el mundo del deporte

¹ La exención había sido avalada por el Estado de Victoria –en cuya capital, Melbourne, se celebra el torneo– porque en Australia las cuestiones de salud pública son, *a priori*, competencia de los Estados. La confusión vino cuando los agentes de aduanas, funcionarios del Gobierno federal (que es el competente para el control de fronteras), aplicaron a rajatabla la normativa federal que ordenaba una pauta de doble vacunación a quienes ingresan en Australia desde el extranjero. La falta de comunicación entre ambos niveles de gobierno se hizo patente cuando Djokovic se presentó en el aeropuerto.

² El expediente completo del caso *DJOKOVIC v MINISTER FOR IMMIGRATION* [2022, FCAFC 3] puede consultarse en: <https://www.fedcourt.gov.au/services/access-to-files-and-transcripts/online-files/djokovic>. Fecha de consulta: 24/02/2022.

profesional, y sobre otras implicaciones éticas y legales a él asociadas, podrían hacerse no pocas consideraciones. Por mi parte, y tomándolo como referencia, me dispongo a realizar unas cuantas reflexiones desde un ámbito fronterizo entre la Filosofía jurídica y la Bioética.

Preguntado en rueda de prensa durante aquellas fechas, otro destacado tenista como Rafael Nadal afirmaba que Djokovic conocía bien las reglas que habían impuesto las autoridades australianas, y las consecuencias de no seguirlas. Y sí, es verdad que en principio cualquier norma jurídica formalmente válida emitida por la autoridad competente merece acatamiento, pero también lo es que, en última instancia, solo una norma jurídica justa puede ser una razón absoluta para nuestra acción. Esto es (y aquí la puntualización que cabe hacerle a Nadal): no todas las normas formalmente válidas son por ello legítimas y dignas de obediencia, y si afirmamos lo contrario, la idea de derechos humanos se volatiliza. Y eso es, precisamente, lo que hay que plantearse con relación al caso que nos ocupa.

Djokovic a su vez adoptó por momentos un tono casi libertario en la entrevista que concedió en febrero a la BBC para dar cuenta de su postura: *mi cuerpo, mis reglas*, vino a decir³. Es un argumento que sin duda conecta bien con cierta sensibilidad contemporánea pero que no se corresponde del todo con la realidad. Y es que, en efecto, el Derecho limita nuestra autonomía a cada paso, y no solo cuando perjudicamos a otros. En todos los ordenamientos jurídicos existe, por ejemplo, la prohibición de vender los propios órganos, o de convertirse voluntariamente en esclavo de otro. Lo que no deben hacer las leyes es limitar nuestra libertad o nuestros derechos de una forma ilegítima e injustificada.

Pues bien: el tema central aquí es, obviamente, el de la legitimidad de la vacunación obligatoria contra la COVID-19 que Australia le exigió a Novak Djokovic, y que terminó por decantar su expulsión del país. Pero para abordarlo de forma adecuada conviene hacer algunas consideraciones previas.

I. LAS VACUNAS COMO TRATAMIENTO MÉDICO Y COMO MEDIDA DE SALUD PÚBLICA

Según la jurisprudencia constitucional de buena parte de los países de nuestro entorno, el consentimiento informado es una forma de ejercicio del derecho fundamental a la integridad física. Según esa misma jurisprudencia, dicho consentimiento comprende la facultad tanto de aceptar como de rechazar un tratamiento médico, algo que en la legislación española se recuerda expresamente además en el artículo 2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre. Pues bien: las vacunas son un tratamiento médico, luego *a priori* cabe tanto aceptarlo como rechazarlo⁴. En muchos países ha sido tradicionalmente así, y con las vacu-

³ La entrevista, conducida desde Belgrado por el periodista Amol Rajan, se emitió el 15 de febrero de 2022 y está disponible en la página web de la BBC (<https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/m0014zdm/amol-rajan-interviews-novak-djokovic>) aunque solo para el Reino Unido. El audio completo de la entrevista puede consultarse también, por ejemplo, en <https://www.youtube.com/watch?v=CcfjchKqm60>. Fecha de consulta: 22/02/2022.

⁴ Debo esta reflexión inicial al Prof. Pedro Serna, catedrático en la Universidad de La Coruña. Sobre el consentimiento informado y el rechazo de tratamientos médicos como forma de expresión del derecho fundamental a la integridad física, véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional español, 28/03/2011, SENTENCIA 37/2011, así como la monografía de GARCÍA LLERENA (2012).

nas contra la COVID-19, más allá de la notable presión mediática y gubernativa para conseguir un alto porcentaje de vacunaciones, sigue siendo así⁵. De hecho, en algunos países empiezan a aparecer casos de personas que han querido demandar a las compañías farmacéuticas por los efectos adversos de estas vacunas, y se han encontrado con que los tribunales han rechazado su pretensión alegando que la vacunación había sido libre y voluntaria⁶.

Pero además de ser un tratamiento médico, las vacunas también son en muchos casos una medida de salud pública que podría, llegado el momento, imponerse de forma obligatoria⁷. Y aquí está el *quid* de la cuestión. ¿Es racional limitar la autonomía cuando la salud pública lo requiere? En el caso de las vacunas, el Derecho estadounidense parece contar con un poderoso precedente judicial afirmativo en *Jacobson v. Massachusetts*, una resolución del Tribunal Supremo de 1905 cuyo argumento central viene a ser que el poder público puede en efecto imponer a los ciudadanos la obligación de vacunarse si la situación lo requiere, en la medida en que el bien común es un límite razonable para la libertad individual⁸. Con todo, hay quien se plantea si esa doctrina establecida en *Jacobson* debe contextualizar su alcance, dado que actualmente el Derecho sanitario contempla un respeto por la libertad individual, y una limitación correlativa de la acción estatal, de los que carecía hace un siglo⁹. En el ámbito europeo contamos con la muy reciente sentencia *Vavříčka y otros c. República Checa* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que avala asimismo la posibilidad de convertir la vacunación en una medida obligatoria si concurren razones suficientes¹⁰.

A la hora de defender la obligatoriedad de la vacunación como medida de salud pública algunos acuden también a la comparación con el uso del cinturón de seguridad en los

⁵ Véase al respecto GOBIERNO DE ALEMANIA, MINISTERIO FEDERAL DE SALUD (2022), GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (2021), GOBIERNO DE ESPAÑA (2022), o GOBIERNO DE JAPÓN, MINISTERIO DE SANIDAD, TRABAJO Y BIENESTAR (2022). En realidad, y como se dirá más abajo (véase punto IV de este estudio), los Gobiernos que han decretado la obligatoriedad estricta de la vacunación contra la COVID-19 han sido relativamente pocos. En países donde la aceptación voluntaria de las vacunas es muy alta (como España, por ejemplo) tiende a regir un modelo de vacunación recomendada para los casos en los que las autoridades sanitarias consideran que una tasa de vacunación baja podría comprometer la salud pública.

⁶ Véase SIGALOS (2020). En el ámbito de la UE, en el caso de que se demostrara que el efecto adverso en cuestión ha sido provocado por la vacuna tendría que acreditarse que ésta no cumple con los estándares de seguridad marcados por las agencias reguladoras. Y aun así, lo que ha trascendido de los contratos firmados entre las farmacéuticas y la Unión Europea es que serían los Estados miembros los responsables de la indemnización que fijase el juez en el caso de existir una (improbable) sentencia condenatoria sobre la compañía. Véase DE LORENZO APARICIO (2021) pp. 6-8.

⁷ Es importante distinguir a este respecto entre vacunación *forzosa* y *obligatoria*. En la vacunación forzosa, el que desatiende el requerimiento de la autoridad puede ser físicamente compelido a vacunarse. En la obligatoria, en cambio, quien se niega a vacunarse no es forzado a hacerlo contra su voluntad pero ha de arrostrar alguna consecuencia legal por ello, como una multa o la limitación de algún derecho (por ejemplo, la suspensión de empleo y sueldo). Es este segundo modelo el que está siendo vinculado al debate sobre la vacuna contra la COVID-19, y el que, por tanto, se contempla aquí.

⁸ *JACOBSON V. MASSACHUSETTS*, 197 U.S. 11 (1905). Sobre esa resolución y su aplicabilidad al contexto actual, véase CANELLOS y LAU (2021). Agradezco al profesor Roberto Andorno que me pusiera sobre la pista, tanto del caso *Jacobson*, como del artículo aquí citado que lo comenta.

⁹ MARINER, ANNAS y GLANTZ (2005) pp. 581-590.

¹⁰ *VAVŘIČKA AND OTHERS V. THE CZECH REPUBLIC [GC]*. Judgement 116/2021 of 8 April.

vehículos a motor¹¹. Para otros, en cambio, se trata de situaciones en las que el análisis de riesgo-beneficio es completamente diverso. En el caso de las vacunas, las personas presentan circunstancias que pueden diferir sustancialmente entre sí y ser previstas de antemano, lo que abogaría por un análisis individualizado antes de imponer la vacunación. Además, los cinturones de seguridad son muchas veces la única forma en la que podemos protegernos de un trágico golpe, y resultan herramientas muy eficaces para este fin. Las vacunas, por el contrario, no siempre crean inmunidad esterilizante, ni son el único modo de evitar la propagación de un virus¹².

En realidad, la respuesta a si el Estado puede imponer o no una vacunación obligatoria no es tanto una cuestión de “sí o no” como de proporcionalidad y contexto. Y es que el bien común –en este caso, la salud pública– puede justificar, en efecto, que se imponga una vacunación, pero solo si la enfermedad que se pretende prevenir es muy grave y contagiosa, y si el remedio del que se dispone se presenta como plenamente adecuado para erradicarla, o al menos para contener su avance. O lo que es lo mismo: *cabe decretar la obligatoriedad de una vacuna cuando ésta se presenta como una medida particularmente necesaria, segura y eficaz*. No parece por ello que el consentimiento informado sirva para impedir de modo absoluto las vacunaciones obligatorias. De hecho, éstas ya se han dado en el pasado. Es así, por ejemplo, como se logró erradicar la viruela, y como todavía hoy se decretan en muchos países vacunaciones obligatorias, sobre todo para niños, para ciertas categorías de trabajadores o para quienes desean viajar a determinadas zonas del planeta y regresar después. En esa línea, y aunque de ordinario suele imperar el principio general de voluntariedad en la vacunación, el Derecho internacional y la legislación de numerosos países permiten decretar la vacunación obligatoria en determinadas situaciones, fundamentalmente en caso de epidemias. En clave internacional así parece deducirse, por ejemplo, del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y del artículo 12.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Si se consultan los ordenamientos nacionales, en el Derecho chileno, por ejemplo, los artículos 32 a 34 del Código Sanitario permiten –al amparo de lo establecido en el artículo 19 (números 1 y 9) de la Constitución Política de la República– la vacunación obligatoria para ciertos casos. En España, y a la luz del art. 43 de la Constitución, el artículo único de la Ley 22/1980 de 24 de abril y los arts. 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública establecen un régimen similar. Informes de expertos como el emitido en enero de 2016 por el Comité de Bioética de España¹³ avalan también esa posibilidad.

¹¹ Véanse, por ejemplo, GIUBILINI y SAVULESCU (2019) pp. 237-249; y ARORA (2022) pp. 147-148.

¹² Los certificados de inmunidad, el aislamiento o incluso el confinamiento también pueden servir como métodos viables para lograr este propósito. Véase DE MIGUEL BERIAIN (2022).

¹³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2016) pp. 20 y ss.

II. EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LAS VACUNAS CONTRA LA COVID-19 COMO MEDIDA DE SALUD PÚBLICA OBLIGATORIA

Luego ¿es racional limitar la autonomía cuando la salud pública lo requiere? Sí. ¿Aun decretando la vacunación obligatoria? Reunidas ciertas condiciones, a saber, que la vacuna sea particularmente necesaria, segura y eficaz, sí. ¿Se reúnen tales condiciones en el caso *Djokovic*, y más en general, en el caso de las vacunas contra la COVID-19? Sobre la necesidad parece haber pocas dudas, dada la alta morbilidad, así como la considerable letalidad entre ciertos grupos de población, de la enfermedad que nos ocupa. Existen en cambio argumentos de cierta consideración para pensar que la seguridad y la eficacia demostradas de momento por estas vacunas no justifican su imposición.

Conviene de entrada recordar que la vacuna cuya obligatoriedad avaló el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Jacobson* iba dirigida contra una enfermedad muy estudiada ya entonces como la viruela, y que tal vacuna llevaba más un de un siglo entero funcionando con normalidad. Algo similar sucedería con el asunto *Vavříčka*, que aunque resuelto en 2021 se planteó ante el TEDH en 2015, y se refiere a la vacunación de niños frente a enfermedades bien conocidas como polio, hepatitis B, sarampión, paperas o rubeola. No es ése el caso de la COVID-19, cuyo conocimiento científico aún es muy escaso en comparación, ni de las vacunas contra ella. En primer lugar, estamos ante tratamientos muy novedosos –en particular los que recurren a la técnica del ARNm–, cuyos ensayos clínicos han sido inusualmente breves. Se han obtenido, ciertamente, con muchísimo mérito y esfuerzo, concentrando fases, personal y recursos, y se han inoculado ya en cientos de millones de personas, pero –es necesario insistir– los ensayos para testar estas vacunas comenzaron hace ahora apenas dos años¹⁴. Hasta ahora, el consenso en la comunidad científica apuntaba a que toda vacuna debe superar ensayos clínicos con una duración de entre cinco y diez años al menos¹⁵. ¿Acaso ya no es válida esa consideración? La sola novedad de estas vacunas aconsejaría, con mayor razón, mantener esa duración mínima habitual, y el hecho de que la tecnología de ARNm mejore la estabilidad de la vacuna y aumente el volumen y la velocidad de su producción¹⁶ es irrelevante a este respecto. Ciertamente, para muchos –aunque no para todos¹⁷– la situación a nivel mundial justificaba correr el riesgo de acelerar los plazos. Lo que no es de recibo es decir que tal riesgo no existe, o que carece de entidad. Se quiera o no, sigue sin haber información suficiente sobre los potenciales efectos adversos de las vacunas en el futuro, porque no ha habido tiempo material para cosechar

¹⁴ Los ensayos clínicos de la vacuna ARNm-1273 de Moderna comenzaron a mediados de marzo de 2020, y los de la vacuna ARNm BNT162b2 de Pfizer-BioNTech pocas semanas después, a finales de abril. Véase U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICES, NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (2020) y también U.S. NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE (2020).

¹⁵ Información proporcionada por el JOHNS HOPKINS UNIVERSITY CORONAVIRUS RESOURCE CENTER en: <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/timeline> (fecha de consulta: 20/07/2022). Por su parte, PUTHUMANA (2021) sitúa la duración media de desarrollo de una vacuna en 8.1 años.

¹⁶ Véase la información proporcionada por el GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE SANIDAD (2022).

¹⁷ Un artículo muy crítico desde el punto de vista ético con la aceleración de los plazos de desarrollo de estas vacunas, y con la desinformación asociada a todo este proceso, es ISERSON (2021) pp. 59-68.

los datos a medio y largo plazo, y no hay financiación, estrategia o esfuerzo humano que puedan compensar esa circunstancia.

En definitiva, podría decirse que estas vacunas han pasado el *test* de la probeta, pues han cumplido con los protocolos establecidos a tal efecto, pero no han pasado el *test* del tiempo prudencial que debería transcurrir antes de dar por definitivamente válidos sus ensayos clínicos¹⁸. Y sin embargo, por lo general no se advierte expresamente de ello cuando se administran, ni se divulga que su autorización por las agencias médicas correspondientes se hizo inicialmente —y aún se hace en la mayor parte del mundo, incluida la Unión Europea— bajo un régimen de emergencia, ni los efectos adversos ya conocidos, como trombosis, miocarditis o pericarditis¹⁹, están siendo demasiado publicitados. La información recibida de cara al consentimiento prestado para su administración está distando, en fin, de ser la ideal²⁰.

Si abordamos la cuestión desde el punto de vista de los riesgos frente a los beneficios es lógico por tanto que haya quien, en tanto no hayan transcurrido los plazos habituales para confirmar la fiabilidad de las nuevas vacunas, adopte una actitud más garantista y rehúse someterse a esta vacunación, en particular si ese alguien, como Novak Djokovic, se dedica profesionalmente al deporte de élite (de hecho, él mismo ha revelado que detrás de su decisión está, precisamente, ese razonamiento). La cosa se entiende todavía mejor en el caso de los niños y adolescentes, que cursan casi siempre la enfermedad de modo leve, o en el de quienes, por no padecer dolencias previas de entidad, dudan acerca de la conveniencia de someterse a sucesivas dosis de refuerzo una vez pasada la gravísima fase inicial de la pandemia. De hecho, una aplicación ponderada de los principios que gozan de mayor consenso en el ámbito bioético (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia) permite perfectamente defender todas estas posibilidades²¹. Ello resulta compatible además con la defensa de la opción contraria: la de quien, con los datos a su disposición y habiendo hecho ese cálculo de riesgo y beneficio en su propio caso, decide vacunarse contra la COVID con una, varias o todas las dosis recomendadas por las autoridades sanitarias. Algo que, con un consentimiento

¹⁸ VAN AARDT (2022) pp. 3-5.

¹⁹ Véase aquí PERRY y otros (2021) pp. 1147-1156, así como MEVORACH y otros (2021) pp. 2140-2149. En esa línea, un artículo publicado en junio de 2022 en Israel ha demostrado cómo la vacuna BNT162b2 de Pfizer-BioNTech afecta de manera temporal a la fertilidad masculina: véase GAT y otros (2022).

²⁰ Si la decisión de vacunarse contra la COVID se deja a la voluntad de los afectados, éstos han de poder prestar su consentimiento informado a tal actuación. Ese consentimiento informado, para serlo, ha de ser libre, voluntario y consciente, una vez recibida la *información adecuada* sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención correspondiente, así como sobre sus riesgos y consecuencias (véase artículo 5 del Convenio de Oviedo de 1997 y los artículos 2, 3, 6 y 8 de la Ley española 41/2002, de 14 de noviembre). Si se hurta tal información se está vulnerando el principio de respeto a la autonomía de esa persona. Sobre ese principio y su alcance, BEAUCHAMP y CHILDRESS (2001) pp. 63-64. En justicia habría que añadir que la propagación a través de Internet de noticias falsas o no contrastadas sobre la COVID-19 y sobre la seguridad de las vacunas ha supuesto un importante problema adicional de cara a la prestación de ese consentimiento.

²¹ Tomando siempre como referencia las actuales vacunas contra la COVID-19 y sus peculiaridades arriba mencionadas, resulta defendible, por ejemplo, que, en uso de su autonomía, quien se sometió a una o dos primeras dosis de esas vacunas en la fase inicial de la pandemia rehúse hacerlo ahora, una vez el potencial daño o injusticia hacia otros aparece más remoto o improbable. En el caso de los menores de edad, por otra parte, es lógico que pese más el principio de beneficencia que el de autonomía (y en relación, con él, el estándar jurídico según el cual debe siempre velarse por el mejor interés del menor), ya que la decisión recae aquí sobre los padres o tutores legales.

to –como se decía antes– no siempre del todo informado, ha terminado haciendo una parte muy significativa de la población mundial (entre la que, por cierto, me incluyo).

Además está una segunda cuestión, y es que estas vacunas están sin duda generando cierta respuesta inmunitaria frente al virus, contribuyendo con ello decisivamente a la atenuación de la pandemia, pero no están siendo especialmente eficaces a la hora de impedir el contagio propio o ajeno²², ni tampoco la reinfección. Hablamos de una ineficacia que sería significativamente mayor a la prometida en los ensayos clínicos (y a la habitual en otras vacunas, que por otra parte nunca garantizan la inmunidad *absoluta* a quienes las reciben)²³. Pues bien, ese sería, en principio, otro argumento en contra de la vacunación universal: si la vacuna protege (casi) del todo, el no vacunado no pone en peligro al vacunado (que queda, en efecto, plenamente protegido), y aquél se arriesga bajo su propia responsabilidad. Pero si a diferencia de otras, esta vacuna no protege (casi) del todo, como de hecho sucede, ¿por qué convertirla en obligatoria?²⁴.

En resumen: siendo las vacunas COVID un tratamiento médico preventivo cuyos ensayos clínicos son aún provisionales y cuya administración no garantiza además los resultados deseados, es legítimo concluir que no deben razonablemente ser impuestas hoy como una medida de salud pública obligatoria. Si atendemos a los datos disponibles se trataría de vacunas aceptablemente seguras –aunque su seguridad debe seguir en estudio– y relativamente eficaces. Todo ello resulta suficiente como para que puedan administrarse a un amplio espectro de la población –y en particular a sujetos de riesgo– sin violar los principios de beneficencia y no maleficencia²⁵. Pero su seguridad y eficacia demostradas no son tales que autoricen a su conversión en tratamientos jurídicamente obligatorios²⁶. Esta conclusión resulta plenamente coherente con la Resolución 2361 del Consejo de Europa, que ya a principios de 2021 desaconsejaba la obligatoriedad estricta de la vacuna contra la COVID-19 y alertaba contra su uso como medio de discriminación de los no vacunados²⁷.

²² SUBRAMANIAN y KUMAR (2021) pp. 1237-1240.

²³ Véase al respecto WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020). La ausencia de evidencias que demuestren la eficacia de las vacunas contra la COVID de cara a la inmunidad de grupo sería, en efecto, un argumento contra su obligatoriedad. Véase CIERCO SEIRA (2021a) p. 28.

²⁴ Un razonamiento similar en GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ (2021) pp. 382 y 388-389. La autora comparte, por cierto, la inaplicabilidad del asunto *Vavrička* al caso de las vacunas contra la COVID por las razones expuestas aquí.

²⁵ Sobre ambos principios y su distinción véase BEAUCHAMP y CHILDRESS (2001) pp. 113-119.

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia MIASKOWSKA-DASZKIEWICZ (2021). En España y en muchos otros países, como se decía antes, no ha habido ni hay obligación legal de vacunarse contra la COVID-19. La decisión de esos Gobiernos, sin embargo, no ha partido tanto de un reparo hacia la seguridad o eficacia de las nuevas vacunas como de una estrategia que ha primado –con rotundo éxito, por cierto– la persuasión y hasta la presión social y mediática, evitando así convertir su dispensación en una obligación odiosa y estricta, en un contexto en el que las dudas sobre la seguridad y la eficacia de las nuevas vacunas sí cundían entre la población general. En sintonía con esa estrategia se pronunciaba hace unos meses el actual presidente del Comité de Bioética de España, Federico de Montalvo, para quien la vacunación obligatoria contra la COVID-19 en España podría ser ética y legalmente posible sobre el papel pero no necesaria ni conveniente en la práctica, dado el alto porcentaje de ya vacunados. La obligación de vacunarse en este caso sería a su juicio, por tanto, más moral que legal. Véase al respecto EUROPA PRESS (2021).

²⁷ CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA (2021): Resolución 2361 de 27 de enero, “Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations”, §7.3.1 y §7.3.2.

Es una conclusión compatible, por último, con un análisis de la medida desde el punto de vista de su proporcionalidad²⁸.

III. EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LOS CERTIFICADOS COVID COMO MEDIDA DE SALUD PÚBLICA

Lo dicho hasta ahora no obsta para afirmar a renglón seguido que los gobernantes siguen teniendo el derecho y el deber de velar por la salud pública, y mucho más en situaciones de pandemia como ésta. De ahí que sea perfectamente legítimo que se establezcan medidas, no de imposición, pero sí de fomento de la vacunación contra la COVID-19 e, incluso, siempre que las cifras de contagio, hospitalización y muertes lo justifiquen, que se puedan exigir certificados COVID para acceder a un país, o a determinados lugares o servicios, esto es, documentos que acrediten que esa persona no padece esa enfermedad altamente contagiosa. Ese está siendo, de hecho, el curso de acción más habitual de los gobiernos a lo largo y ancho del planeta.

Pero ¿es posible exigir un certificado COVID que no implique necesariamente la vacunación de su portador? Sí, sí lo es. Ése es, precisamente, el caso del certificado COVID digital de la Unión Europea, que puede obtenerse según tres modalidades: vacunación, diagnóstico negativo en PCR o test de antígenos, o inmunización natural tras recuperación de la enfermedad²⁹. La segunda modalidad tiene una validez temporal muy reducida (72 horas en el caso de las pruebas PCR, y 24 horas para los *tests* de antígenos), pero es importante que exista porque hace patente que lo decisivo ha de ser no tanto vacunarse como acreditar que se está libre del virus. La tercera va en esa misma línea –aunque obviamente con una duración mayor, fijada ahora en 180 días– y es, de nuevo, científicamente impecable, tanto o más que la vacunación.

Lo excesivo, por tanto, es vincular exclusivamente la obtención del certificado COVID a la vacunación³⁰. En la medida en que eso se evita, ofreciéndose alternativas, se están protegiendo de forma ponderada la salud pública y los derechos de las personas³¹, y en

²⁸ Existiendo como hay dudas sobre la adecuación y sobre la necesidad de una imposición compulsiva de la vacunación en este caso, no parece haber otra conclusión posible que la de su desproporcionalidad *stricto sensu*. Sobre el principio de proporcionalidad, su contenido y alcance, las condiciones para su funcionamiento, etc., véanse los excelentes trabajos de BERNAL PULIDO (2014) y CIANCIARDO (2018).

²⁹ Según se informa en el sitio web de la COMISIÓN EUROPEA (2022), los elementos que componen un certificado COVID digital válido en la UE son: “un certificado de vacunación que indique que han transcurrido al menos 14 días y no más de 270 días desde la última dosis (...); o un resultado de una prueba diagnóstica PCR que sea negativo y se haya obtenido no más de 72 horas antes del viaje o una prueba rápida de antígenos negativa que se haya obtenido no más de 24 horas antes del viaje; o un certificado de recuperación que indique que no han transcurrido más de 180 días desde la fecha del primer resultado positivo de la prueba diagnóstica.”

³⁰ Ese sería el caso, por ejemplo, del pase sanitario en vigor en Argentina para acceder a determinados eventos (véase la Decisión Administrativa 1198/2021 de 10 de diciembre, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/254239/20211213>, fecha de consulta: 22/09/2022), donde, en efecto, no se contempla otra posibilidad que la vacunación.

³¹ Conviene aclarar que en este texto se deja deliberadamente al margen el debate sobre la vacunación obligatoria de los trabajadores sanitarios y asistenciales. Como se decía al principio, aquí se aspira tan solo a examinar la legitimidad de la vacunación obligatoria para la población general y en particular para quienes, como Novak

particular cuando entre esas alternativas se incluye la de mayor alcance, esto es, la inmunización natural³². Por esa razón –porque en su diseño la vacunación no se erige en condición *sine qua non* para poder desplazarse por el territorio europeo– certificados como el de la UE resultarían, en principio, plenamente aceptables³³. Cuestión distinta es la utilización de ese certificado para promover un modelo de vacunación cuasi condicionante³⁴, que es lo que *de facto* ha podido terminar ocurriendo en nuestras sociedades, en la medida en que quienes querían viajar, trabajar o acceder a determinados servicios han terminado por aceptar una vacunación a la que se mostraban reticentes de inicio, bien por no tener fácil acceso a los *tests* anteriormente referidos, bien por no querer someterse repetidamente a ellos.

¿Cuánto tiempo debe estar en vigor la obligatoriedad de los certificados COVID? El indispensable. Esto es: solo deben pedirse en momentos de peculiar intensidad y letalidad en los contagios, que son los únicos en los que la fiscalización que implican resulta estrictamente necesaria y, por tanto, justificada. El descenso en las cifras de contagios, hospitalización y fallecimientos debe por ello ir acompañado de una desescalada paulatina en la exigencia de esos certificados, algo que afortunadamente ya empieza a suceder, aunque podría también revertirse en función de la evolución de los indicadores de la pandemia.

IV. VACUNACIÓN OBLIGATORIA, DERECHOS HUMANOS Y SOBERANÍA NACIONAL EN EL CASO DJOKOVIC

Otra importante cuestión que tratar es la del alcance que debe darse a la soberanía nacional frente a quienes quieren cruzar fronteras en tiempo de pandemia. Ese es, precisamente, el escenario en el que se encontraba Novak Djokovic cuando aterrizó en Melbourne

Djokovic, se ven obligados a cruzar fronteras por compromisos deportivos o profesionales, en situaciones *a priori* ajenas al contacto con personas de alto riesgo.

³² Cabe una postura intermedia, a saber, la de los Estados que han asociado la obtención del certificado COVID a la vacunación (sin admitir, por tanto, la inmunización natural), pero contemplando al menos que el certificado pueda ser reemplazado por una prueba PCR negativa. El pase de movilidad chileno, por ejemplo –que desde el 1 de octubre de 2022 ya no es exigible–, admitía desde abril de 2022 una PCR sustitutiva para viajar, asistir a eventos masivos o ingresar a recintos cerrados, siempre que ésta fuera realizada en un plazo no superior a 48 horas antes del viaje, o a 24 horas para el caso de asistencia a eventos masivos o ingreso en recintos cerrados. Véase la Resolución Núm. 494 exenta dictada por el Ministerio de Salud del Gobierno de Chile. Quiero agradecer en este punto la información que amablemente me ha proporcionado el Prof. Raúl Madrid acerca de esta y otras cuestiones relacionadas con la regulación de la pandemia en Chile.

³³ En el REGLAMENTO (UE) 2021/953 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO aprobado el 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación del certificado COVID digital de la UE, el legislador europeo afirma expresamente (cursivas añadidas): “(36) *Es necesario evitar la discriminación de las personas que no estén vacunadas*, por ejemplo, por motivos médicos, porque no forman parte del grupo destinatario al que se administra o autoriza actualmente la vacuna, como los niños, o *porque aún no han tenido la oportunidad o han decidido no vacunarse. Por consiguiente (...) la posesión de un certificado de vacunación que indique una vacuna contra la COVID-19 no debe ser una condición previa para ejercer los derechos de libre circulación* o para el uso de los servicios transfronterizos de transporte de viajeros (...). Además, *el presente Reglamento no puede interpretarse en el sentido de que establezca un derecho o una obligación a ser vacunado*”.

³⁴ Sobre el modelo de vacunación condicionante, véase CIERCO SEIRA (2021a) p. 21. En otra de sus publicaciones (CIERCO SEIRA, 2021b), este autor defiende la implantación del certificado digital COVID de la UE en la medida en que no supondría la adopción de un modelo de vacunación condicionante en sentido rígido.

el pasado mes de enero, y el de todos los que, por un motivo u otro, se ven abocados a viajar fuera de su país por motivos profesionales.

En este punto, hay quien dice que los requisitos de acceso de los extranjeros al territorio de un Estado soberano los establece ese Estado. Que en eso consiste, entre otras cosas, su soberanía, y que no es un tema de derechos humanos, máxime cuando es la salud pública la que está en juego. Lógicamente, se añade, habrá distintas respuestas a ese problema, pero ello formaría parte de una legítima diversidad de políticas públicas. Australia, al exigir imperiosamente certificado de vacunación para entrar en su territorio, se habría decantado por un modelo particularmente restrictivo (por lo demás coherente con su tradicional política inmigratoria, ya desde mucho antes de la pandemia), y el que no quiera asumirlo solo tiene que abstenerse de viajar allí mientras la citada medida esté en vigor.

Mi postura, en cambio, podría resumirse así: dado que la vacuna contra la COVID tiene las características ya descritas, carece de sentido exigirla obligatoriamente tanto a nacionales como a extranjeros, ya que en tales circunstancias debe primar el derecho humano a no recibir un tratamiento médico preventivo no voluntario, habiendo como hay alternativas disponibles para acreditar el no contagio (los diversos *tests* antes mencionados, o la prueba de recuperación).

Por eso, conviene insistir: mientras se prolongue esta situación de pandemia y las tasas de morbilidad y letalidad lo justifiquen, es perfectamente razonable que los Gobiernos impongan cuarentenas o nieguen temporalmente la entrada en sus países a quienes no acrediten vacunación, diagnóstico negativo reciente o inmunización natural. De hecho, así se ha venido haciendo desde el primer momento, si bien desde los primeros meses de 2022 muchos países ya empezaron a relajar esa práctica (por más que, dada la incierta evolución de la pandemia, no sería descartable una posterior regresión)³⁵. Llegado el caso puede incluso exigirse legítimamente a los extranjeros que entren enfermos, o que enfermen una vez en el país, que asuman los gastos derivados de su eventual enfermedad. Pero lo que no termina de resultar razonable en ningún caso es la exigencia indiscriminada de vacunación a los extranjeros cuando, por las razones ya expuestas, tampoco resultaría razonable para los nacionales.

A todo esto, suele desconocerse —porque el dato figura en la página web oficial del Departamento Federal de Salud, pero sepultado entre otras muchas informaciones— que, al igual que ha venido sucediendo en otros países como Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda, la vacuna contra la COVID-19 solo ha sido estrictamente obligatoria en Australia durante este tiempo para quienes querían entrar al país desde el extranjero, y para quienes ejercen determinadas profesiones³⁶. En realidad apenas ha habido unos pocos gobiernos que la hayan llegado a imponer *de iure* para todos sus ciudadanos mayores de edad (caso de Austria, Ciudad

³⁵ El Reino Unido, de hecho, dio ya el paso de suprimir las cuarentenas de entrada al país el 21 de febrero de 2022, y cotejando las respectivas webs oficiales puede comprobarse que a partir de marzo-abril, e incluso antes, numerosos gobiernos americanos y europeos se han ido sumando a esta paulatina relajación de medidas, si bien con ciertos matices y distintos según la pauta previa de vacunación y la procedencia del viajero.

³⁶ Véase al respecto AUSTRALIAN GOVERNMENT, DEPARTMENT OF HEALTH AND AGED CARE (2022a) y el contenido al que allí se da acceso en respuesta a la cuestión “Are COVID-19 vaccines mandatory in Australia?”. Como es sabido, el reciente y enconado conflicto entre los camioneros procedentes de EE.UU. y el Gobierno federal canadiense de Justin Trudeau tuvo su origen en una exigencia similar.

del Vaticano, Turkmenistán o Indonesia). A ellos hay que sumar un puñado de países que la han decretado, bien a casi toda la población (como Ecuador, a partir de los 5 años), bien específicamente a los menores de edad (Costa Rica), o a los mayores de 50 (Italia) o de 60 (Grecia)³⁷. Lo preocupante, en cualquier caso, es vincular –*via* certificado COVID– la mera ausencia de vacunación de la población general con las restricciones de derechos fundamentales, que es lo que se ha venido haciendo *de facto* en muchos países, incluido Australia.

Volviendo a nuestro caso. El 18 de noviembre de 2021, la subsecretaria del Departamento de Salud australiano Lisa Schofield recordaba por carta a Craig Tiley, CEO de la Federación australiana de Tenis, la estricta obligación de vacunarse para entrar al país, y advertía que quienes han pasado la COVID-19 pero no han recibido ninguna dosis de la vacuna no cumplían con ese requisito, salvo que se vacunasen “tan pronto como se hubieran recuperado de su infección sintomática”³⁸. He ahí un ejemplo de medida verdaderamente irracional por anticientífica, ya que en el corto-medio plazo, la inmunidad natural frente a una enfermedad protege tanto o más que la vacuna contra ella³⁹. La subsecretaria Schofield hizo esta declaración después de que la Federación reclamara exenciones médicas para que los jugadores no vacunados pudieran participar en el Abierto de Australia, y después de que el Departamento de Salud federal comunicara que las exenciones médicas se revisarían a la llegada de los pasajeros.

Djokovic llegó a Australia el 5 de enero de 2022 con una exención médica avalada por el Estado de Victoria a petición de la Federación nacional de Tenis –si bien al parecer la exención llegó fuera de plazo, y los datos que aportó el tenista a su llegada contenían importantes inexactitudes, como ya se ha mencionado– y once días después se le expulsó a iniciativa del Gobierno federal, pero por otros motivos. Concretamente, en la sentencia de 16 de enero que refrendó la expulsión, el Tribunal federal australiano, haciendo suyas las razones empleadas dos días antes por el Ministro de Inmigración Alex Hawke bajo la cobertura del art. 133C(3) de la *Migration Act* de 1958, no aludió a su expediente médico o a su estatus migratorio –a los que no puso reparo– sino a que en su condición de estrella deportiva el tenista serbio iba a ser un mal ejemplo que podría frenar la vacunación juvenil en el país, y a que su presencia podría alentar los movimientos antivacunas⁴⁰. Se trata de un

³⁷ Véase MENA ROA (2022).

³⁸ Carta disponible en <https://www.smh.com.au/interactive/hub/media/tearout-excerpt/5039/Response-to-Tennis-Australia.pdf>. Fecha de consulta: 03/05/2022.

³⁹ En ese sentido véase PUGH y otros (2022) pp. 371-377; así como SHRESTHA y otros (2022). Australia, por cierto, no es el único país que ha venido rechazando los certificados de recuperación para cruzar sus fronteras: durante los meses pasados tampoco los han admitido países tan dispares como Colombia, Marruecos, Jordania, Emiratos Árabes Unidos, Malasia, Taiwán o Nueva Zelanda. Véase el mapa interactivo alojado en la web oficial de la COMISIÓN EUROPEA en: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_es. Fecha de consulta: 15/07/2022.

⁴⁰ *DJOKOVIC v MINISTER FOR IMMIGRATION* [2022] FCAFC 3, § 53 y ss. Un argumento muy parecido, por cierto, se manejó en Italia a mediados de febrero para impedir que Djokovic disputase el Abierto de Roma, cuando la legislación italiana en vigor permitía su participación (véanse las declaraciones de Andrea Costa, subsecretario de Salud del Gobierno Draghi, en <https://www.gazzetta.it/Tennis/ATP/18-02-2022/andrea-costa-djokovic-internazionali-4301491340978.shtml>). Lo más curioso del caso es que el tenista serbio, en realidad, no se ve a sí mismo como un *antivacunas*: en la entrevista concedida a la BBC y referida más arriba aclaró que siempre hasta ahora ha seguido las pautas de vacunación recomendadas por las autoridades sanitarias, y que no se opone

argumento, en primer lugar, lamentablemente utilitarista: con él se justifica la vulneración de los derechos de una persona para procurar un pretendido bien a muchas otras. Y en segundo lugar, estamos ante un ejemplo que roza lo que la doctrina jurídica llama Derecho penal de autor, pues no se somete el asunto a criterios objetivos y generales. Es más bien un: “dime de quién estamos hablando, y te diré si le castigo o no” (en este caso: “como Djokovic es una estrella deportiva y su actitud puede influir en otros, no debe entrar en el país, ni siquiera con exención médica”). Eso es una grave anomalía jurídica, porque basa el castigo, primero en su condición de extranjero –recuérdese que los nacionales no tienen obligación estricta de vacunarse– y después en la infracción por su parte de un supuesto deber frente a la comunidad que depende de la apreciación subjetiva del juzgador, y no de la antijuridicidad objetiva de un hecho que resulte ilegal para el resto de los ciudadanos.

Por mi parte entiendo que el criterio más razonable para traspasar fronteras –esto es, el de acreditar alternativamente vacunación, diagnóstico negativo o inmunización natural–, siendo de aplicación general, debe aplicarse aún con mayor motivo en el caso de los deportistas de élite, inmersos como están en competiciones que les llevan a atravesar fronteras constantemente, y de los que cabe pensar que tienen fácilmente a su disposición los medios para acreditar su estado de salud cada pocos días. La mayor parte de los países europeos ha apostado por este sistema y por eso mismo, precisamente, el tenista serbio ha podido al final competir sin problema este año en los torneos de Montecarlo, Madrid, Roma, Roland Garros y Wimbledon. Entretanto, y como se decía al principio, Djokovic ha tenido que renunciar a disputar los torneos de Indian Wells, Miami, Montreal, Cincinnati y US Open, por celebrarse en países que contaban con un impedimento legal idéntico al que se encontró en Australia.

En un nuevo giro de los acontecimientos, y atendiendo a la evolución de la pandemia, la obligación de poseer la pauta de vacunación completa contra la COVID-19 para poder entrar en Australia dejó de estar en vigor el 6 de julio de 2022. Otros países con exigencias similares, como Nueva Zelanda y Canadá, han terminado siguiendo el mismo camino⁴¹. En principio Djokovic no iba a poder beneficiarse de ese cambio legislativo, porque su expulsión de Australia llevaba aparejada la suspensión de su visado de entrada al país por tres años (esto es, hasta enero de 2025). Sin embargo, el pasado 15 de noviembre, y dadas las circunstancias, el nuevo Ministro de Inmigración australiano Andrew Giles ha decidido revocar dicha suspensión, lo que permitirá al tenista serbio disputar la próxima edición del *Australian Open*. ¿Asunto resuelto? Solo hasta cierto punto, porque el perjuicio ya causado ni ha sido reconocido ni es reparable, y porque además el efecto ejemplarizante que se buscó con la medida ya ha tenido lugar.

en ningún caso a que otros se dejen administrar la vacuna contra la COVID-19, que es la única que él personalmente rechaza.

⁴¹ AUSTRALIAN GOVERNMENT, DEPARTMENT OF HEALTH AND AGED CARE (2022b). Nueva Zelanda puso fin a esa medida el 20 de septiembre, y Canadá el 1 de octubre de 2022: véase NEW ZEALAND CUSTOMS SERVICE (2022), y GOVERNMENT OF CANADA (2022). La excepción a esta relajación de medidas continúa siendo Estados Unidos, que al cierre de estas líneas (24/11/2022), y salvo excepciones, aún no permite ingresar a extranjeros al país sin vacunación contra la COVID-19. Véase CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2022).

V. SEGURIDAD *VERSUS* LIBERTAD. REFLEXIONES FINALES

En último término, y aún a riesgo de incurrir en alguna generalización imprecisa, quiero hacer una breve mención al manejo de esta situación de emergencia sanitaria por parte de los responsables políticos, no ya solo en Australia –donde, por cierto, el primer ministro Scott Morrison perdió las elecciones el pasado 21 de mayo– sino en el conjunto de las sociedades occidentales. No creo descubrir nada si digo que, en líneas generales, no han terminado de manejar adecuadamente la situación. En su descargo hay que decir que no era nada fácil hacerlo, en especial al principio. Con todo, los ciudadanos hemos tenido en no pocas ocasiones la sensación de que los gobernantes escogían el camino a seguir demasiado pendientes de su supervivencia política. Lo han hecho a veces, además, sin suficiente respaldo en evidencias científicas y lo que es más preocupante, sin suficiente respeto por el Estado de Derecho.

Respecto de las evidencias científicas: en realidad nadie sabe a ciencia cierta si la situación ha ido justificando las medidas adoptadas. Si hablamos de las vacunas, ya se ha dicho antes que los ensayos clínicos no han podido prolongarse en el tiempo. Si hablamos de la evolución de la propia enfermedad, es difícil saber en qué parámetros estamos exactamente, y aún más predecir lo que sucederá en el futuro, porque el conocimiento científico que de ella se posee es aún muy escaso en comparación con el de otras enfermedades, mucho más estudiadas. Las variantes más preocupantes de la COVID-19 (Alfa, Beta, Gamma y Delta) se han ido sucediendo unas a otras con relativa rapidez y síntomas variables; la variante Ómicron y sus sublinajes (BA.2.75, XE, BA.4, BA.5) han supuesto por lo general mayor riesgo de reinfección y menor letalidad, pero con diferencias entre unos países y otros⁴². Hubo gobiernos que apostaron inicialmente por políticas poco restrictivas, como los de Suecia y Corea del Sur, y aquello les salió mal, luego bien, luego mal, luego bien⁴³... y hubo otros –en Europa la gran mayoría, desde luego– que apostaron por lo contrario (confinamientos generalizados, toques de queda y cuarentenas), con resultados globales desconcertantemente parecidos según algunos expertos⁴⁴. Ante esta última evidencia parece sensato afirmar que la implementación de normas de protección de la salud pública ha de verse sin duda como la opción correcta, pero sin olvidar nunca que las limitaciones a los derechos fundamentales asociadas a esa protección deben ser las mínimas e imprescindibles, algo que no siempre está sucediendo.

Lo que nos lleva al último punto, el del respeto al Estado de Derecho en tiempos de pandemia. Aquí sostengo una tesis que llegado este punto solo puedo incoar, y es ésta: en general, desde marzo de 2020 estamos asistiendo en nuestras sociedades a un preocupante deterioro en la protección de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía, y a un correlativo enaltecimiento de la seguridad en detrimento de la libertad de tono marcadamente

⁴² Véase KATELLA (2022) y CALLOWAY (2022).

⁴³ La estrategia de *laissez-faire* del Gobierno sueco ha sido objeto de un particular y encendido debate mediático. Entre sus detractores véase, por ejemplo, CALCEA (2022). Entre sus defensores, BROWNLEE y LENZER (2022).

⁴⁴ CHAUDHRY y otros (2020) 100464; y BENDAVID y otros (2021) e13484. Cabría añadir que los confinamientos, según se va teniendo constancia, han tenido consecuencias negativas en términos de salud mental, enfermedades cardiovasculares, etc.

paternalista. Y es que, se quiera o no, la pandemia y los medios para combatirla han permitido a los distintos gobiernos embarcarse en experimentos de control social inimaginables hasta hace bien poco. Ciertamente, esa deriva viene ya de antes. Algunos ponen el punto de inflexión en el atentado contra las Torres Gemelas de 2001, y en la reacción que desencadenó en nuestras sociedades⁴⁵. Pero con la pandemia esa tendencia está alcanzando cotas más elevadas. La autonomía sigue exaltándose en el discurso público, pero en la práctica se reserva ante todo para cuestiones que tienen que ver con una dimensión más propiamente individual de la existencia –esto es, con elecciones vitales vinculadas al ocio y al consumo, a la libertad sexual, a la disposición respecto del final de la propia vida, etc.–, y ya no tanto con la protección de los derechos fundamentales clásicos de carácter civil y político, donde a mi juicio se está experimentando un retroceso sordo pero palpable: bastaría con pensar, por ejemplo, en el derecho a la privacidad, en la libertad de expresión, o en las libertades de circulación y de reunión⁴⁶. Sin lugar a duda, el caso *Djokovic* puede ser visto como un episodio particularmente destacado en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARORA, Ananya (2022): “Implementing a Mandatory COVID-19 Vaccine: Ethical Challenges”, *Perspectives in Public Health*, vol. 142, N° 3: pp. 147-148.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT, DEPARTMENT OF HEALTH AND AGED CARE (2022a): “Is it true? Get the facts on COVID-19 Vaccines”, en: <https://www.health.gov.au/initiatives-and-programs/covid-19-vaccines/is-it-true>. Fecha de consulta: 28/04/2022.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT, DEPARTMENT OF HEALTH AND AGED CARE (2022b): “International Travel and COVID-19”, en: <https://www.health.gov.au/health-alerts/covid-19/international-travel>. Fecha de consulta: 10/10/2022.
- BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. (2001): *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford, Oxford University Press, quinta edición).
- BENDAVID, Eran y otros (2021): “Assessing Mandatory Stay-at-Home and Business Closure Effects on the Spread of COVID-19”, *European Journal of Clinical Investigation*, vol. 51, N° 4: e13484.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2014): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BRITISH BROADCASTING CORPORATION (2022): “Amol Rajan Interviews Novak Djokovic” (duración: 29 min.), *BBC iPlayer* (en línea), Febrero 15. Entrevista disponible en: <https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/m0014zdm/amol-rajan-interviews-novak-djokovic>. Fecha de consulta: 22/02/2022.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, ZUBOFF (2019).

⁴⁶ Sobre el riesgo de erosión de derechos y libertades en el contexto de la actual pandemia advertía ya el EUROPEAN GROUP OF ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES en su Declaración de 2 de abril de 2020.

- BROWNLIE, Shannon y LENZER, Jeanne (2022): “What Sweden Got Right About COVID”, *Washington Monthly*, abril 19, en: <https://washingtonmonthly.com/2022/04/19/what-sweden-got-right-about-covid/>. Fecha de consulta: 29/04/2022.
- CALCEA, Nicu (2022): “Was Sweden’s COVID-19 Policy Really Successful?”, *The New Statesman*, february 14; disponible en: <https://www.newstatesman.com/chart-of-the-day/2022/02/was-swedens-covid-19-policy-really-successful>. Fecha de consulta: 29/04/2022.
- CALLOWAY, Ewen (2022): “What Omicron’s BA.4 and BA.5 variants mean for the pandemic”, *Nature*, vol. 606, 30 june: pp. 848-849.
- CANELLOS, Peter S. y LAU, Joel (2021): “The Surprisingly Strong Supreme Court Precedent Supporting Vaccine Mandates” (en línea), *Politico*, 8 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.politico.com/news/magazine/2021/09/08/vaccine-mandate-strong-supreme-court-precedent-510280>. Fecha de consulta: 22/02/2022.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2022): “Requirements for Proof of COVID-19 Vaccination for Air Passengers”, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/travelers/proof-of-vaccination.html>. Fecha de consulta: 11/10/2022.
- CHAUDHRY, Rabail y otros (2020): “A country level analysis measuring the impact of government actions, country preparedness and socioeconomic factors on COVID-19 mortality and related health outcomes”, *eClinical Medicine*, vol. 25: 100464.
- CIANCIARDO, Juan (2018): “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones”, *Estudios de Deusto*, vol. 66, N° 2: pp. 47-70.
- CIERCO SEIRA, César (2021a): “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, vols. 93-94: pp. 18-31.
- CIERCO SEIRA, César (2021b): “La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 14 de abril: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/14/la-pandemia-y-la-vacunacion-ii-algunas-reflexiones-sobre-el-certificado-verde-digital-y-la-vacunacion-contra-la-covid-19-cesar-cierco-seira>. Fecha de consulta: 07/03/2022.
- COMISIÓN EUROPEA (2022): “EU Digital COVID Certificate”, información disponible en: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_es. Fecha de consulta: 27/04/2022.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2016): “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, informe de 19 de enero de 2016 (32 págs.) Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>. Fecha de consulta: 17/03/2022.
- DE LORENZO APARICIO, Ofelia (2021): “Responsabilidad por efectos adversos de las vacunas contra la COVID-19”, *New Medical Economics*, marzo 2021; pp. 6-8.
- DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo (2022): “Mandatory vaccination and the ‘seat belt analogy’ argument: a critical analysis in the context of the COVID-19 pandemic”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 25, N° 2: pp. 219-224.
- EUROPA PRESS (2021): “El presidente del Comité de Bioética no ve ‘ni necesaria ni conveniente’ la vacunación obligatoria en España”, *EuropaPress.es* (agencia de noticias en línea), 3 de diciembre. Disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia->

- presidente-comite-bioetica-no-ve-necesaria-conveniente-vacunacion-obligatoria-espana-20211203183404.html. Fecha de consulta: 20/04/2022.
- EUROPEAN GROUP OF ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (2020): “Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic”, issued on 2 April 2020. Disponible en línea: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research_and_innovation/ege/ec_rtd_ege-statement-covid-19.pdf. Fecha de consulta: 03/05/2022.
- GARCÍA LLERENA, Viviana (2012): *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: la integridad física en investigación y medicina* (Sociedad Internacional de Bioética-Junta General del Principado de Asturias, Oviedo-Gijón).
- GAT, Itai y otros (2022): “Covid-19 vaccination BNT162b2 temporarily impairs semen concentration and total motile count among semen donors” (publicación en línea), *Andrology*, 2022 (June 17): <https://doi.org/10.1111/andr.13209>.
- GAZZETTA DELLO SPORT, LA (2022): “Il sottosegretario Costa: ‘Le regole vanno rispettate, no a Djokovic agli Internazionali’”, *Gazzetta.it*, 18 febbraio, <https://www.gazzetta.it/Tennis/ATP/18-02-2022/andrea-costa-djokovic-internazionali-4301491340978.shtml>. Fecha de consulta: 24/02/2022.
- GIUBILINI, Alberto y SAVULESCU, Julian (2019): “Vaccination, Risks and Freedom: The Seatbelt Analogy”, *Public Health Ethics*, vol. 12, N° 3: pp. 237-249.
- GOBIERNO DE ALEMANIA, MINISTERIO FEDERAL DE SALUD (2022): “Together against Corona. Coronavirus vaccination from the age of 12” (web oficial en versión inglesa), en: <https://www.zusammengengencorona.de/en/multilang-corona-schutzimpfung-ab-12-jahren-das-sollten-kinder-jugendliche/> (fecha de consulta: 24/09/2022).
- GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (2021): “Preguntas y respuestas sobre vacunación COVID-19”, en: <https://www.minsal.cl/preguntas-y-respuestas-sobre-vacunacion-covid-19/> (fecha de consulta: 25/09/2022).
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2022): “Estrategia de vacunación COVID-19. Preguntas y respuestas: ¿Es obligatorio vacunarse contra el COVID-19?”, Disponible en: <https://www.vacunacovid.gob.es/preguntas-y-respuestas/es-obligatorio-vacunarse-contra-el-covid-19>. Fecha de consulta: 02/04/2022.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE SANIDAD (2022): “Desarrollo de vacunas”, información disponible en la página web de la *Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios*: <https://www.aemps.gob.es/la-aemps/ultima-informacion-de-la-aemps-acerca-del-covid-19/vacunas-contra-la-covid-19/desarrollo-de-vacunas/>. Fecha de consulta: 04/05/2022.
- GOBIERNO DE JAPÓN, MINISTERIO DE SANIDAD, TRABAJO Y BIENESTAR (2022): “COVID-19 Vaccines. Consent to vaccination” (web oficial en versión inglesa). Disponible en: <https://www.mhlw.go.jp/stf/covid-19/vaccine.html> (fecha de consulta: 24/09/2022).
- GOVERNMENT OF CANADA (2022): “COVID-19: Travel, testing and borders”. Disponible en: <https://travel.gc.ca/travel-covid>. Fecha de consulta: 10/10/2022.
- GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, Esther (2021): “COVID-19, vacunación obligatoria y derechos fundamentales al hilo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Va-*

- vricka y otros c. República Checa: un falso dilema*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, N° 2: pp. 373-402.
- ISERSON, Kenneth V. (2021): “SARS-CoV-2 (COVID-19) Vaccine Development and Production: An Ethical Way Forward”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 30, N° 1: pp. 59-68.
- JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, CORONAVIRUS RESOURCE CENTER, “Typical Vaccine Development Timeline”, en: <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/timeline>. Fecha de consulta: 20/07/2022.
- KATELLA, Kathy (2022): “Omicron and BA.5: A Guide to What We Know” (en línea), *YaleMedicine.org*, July 6. Disponible en: <https://www.yalemedicine.org/news/5-things-to-know-omicron>. Fecha de consulta: 20/07/2022.
- MARINER, Wendy K., ANNAS, George J. y GLANTZ, Leonard H. (2005): “Jacobson v Massachusetts: It’s Not Your Great-Great-Grandfather’s Public Health Law”, *American Journal of Public Health*, 2005; vol. 95, N° 4: pp. 581-590.
- MIASKOWSKA-DASZKIEWICZ, Katarzyna (2021): “Compulsory Vaccinations against COVID-19 versus the Right to Respect for Private Life”, *Medicine, Law & Society*, vol. 14, N° 2: pp. 419-438.
- MENA ROA, Mónica (2022): “COVID-19: ¿En qué países es obligatorio vacunarse?”, *Statista* (en línea), 8 de febrero de 2022. Disponible en: <https://es.statista.com/grafico/25317/paises-que-imponen-la-vacunacion-contra-la-covid-19/>. Fecha de consulta: 19/02/2022.
- MEVORACH, Dror y otros (2021): “Myocarditis after BNT162b2 mRNA Vaccine against Covid-19 in Israel”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 385: pp. 2140-2149.
- NEW ZEALAND CUSTOMS SERVICE (2022): “COVID-19 requirements for travel to New Zealand”, disponible en: <https://www.customs.govt.nz/covid-19/personal/travelling-to-nz/>. Fecha de consulta: 10/10/2022.
- PERRY, Richard J. y otros (2021): “Cerebral venous thrombosis after vaccination against COVID-19 in the UK: a multicentre cohort study”, *The Lancet*, vol. 398, N° 10306: pp. 1147-1156.
- PUGH, Jonathan y otros (2022): “The unnaturalistic fallacy: COVID-19 vaccine mandates should not discriminate against natural immunity”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 48: pp. 371-377.
- PUTHUMANA, Jeremy y otros (2021): “Speed, Evidence, and Safety Characteristics of Vaccine Approvals by the US Food and Drug Administration”, *JAMA Internal Medicine*, vol. 181, N° 4: pp. 559-560.
- SIGALOS, MacKenzie (2020): “You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either”. *CNBC*, <https://www.cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html>. Fecha de consulta: 04/04/2022.
- SHRESTHA, Nabin K. y otros (2022): “Necessity of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Vaccination in Persons Who Have Already Had COVID-19”, *Clinical Infectious Diseases*, 2022: pp. 1-10. <https://doi.org/10.1093/cid/ciac022>.

- SUBRAMANIAN, S. V. y KUMAR, Akhil (2021): “Increases in COVID19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States”, *European Journal of Epidemiology*, vol. 36, N° 12: pp. 1237-1240.
- U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICES, NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (2020): “NIH clinical trial of investigational vaccine for COVID-19 begins”, *NIH News Releases*, March 16. Disponible en: <https://www.nih.gov/news-events/news-releases/nih-clinical-trial-investigational-vaccine-covid-19-begins>. Fecha de consulta: 12/04/2022.
- U.S. NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE (2020): “Study to Describe the Safety, Tolerability, Immunogenicity, and Efficacy of RNA Vaccine Candidates Against COVID-19 in Healthy Individuals” [Pfizer-BioNTech vaccine], *ClinicalTrials.gov* (base de datos en línea), 30 de abril. Disponible en: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04368728>. Fecha de consulta: 12/04/2022.
- VAN AARDT, Willem (2022): “COVID-19 Vaccine Passports: Derogating Non-Derogable Fundamental Human Rights”, *Medical Research Archives*, vol. 10, N° 2: pp. 1-12.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020): “How Do Vaccines Work?”, *Vaccines Explained Series*, December 8. Disponible en: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/how-do-vaccines-work>. Fecha de consulta: 17/03/2022.
- ZUBOFF, Shoshana (2019): *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* (New York, Profile Books).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- ARGENTINA, Gabinete de Ministros, Decisión Administrativa 1198/2021 de 10 de diciembre.
- AUSTRALIA, Migration Act 1958 (N° 62 of 1958).
- CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980, texto refundido: 22/09/2005).
- CHILE, Código Sanitario (31/01/1968).
- CHILE, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Núm. 494 exenta (14/04/2022).
- CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA, Resolución 2361 (2021), de 27 de enero, “Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations”.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica), adoptado por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969.
- CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (Convenio de Roma), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.
- CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO RESPECTO DE LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA (Convenio de Oviedo), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997.
- ESPAÑA, Constitución Española, promulgada el 27 de diciembre de 1978.
- ESPAÑA, Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad de 25 de noviembre de 1944.

ESPAÑA, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

ESPAÑA, LEY 41/2002 DE 14 DE NOVIEMBRE, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

JURISPRUDENCIA CITADA

DJOKOVIC V. MINISTER FOR IMMIGRATION, CITIZENSHIP, MIGRANT SERVICES AND MULTICULTURAL AFFAIRS [2022], FCAFC 3: Federal Court of Australia.

JACOBSON V. MASSACHUSETTS, 197 U.S. 11 (1905): Tribunal Supremo de EE.UU.

SENTENCIA 37/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional español.

VAVŘIČKA Y OTROS C. REPÚBLICA CHECA (2021): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, N° 47621/13 y otros, 8 de abril.