

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR REACCIÓN ADVERSA A LA VACUNACIÓN: RÉGIMEN GENERAL CON REFERENCIA ESPECIAL AL CASO DEL COVID-19

GOVERNMENTAL LIABILITY FOR ADVERSE REACTION TO VACCINATION: GENERAL SYSTEM WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CASE OF COVID-19

Luis Medina Alcoz

Profesor Titular de la Universidad Complutense

lmedinaa@ucm.es

ORCID: 0000-0001-7135-8323

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto determinar si la víctima de reacciones adversas de una vacuna, en general, y de la del covid-19, en particular, tiene derecho a indemnización y, en caso afirmativo, determinar la(s) autoridad(es) o empresa(s) que debiera(n) hacerse cargo de ella. La mayor o menor autonomía conferida al individuo es la clave para determinar las eventuales consecuencias resarcitorias de aquellas reacciones adversas. Por tal razón, el estudio se estructura alrededor de los tres modelos básicos de vacunación que pueden distinguirse atendiendo a su carácter más o menos obligatorio: sistema de vacunación voluntaria o libertad plena; sistema de vacunación forzosa u obligación plena; y sistema de vacunación recomendada o libertad parcial/ obligación atenuada. El trabajo aborda separadamente cada uno de ellos, describiéndolo en abstracto, ejemplificándolo en concreto y señalando la problemática constitucional que suscita, lo que incluye un análisis sobre su constitucionalidad, la eventual dimensión constitucional de la indemnización del daño vacunal y la viabilidad del recurso de amparo. Tras ello, explico en cada caso el régimen indemnizatorio correspondiente de acuerdo con el sistema de responsabilidad patrimonial y los fondos compensatorios que podrían eventualmente constituirse. La estrategia de vacunación instaurada específicamente en España frente al covid-19 responde a (y exacerba) el modelo de vacunación recomendada. La cuestión de la responsabilidad por las reacciones adversas resultantes se abordará dentro del epígrafe relativo a este modelo. El cuadro sinóptico incluido en el último epígrafe resume y refleja sistemáticamente las conclusiones obtenidas.

PALABRAS CLAVE: Vacunas, vacunas contra el covid-19, vacunación voluntaria, obligatoria y recomendada, consentimiento informado, reacciones adversas a la vacuna, daño vacunal, Derecho de

daños, responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, responsabilidad por productos, responsabilidad por sacrificio especial, fondos públicos de compensación, protección constitucional del derecho a la vida y a la integridad física, reglas de propiedad y reglas de responsabilidad, dimensión constitucional del derecho a indemnización, *compensatio lucri cum damno*.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to find out whether the victim of adverse reactions to a vaccine, in general, and the one against covid-19, in particular, is entitled to compensation and, if so, to determine the authority(ies) or company(ies) that should take charge of it. The greater or lesser autonomy conferred on the individual is the key to determining the possible compensatory consequences of those adverse reactions. For this reason, the study is structured around the three basic models of vaccination that can be distinguished according to their more or less mandatory nature: voluntary vaccination or full freedom system; compulsory vaccination or full obligation system; and recommended vaccination or partial release/attenuated obligation system. The paper addresses each one of them separately, describing it in the abstract, exemplifying it specifically and pointing out the constitutional problems that it raises, which includes an analysis of its constitutionality, the possible constitutional dimension of compensation for vaccine damage and the viability of the *recurso de amparo*. Afterwards, I explain in each case the corresponding compensation regime in accordance with the governmental liability system and the compensatory funds that could eventually be created. The vaccination strategy specifically established in Spain against covid-19 responds to (and exacerbates) the recommended vaccination model. The issue of liability for resulting adverse reactions will be addressed under the heading for this model. The synoptic table included in the last section summarizes and systematically reflects the conclusions obtained.

KEYWORDS: Vaccines, vaccines against covid-19, voluntary, compulsory and recommended vaccination, informed consent, adverse reactions to the vaccine, vaccine damage, Law of damages, governmental liability, product liability, liability for special sacrifice, state compensatory funds, constitutional protection of the right to life and physical integrity, constitutional dimension of the right to compensation, property rules and liability rules, *compensatio lucri cum damno*.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: 1.1. Reacciones adversas graves derivadas de la vacuna contra el covid-19. 1.2. Objeto del estudio.— 2. SISTEMA DE VACUNACIÓN VOLUNTARIA O LIBERTAD PLENA: RESPONSABILIDAD POR CULPA O POR DEFECTO DE CALIDAD DE LA VACUNA: 2.1. Descripción y ejemplos. 2.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo. 2.3. Régimen de responsabilidad. 2.4. Programas compensatorios específicos.— 3. SISTEMA DE VACUNACIÓN FORZOSA U OBLIGACIÓN PLENA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL: 3.1. Descripción y ejemplos. 3.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo. 3.3. Régimen de responsabilidad. 3.4. Programas compensatorios específicos.— 4. SISTEMA DE VACUNACIÓN RECOMENDADA O LIBERTAD PARCIAL/OBLIGACIÓN ATENUADA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL: 4.1. Descripción y ejemplos. 4.2. En particular, la estrategia de vacunación contra el covid-19. 4.3. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo. 4.4. Régimen de responsabilidad. 4.5. Programas compensatorios específicos. 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO¹

1.1. Reacciones adversas graves derivadas de la vacuna contra el covid-19

Los expertos y las autoridades identificaron muy pronto la vacunación masiva como la mejor y más importante arma contra la pandemia del covid-19. Lo hizo la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 al declarar la emergencia global y reclamar una respuesta internacional coordinada. También la Unión Europea, que poco después diseñó su “Estrategia europea de vacunas” con el propósito fundamental de reducir a pocos meses los 10 años que ordinariamente requiere la fabricación de estos productos.

En ejecución de la Estrategia, la Comisión celebró los llamados “acuerdos de adquisición anticipada” con fabricantes individuales (entre otros, Pfizer/BioNTech, Moderna, AstraZeneca, Janssen) al objeto de financiar los elevados costes iniciales del proceso productivo y de centralizar las compras garantizando un suministro rápido y equitativo. La financiación aportada operó como pago a cuenta de las dosis que los Estados miembros se comprometieron a adquirir conforme al Acuerdo internacional de Madrid, suscrito entre aquellos y la Comisión Europea el 14 de abril de 2020 (publicado en el Boletín Oficial del Estado del 20 de julio siguiente). Fabricadas varias vacunas en un plazo extraordinariamente breve, fueron autorizadas por la Comisión en el marco de “procedimientos acelerados” que contaron con la participación, entre otras, de la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Tras lo cual, atendiendo a su disponibilidad progresiva, los servicios autonómicos de salud fueron administrándolas respetando la priorización fijada en la “Estrategia de vacunación frente a Covid-19 en España”, adoptada el 2 de diciembre de 2020².

¹ El presente estudio trae causa de una ponencia preparada para el XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (Barcelona, 10-12 de noviembre de 2022). Su redacción definitiva concluyó el 3 de octubre de 2022. Agradezco las valiosas observaciones y sugerencias que he recibido de los revisores anónimos, los directores de la revista y varios compañeros y amigos que leyeron versiones preliminares: Gabriel Doménech Pascual, Herminio Losada González, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, Ignacio Rodríguez Fernández y Dolores Utrilla Fernández-Bermejo.

Lista de abreviaciones: art.: artículo; ATC: Auto del Tribunal Constitucional; CE: Constitución española de 1978; coord.: coordinador; coords.: coordinadores; dir.: director; ECLI: Identificador europeo de jurisprudencia; ed.: edición; et. al.: et alii; FJ: fundamento jurídico; id.: idem; LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial; LOTC: Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; núm.: número; núms.: números; p.: página; pp.: páginas; p. ej.: por ejemplo; SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia; t.: tomo; vol.: volumen.

² Para una explicación detallada de estos acontecimientos: C. CIERCO SEIRA, “La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Uni-*

La eficacia de la vacunación contra el covid-19 ha quedado científicamente demostrada tras su aplicación sistemática a buena parte de la población europea y mundial. Los beneficios sociales resultantes en términos de salud y economía son incuestionables. La tasa real de reacciones adversas que arroja el seguimiento posterior a la comercialización de las vacunas autorizadas es pequeña, netamente inferior a los beneficios conseguidos. Lo que no ha de ocultar que las vacunas frente al covid-19 han producido reacciones adversas graves en varios casos. No solo: lo han hecho más frecuentemente que otras vacunas, como las administradas frente a la gripe³. Según el último informe de farmacovigilancia de la Agencia española de medicamentos y productos sanitarios (mayo de 2022)⁴, se han notificado en nuestro país 12.960 casos graves, esto es, una cifra nada desdeñable de supuestos que han requerido (o prolongado) la hospitalización; han dado lugar a una discapacidad significativa o persistente o a una malformación congénita; han puesto en peligro la vida; han finalizado con resultado mortal; o han presentado alguna otra circunstancia considerada clínicamente significativa.

Ciertamente —en esto insiste cada uno de los informes de la mencionada agencia estatal—, aquellos casos no pueden considerarse relacionados con las vacunas por el mero hecho de notificarse: “La vacunación no reduce las muertes por otras causas diferentes a la COVID-19, por lo que durante la campaña de vacunación es esperable que los fallecimientos por otros motivos diferentes sigan ocurriendo, en ocasiones en estrecha asociación temporal con la administración de la vacuna, sin que ello tenga relación con el hecho de haber sido vacunado”. Ahora bien, del mismo modo que no son (reacciones adversas graves inducidas por la vacuna) todas las que están (notificadas), no están todas las que son, pues es evidente que la vacuna ha generado daños que por las razones que sean no han sido oportunamente comunicados o lo han sido defectuosamente, sin reflejo final en las cifras finales del citado Informe.

Con independencia del número exacto, lo importante a nuestros efectos es, en primer lugar, que el seguimiento farmacológico está detectando reacciones adversas graves inducidas por las vacunas contra el covid-19, lo que está reflejándose en las fichas técnicas o prospectos de cada una de ellas, actualizados periódicamente para advertir de los riesgos que la experiencia va develando. Conforme a tales documentos, se ha demostrado la conexión causal entre la administración de alguna de las vacunas autorizadas y patologías tales como anafilaxis, trombosis, síndromes de fuga capilar y Guillain-Barré, miocarditis y pericarditis⁵.

versidad Autónoma de Madrid, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021a (pp. 307-334).

³ D. MONTANO, “Frequency and Associations of Adverse Reactions of COVID-19 Vaccines Reported to Pharmacovigilance Systems in the European Union and the United States”, *Front. Public Health*, 2022 (9:756633. doi: 10.3389/fpubh.2021.756633).

⁴ Puede consultarse en <https://www.aemps.gob.es/laAEMPS/docs/informe-farmacovigilancia-mayo-2022.pdf:x:55250>.

⁵ Los efectos adversos de las vacunas frente al covid-19 se pueden consultar en el prospecto y la ficha técnica de cada vacuna disponible en la web del Centro de Información online de Medicamentos Autorizados de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios: <https://cima.aemps.es>.

También es importante, en segundo lugar, que la verificación de reacciones adversas graves de este tipo era completamente previsible incluso antes de que la Comisión europea promoviese la fabricación y autorizase la comercialización y distribución de las vacunas, no solo porque todo medicamento entraña riesgos, sino también por las singulares condiciones en que aquellas han debido producirse y distribuirse, particularmente la necesidad de recortar muy significativamente los tiempos normales de experimentación clínica y fabricación y la mayor incertidumbre en torno a los beneficios y riesgos. Es sintomático que la responsabilidad por los efectos secundarios de las vacunas frente al covid-19 fuera una de las cuestiones nucleares de los acuerdos de adquisición anticipada celebrados con los fabricantes, así como del Acuerdo de Madrid suscrito entre la Comisión y los Estados miembros.

1.2. Objeto del estudio

El objetivo último del presente estudio es, precisamente, determinar si las víctimas de aquellas reacciones adversas tienen derecho a una indemnización, así como especificar las autoridades o empresas que, en su caso, deberían quedar obligadas a la reparación. Se refiere a los daños vacunales entendiendo por tales tanto los directamente inducidos por la vacuna (respuesta individual producida por las propiedades inherentes a este producto), como los procesos ansiosos relacionados con el acto de la vacunación (“miedo al acto vacunal”). No obstante, algo diré por conexión sobre los daños derivados de errores en la fabricación, autorización, almacenamiento, distribución o administración de la vacuna.

La indagación de respuestas exige, a mi juicio, abordar la reparación del daño vacunal, en general, sin circunscribir la investigación a las reacciones adversas vinculadas a la vacuna contra el covid-19, lo que ha quedado oportunamente reflejado en el título de esta contribución. Igualmente decisivo es hacerse cargo de que el régimen de responsabilidad por el daño vacunal es enteramente dependiente del grado de libertad o vinculatoriedad del sistema de vacunación dentro del cual se produce. Por tal razón, estructuro la investigación alrededor de los tres modelos de vacunación que pueden distinguirse atendiendo a su carácter más o menos obligatorio: sistema de vacunación voluntaria o libertad plena (2); sistema de vacunación forzosa u obligación plena (3); y sistema de vacunación recomendada o libertad parcial/obligación atenuada (4). El estudio aborda separadamente cada uno de ellos, describiéndolo en abstracto, ejemplificándolo en concreto y señalando la problemática constitucional que suscita, lo que incluye un análisis sobre su constitucionalidad, la eventual dimensión constitucional de la indemnización del daño vacunal y la viabilidad del recurso de amparo. Tras ello, explico en cada caso el régimen indemnizatorio correspondiente de acuerdo con el sistema de responsabilidad patrimonial y los fondos compensatorios que podrían eventualmente constituirse. La estrategia de vacunación instaurada específicamente en España frente al covid-19 responde a (y exacerba) el modelo de vacunación recomendada o libertad parcial/obligación atenuada. La cuestión de la responsabilidad por las reacciones adversas resultantes se abordará dentro del epígrafe relativo a este modelo.

2. SISTEMA DE VACUNACIÓN VOLUNTARIA O LIBERTAD PLENA: RESPONSABILIDAD POR CULPA O POR DEFECTO DE CALIDAD DE LA VACUNA

2.1. Descripción y ejemplos

Un sistema basado en la libertad plena ignora los beneficios colectivos de la vacunación porque se preocupa nada más que de los de cada individuo aisladamente considerado, asegurándose de que este decida autónomamente. No promueve la vacunación por razones de salud pública o interés general, excluyendo por definición la idea de “campaña”. La vacuna es relevante únicamente en su dimensión individual, como mecanismo de prevención personal frente a determinada patología. Las autoridades sanitarias, si llegan a recomendarla, lo harán al margen del posible beneficio social, atendiendo exclusivamente a los posibles efectos positivos y perjudiciales que cada concreto paciente puede disfrutar o padecer. Siendo central la autonomía de la voluntad, aquellas autoridades han de recabar en todo caso la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información detallada e inteligible sobre beneficios y riesgos de modo tanto oral como escrito.

Este sistema enfocaría la vacunación como cualquier otra intervención o tratamiento médico del Sistema Nacional de Salud y, por tanto, con sujeción estricta a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La vacunación habría de orientarse pues a “la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad” (art. 1.1) y requerir el consentimiento “previo” obtenido por escrito “después de que el paciente reciba una información adecuada” y valore las “opciones propias del caso” (arts. 1.2 y 8, apartados 1 a 3). Más aún, antes de recabar el consentimiento escrito, el facultativo debería informar oralmente sobre: las “consecuencias relevantes o de importancia” que la vacuna origina “con seguridad”, “los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”, “los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con [este] tipo de intervención”; y “las contraindicaciones” (art. 10.1)⁶.

Conviene precisar desde ya que tal no es el sistema de vacunación establecido con carácter general en España ni en los ordenamientos de nuestro entorno. No conozco ejemplos reales de semejante modelo, posiblemente porque encierra una contradicción difícilmente salvable: la vacuna es un medicamento singular que se distingue

⁶ Sobre esta Ley y la significación del consentimiento informado: J. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022; J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 7ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020.

de los demás precisamente porque se administra a sujetos sanos en beneficio de la colectividad, no solo por el interés individual del vacunado. Los relevantes beneficios sociales que caracterizan la vacunación como medicamento *especial* son de dos tipos: (i) cuantos más ciudadanos se vacunen mayor será la salud de la población, entendida como suma de individuos, lo que reducirá los costes del sistema sanitario y el impacto negativo de la enfermedad en el mercado laboral y, en general, en la economía; además, (ii) si se supera un determinado umbral, que suele ser bastante alto, podría alcanzarse la llamada inmunidad de grupo, lo que reduciría al mínimo los contagios y erradicaría virtualmente la enfermedad, protegiendo en consecuencia, no solo a los vacunados, sino también a quienes por razones médicas no se pueden vacunar y, en general, a los grupos más vulnerables. Este segundo tipo de beneficio social es, justamente, el que ha convertido a la vacuna en la mejor y, a veces, única arma para hacer frente a las epidemias⁷.

Lo característico de la vacunación es pues el amplio beneficio que genera gratuitamente en los demás (externalidad positiva) y, correlativamente, el amplio perjuicio que la decisión contraria puede producir en su entorno (externalidad negativa), pues el no vacunado puede contagiar a terceros sin internalizar el coste social consecuente. De modo que la idea misma de vacunación encierra la necesidad de una intervención pública que la haga sistemática, extensiva o masiva a fin de fomentar las externalidades positivas y corregir las negativas. Es sintomático que el ejemplo de las vacunas haya servido tradicionalmente a los manuales de economía para ilustrar el problema del “fallo de mercado” (asignación ineficiente de recursos) y su solución a través de la intervención estatal.

Ciertamente, hay vacunas no esenciales que se hallan en una situación similar a la de cualquier otro medicamento en el sentido de que el poder público las autoriza y vigila, pero no impone ni promueve su utilización. Se trata, por lo general, de vacunas que acaban de llegar al mercado, sin que el fabricante haya logrado aún persuadir al poder público de la conveniencia de su incorporación al calendario oficial. En cualquier caso, no se trata verdaderamente de un modelo o régimen general, sino de la situación específica de alguna vacuna, normalmente en transición hasta su oportuna consolidación dentro del servicio público sanitario⁸.

⁷ Lo explican elocuentemente C. CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006, y el autor al que este se remite: J. VAQUÉ RAFART, “Inmunidad colectiva o de grupo”, *Vacunas*, 2001/2 (pp. 22-29).

⁸ C. CIERCO SEIRA, “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021b (p. 20).

2.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo

La instauración del sistema de libertad plena como régimen general no sería problemática bajo la óptica de la cláusula constitucional del Estado de Derecho (art. 1.1), pues no solo no agrede, sino que dinamiza la dignidad humana (art. 10.1 CE) y derechos individuales tan fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE). Sin embargo, además de irracional por contradictorio con el sentido mismo de las vacunas, sería muy problemática desde la perspectiva del Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE), por cuanto que a su través los poderes públicos harían dejación de su obligación de promover la salud pública como beneficio social; obligación establecida como principio rector en el artículo 43 de la Constitución española: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (apartado 2). Hay que notar a este respecto que en la actualidad la prevención sanitaria no se entiende ni puede entenderse sin la vacunación. Se ha dicho por ello que “la protección de la salud, en tanto que encargo cosido a la razón de ser misma de un Estado, conlleva la necesidad de organizar un servicio de vacunación a la población”⁹. Naturalmente, ningún problema suscita bajo la óptica del Estado social la existencia de vacunas consideradas no esenciales que el poder público autoriza y vigila como cualquier otro medicamento, sin imponerlas ni recomendarlas, que, según se ha dicho, es habitualmente el caso de las vacunas que acaban de llegar al mercado.

La cuestión de si dentro de un régimen de libertad plena la administración debe responder por el daño vacunal carece de una dimensión constitucional específica, más allá de la genérica o indirecta que atesora cualquier otro caso por su conexión con el instituto de la responsabilidad patrimonial (art. 106.2 CE) y los derechos fundamentales (arts. 15 y 33 CE). El problema de si la víctima ha de ser acreedora de un derecho a indemnización dependerá pues de la legalidad ordinaria, más que de la Constitución. Por tal razón lo normal será que no quepa el recurso de amparo y que el único derecho fundamental que en su caso podría vulnerarse sea el derecho a una resolución motivada y fundada, no incurso en arbitrariedad, error patente o manifiesta irrazonabilidad (art. 24 CE). El objeto de tal recurso no sería estrictamente la denegación (o insuficiencia) de la indemnización rechazada (o concedida) por la administración, sino las decisiones judiciales que, al pronunciarse sobre esta, han podido incurrir en déficits de motivación o argumentación. Se trataría, por tanto, de una solicitud de amparo frente al poder judicial *ex* artículo 44 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), que no pone en tela de juicio la actuación administrativa. Por lo demás, tratándose de un derecho fundamental sobre el que hay toneladas de jurisprudencia constitucional, lo normal sería que el recurso de amparo fuera inadmitido por ausencia de la especial trascendencia

⁹ C. CIERCO SEIRA, 2021a: 317-318.

constitucional exigida por el artículo 50.1 b) LOTC. En fin, a la vista del carácter formal o procesal del derecho fundamental concernido, la única tutela que podría llegar a dispensar el Tribunal Constitucional sería la anulación de las resoluciones judiciales inmotivadas, arbitrarias o manifiestamente erróneas o irrazonables con retroacción para que el órgano judicial correspondiente se pronuncie nuevamente sobre la reclamación resarcitoria. Así lo ha hecho, por ejemplo, la STC 9/2015, de 2 de febrero, tras apreciar que la desestimación judicial de una demanda de responsabilidad patrimonial era contraria al artículo 24 CE¹⁰.

2.3. Régimen de responsabilidad

En punto a la responsabilidad, cabe apreciar que dentro de un sistema de libertad plena quien padezca reacciones adversas como consecuencia de la vacunación debería soportarlas sin posibilidad de exigir la reparación. No se darían los presupuestos de

¹⁰ Ya la STC 37/2011, de 28 de mayo, resolvió en consonancia un supuesto similar, con la particularidad de que declaró que la desestimación vulneraba, no solo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sino también el derecho a la integridad física (art. 15 CE). Esto último es discutible. Para empezar, este segundo derecho estará directamente concernido (y será, por ende, tutelable mediante el recurso de amparo) cuando el Estado haya agredido dolosa y deliberadamente a un individuo, pero no cuando un juez resuelva de un modo u otro una reclamación de compensación de daños culpables o accidentales. Lo afirma la jurisprudencia constitucional reciente, que vincula la lesión del indicado derecho fundamental al “elemento *intención*” y señala: “La intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al ‘riesgo relevante’ de sufrírselos, esto es, a un ‘peligro grave y cierto’ para la integridad personal” [STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 5 c)]. Alguien podría razonar que la administración vulnera el artículo 15 CE si un médico de la sanidad pública se salta de modo clamoroso y con toda intención la exigencia de consentimiento informado y acaba realizándose uno de los riesgos que el paciente no conoció ni aceptó. Semejante planteamiento no es un disparate, pero puede contribuir a la “banalización del derecho fundamental reconocido”, algo sobre lo que ha avisado la STC 59/2019, FJ 5 b). Por lo demás, en el caso de la STC 37/2011 no fue la administración sanitaria quien incumplió aquella exigencia, sino médicos de una clínica privada; al parecer, interpretaron que la urgencia de la intervención sanitaria realizada en beneficio del paciente les permitía actuar sin el previo consentimiento informado. La víctima ejerció sin éxito la acción directa contra la aseguradora de aquellos médicos ante la jurisdicción civil, planteando a la postre el recurso de amparo. Siendo los derechos fundamentales bastiones de libertad frente al Estado, no frente a otros particulares (arts. 53.2 CE y 41.2 LOTC, y STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1, por todas), el único poder público que pudo en hipótesis vulnerar algún derecho fundamental fue la justicia ordinaria que rechazó la demanda resarcitoria. Se entiende por todo ello que la sentencia constitucional resolviera a la postre de acuerdo con los presupuestos tutelares del artículo 24 CE, por más que en algún momento afirmara que “la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)” (FJ 7). En efecto: (i) utilizó la referencia a aquella previsión constitucional sobre todo para imponer al juzgador la exigencia de un “plus de motivación” (FJ 6); (ii) no imputó la vulneración a los médicos de la clínica privada, sino a los tribunales, anulando, en consecuencia, las resoluciones judiciales con retroacción de las actuaciones al momento anterior al del dictado de la primera sentencia; y (iii) precisó que “no nos corresponde pronunciarnos sobre si procedía o no reconocerle la indemnización reclamada, pues esta es una cuestión de legalidad ordinaria cuya apreciación es labor exclusiva de los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función que les atribuye el art. 117.3 CE” (FJ 2).

una responsabilidad patrimonial sin culpa por sacrificio especial, como modalidad de “funcionamiento normal de los servicios públicos” prevista en la cláusula general recogida hoy en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público¹¹. El paciente damnificado por la vacuna (o el acto vacunal) tuvo conocimiento pleno de los riesgos a los que se exponía, consintiéndolos después de valorar autónomamente las distintas opciones y sin que las autoridades le obligaran o impulsaran a asumirlo por motivos de salud pública. No puede decirse, en consecuencia, que haya sido instrumentalizado en beneficio del todo social. Al contrario, el poder público ha puesto los medios para que decida libremente sobre su integridad personal, informándole de todos los riesgos y sin orientar su decisión en uno u otro sentido en función de razones de interés general.

Naturalmente, si el paciente no fue ilustrado con todo detalle del riesgo aparejado a la vacunación que por desgracia acabó actualizándose, la administración incurrirá en responsabilidad patrimonial, pero el fundamento de esta será la infracción de una exigencia jurídica legalmente impuesta a la segunda en beneficio de la plena autonomía del primero. No por ello la víctima ha de obtener la plena reparación de los perjuicios corporales consecuentes, pues es posible que hubiera consentido la intervención vacunal en todo caso, esto es, aun sabiendo que se exponía al riesgo que acabó realizándose. Lo normal es que reciba solo una reparación parcial a título de responsabilidad proporcional o pérdida de oportunidad (si hubiera una probabilidad no desdeñable de que hubiera rechazado la intervención), además del daño moral inherente a la lesión de su derecho de autodeterminación, todo ello en concepto de culpa o anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos¹².

Conviene subrayar a este respecto que el régimen resarcitorio propio de las intervenciones médico-sanitarias normales sería el aplicable a los daños vacunales. Por eso la única responsabilidad posible sería la basada bien en la culpa o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos bien en algún defecto de calidad de la vacuna. Es decir, la víctima solo podría ser acreedora de un derecho resarcitorio:

¹¹ Contamos con una brillante y acabada teorización de la restricción sacrificial y sus consecuencias constitucionales y resarcitorias, que adopta el daño vacunal como tema testigo, junto a otros como la expropiación forzosa, la prisión preventiva o el derribo de aviones para sofocar atentados terroristas como los del 11S: I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022. Me he ocupado de la responsabilidad por sacrificio especial en perfecta correspondencia con las tesis de esta monografía, pero sin su profundo enfoque histórico y dogmático-constitucional: L. MEDINA ALCOZ, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II): Elementos. Factores de exoneración”, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, coord. T. Cano Campos, vol. 4, Iustel, Madrid, 2009, (pp. 69-133); “El problema de la culpa en el Derecho de daños”, en *La falta de servicio*, coord. R. Letelier Wartenberg, Aranzadi, Santiago de Chile, 2012 (pp. 363-456). También, junto con I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, precisamente: “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución: Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 200, 2019, (pp. 147-190).

¹² Al respecto, ampliamente: L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Thomson Reuters/Civitas, 2018.

(i) si no se daban los presupuestos legales para autorizar la vacuna o mantenerla en el mercado; (ii) si el daño deriva de errores en el almacenamiento, manipulación o administración de la vacuna: entre otros, fallo en la cadena de frío, esterilización inapropiada de jeringas o agujas o reutilización de las desechables, agitación inadecuada de la vacuna, aplicación de vacuna o diluyente contaminados, remplazo de la vacuna o del diluyente con otro fármaco, inyección en el lugar equivocado; (iii) si el paciente no dio su conformidad tras ser cumplidamente ilustrado del riesgo luego materializado o no tuvo la posibilidad de efectuar una ponderación de beneficios y riesgos según sus intereses y preferencias personales; o (iv) si las reacciones adversas fueron consecuencia de defectos en la calidad de la vacuna, en su contenido o en el dispositivo para su administración. En los tres primeros casos respondería la administración correspondiente por culpa o incumplimiento, como modalidades de “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, de acuerdo con la Ley 40/2015 (art. 32.1). En el cuarto, responderían las fabricantes de la vacuna conforme al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 135-146), que en este punto es trasposición de la Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de junio, relativa a responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

2.4. Programas compensatorios específicos

Cabe preguntarse si para los daños vacunales producidos en el marco del régimen de libertad plena resultaría conveniente instaurar un programa de compensación específico, más o menos equivalente a los fondos constituidos a favor de los transportistas internacionales damnificados por acciones violentas (Ley 52/1984, de 26 de diciembre), las víctimas de siniestros con vehículo no identificado, robado o no asegurado (Ley 122/1964, de 24 de diciembre, hoy Decreto legislativo 6/2015, de 30 de octubre), las víctimas del terrorismo (Ley 13/1996, de 30 de diciembre) o de otros delitos dolosos (Ley 35/1995, de 11 de diciembre), los contagiados de sida o hepatitis C en el marco del sistema público de salud (Real Decreto-ley 9/1993, de 26 de mayo) o los enfermos de talidomida (Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto).

La respuesta es clara, a mi modo de ver: carecería de sentido, pues faltarían las razones de fondo de aquellos programas compensatorios. Aunque estén legalmente configurados como ayudas públicas y sean muy diferentes entre sí, estos programas sirven al propósito común de que la administración cubra una especie de responsabilidad civil subyacente a partir de criterios tomados del Derecho de daños, como el principio de reparación integral, la doctrina de la culpa de la víctima o la acción de repetición contra el responsable. Pretenden, en particular, reparar daños cuando no puede identificarse al responsable o cuando, siendo ello posible, resulte inviable o difícil reclamar con éxito aquella responsabilidad o cuando el perjuicio pudiera ser constitutivo de una responsabilidad patrimonial objetiva de la propia administra-

ción¹³. Ninguna de estas circunstancias se da en el presente caso. El daño vacunal, en el modelo de libertad plena, realiza un riesgo del que la víctima fue (o debió ser) informada con detalle sin que la administración le orientara a consentirlo por razones de salud pública. La única responsabilidad posible sería la subjetiva ordinariamente exigible en el ámbito sanitario por ausencia de consentimiento informado o infracción de la *lex artis*.

No hay, pues, motivos para brindar a estos perjudicados la protección especial de la que carecen todas las víctimas del mal funcionamiento del servicio público sanitario. Ciertamente, la instauración de un fondo de compensación tiene todo el sentido como incentivo a la vacunación, pero eso nos sitúa fuera de un modelo de libertad plena, opuesto en cuanto tal a que el poder público fuerce la vacunación o dirija hacia ella las decisiones individuales.

3. SISTEMA DE VACUNACIÓN FORZOSA U OBLIGACIÓN PLENA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL

3.1. Descripción y ejemplos

Un sistema basado en la obligación plena ignora la libertad personal y atiende exclusiva o prevalentemente a los beneficios sociales, imponiendo la vacunación obligatoria o forzosa, esto es, el deber de someterse a ella, asociando consecuencias represivas al incumplimiento¹⁴. Se impone así una cartera más o menos amplia de vacunas a toda la población o a segmentos de ella. Si se habla de campaña no es porque las autoridades se propongan convencer a los afectados a fin de que se vacunen voluntariamente, sino porque han de facilitar y vigilar el cumplimiento de aquel deber, así como castigar su inobservancia. El sistema conoce de antemano que una (pequeña) porción de los obligados padecerá reacciones adversas graves, pero lo acepta como sacrificio individual justificado en la utilidad pública. Dicho crudamente y sin matices: se tolera el fallecimiento y el grave menoscabo de unos pocos a cambio de las muchas vidas que la vacuna salvará y librára de patologías y del impacto positivo que ello tendrá en el mercado laboral y la economía. Bien puede afirmarse que la libertad y la vida desarrollan así una *función social*, al igual que, por ejemplo, la libertad de quien sufrió una prisión preventiva acordada legítimamente por razón del beneficio social, siendo a la postre absuelto por no tener que ver con el hecho criminal (art. 17 CE);

¹³ Sobre el denominador común de estos mecanismos de compensación, J. RIBOT IGUALADA, “Los fondos de indemnización de daños corporales”, *Revista de Derecho civil*, vol. 7, núm. 4, 2020 (pp. 5-50).

¹⁴ Utilizo indistintamente los significantes “vacunación obligatoria” y “vacunación forzosa”. No he creído preciso a los fines de este estudio hacer las distinciones o matices que pudieran ser relevantes a otros efectos. Véase, p. ej., E. COBREROS MENDAZONA, “Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021, (pp. 18-31).

la propiedad expropiada a un individuo por razones de utilidad pública (art. 33.3 CE); o la libertad de empresa de quien se ve ha visto abocado a cerrar su local durante meses porque las obras públicas impedían el acceso del público (art. 38 CE)¹⁵.

Este modelo cuenta con ejemplos muy significativos, no solo en regímenes autoritarios, sino también en democracias occidentales como la italiana o la francesa, que establecieron la obligatoriedad de un buen número de vacunas a la vista del alarmante descenso de las tasas de vacunación de aquellos países en los últimos años¹⁶. La pandemia del covid-19 ha avivado el debate mundial en torno a la vacunación forzosa. Buena parte de los países europeos ha impuesto la del covid-19 con carácter general (Austria) o para determinados colectivos por razón de edad o profesión (Alemania, Bélgica, Croacia, Francia, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Polonia, República checa).

Tal solución ha sido tradicionalmente (y sigue siendo tras la pandemia del covid-19) extraña a nuestro Sistema Nacional de Salud. No la establece la Ley 33/2011, 4 de octubre, general de salud pública que, inversamente, recoge la voluntariedad como principio general en todas las actuaciones sanitarias (art. 5.2). Se discute si la vacunación obligatoria puede considerarse una de las medidas que las autoridades pueden establecer “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro [...] cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad” (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública); o si sigue en vigor la previsión que permite al Gobierno declarar obligatoria la vacunación contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas “por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible” (Base IV de la Ley de bases de la sanidad nacional de 25 de noviembre de 1944, en la redacción dada por la Ley 22/1980, de 24 de abril). Lo cierto es que hasta la fecha las autoridades sanitarias no han intentado hacer valer estas previsiones ni otras semejantes (arts. 4 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio) a fin de imponer la vacunación forzosa.

No obstante, al amparo de la primera ley orgánica mencionada, la administración sanitaria ha solicitado (y obtenido) autorización judicial para vacunar a menores en contra del criterio de los padres todo ello con el fin de sofocar una concreta epidemia. Es el caso del Auto 362/2010, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 5 de Granada, de 24 de noviembre, en relación con el brote de sarampión surgido en un colegio público del barrio del Albaicín¹⁷. La Consejería de sanidad de la Junta de Andalucía solicitó y el juzgado autorizó la vacunación forzosa de 35 niños menores de entre doce y quince meses bajo la consideración de que la medida “persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una

¹⁵ Al respecto, ampliamente: L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190.

¹⁶ G. PIPERATA, “Vaccinazione obbligatoria e problematiche giuridiche. Un’analisi nella prospettiva del diritto italiano”, *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (pp. 201-214).

¹⁷ ECLI:ES:JCA:2010:3A.

norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido”.

Por otra parte, algunas comunidades autónomas, desbordando, posiblemente, sus competencias en materia de sanidad, han declarado formalmente obligatorias algunas vacunas¹⁸. Por ejemplo, el Decreto valenciano 147/1986, de 24 de noviembre, incluyó dentro del “programa de vigilancia de la salud del niño” la “aplicación de las vacunas obligatorias según el calendario que establezca la Conselleria de Sanidad y Consumo” (art. 13.3). El Decreto gallego 329/2005, de 28 de julio, estableció en la misma línea que “será preceptiva la vacunación” contra la rubéola del “personal que realice funciones de atención y cuidado de los/as niños/as”. Ya en el contexto de la pandemia del covid-19, una Ley de esta misma comunidad ha facultado a las autoridades sanitarias autonómicas para imponer la vacunación obligatoria a fin de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no solo el covid-19), en situaciones de grave riesgo para la salud pública; y ha tipificado como infracción administrativa “la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias” [arts. 38.2 b), 41 bis d), 42 bis c) y 43 bis d) de la Ley de salud de Galicia, en la redacción dada por la Ley 8/2021]. El Presidente del Gobierno impugnó inicialmente estas previsiones ante el Tribunal Constitucional¹⁹, pero desistió finalmente a la vista de que el parlamento gallego las ha desactivado mediante una nueva disposición²⁰.

¹⁸ Un estudio de las primeras disposiciones que establecieron (o se orientaron hacia) la vacunación obligatoria: E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988. Para las posteriores, antes y después de la pandemia del covid-19, cabe remitirse a CIERCO SEIRA, 2006; *id.*, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018; *id.*, 2021a: 316-318; *id.*, “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021b (pp. 18-31). También E. COBREROS MENDAZONA, 2021: 18-31; J. L. BELTRÁN AGUIRRE, “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, núm. 22, 2012 (pp. 9-30).

¹⁹ Interpuesto el recurso, el Tribunal Constitucional suspendió la aplicación de aquellas previsiones mediante la providencia de admisión y el ATC 74/2021, de 20 de julio.

²⁰ Se trata de la disposición adicional segunda de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, introducida por la Ley 18/2021, de 27 de diciembre: “La medida prevista en el número 5 de la letra b) del número 2 del artículo 38 se entenderá sin perjuicio del carácter voluntario de la vacunación con carácter general y se aplicará siempre de acuerdo con lo establecido para cada patología por la Administración general del Estado en el ejercicio de sus competencias de coordinación general de la sanidad, en la estrategia nacional de vacunación que esté vigente en cada momento y en el marco de lo que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las campañas se articularán sobre el principio de colaboración voluntaria de las personas afectadas con las autoridades sanitarias, y estas ofrecerán información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas”. Sigue pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso, si bien el contenido de la disposición reproducida permite pronosticar que el Tribunal desestimaré o declarará extinguida por pérdida de objeto buena parte de los motivos de impugnación.

3.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo

La instauración del sistema de obligación plena (respecto de vacunas consideradas esenciales y para la población general o segmentos de ellas) no sería problemática bajo la óptica de la cláusula constitucional del Estado social (art. 1.1 CE), pues no solo no ignora, sino que atiende exclusiva o prevalentemente a la salud pública, en general, y al beneficio social asociado a la vacunación extensiva, en particular. Sin embargo, lo es desde la perspectiva del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), singularmente en lo que atiene a los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

A diferencia de los derechos fundamentales de contenido económico (arts. 33 y 38 CE), los de carácter extrapatrimonial funcionan normalmente como prohibición de toda restricción de tipo sacrificial. Dicho de otro modo: el poder público no está autorizado, con carácter general, a imponer menoscabos forzosos a sujetos que no amenazan ni agreden la integridad de los demás bajo la consideración de que ello es útil para lograr un objetivo social. Ciertamente, el Estado puede delimitar y limitar los derechos fundamentales sustantivos no patrimoniales a fin de asegurar que su ejercicio no interfiera en los derechos de otros, pero, en principio, no puede causar daños a la vida o la libertad personal de quienes no ponen en riesgo la integridad de los demás solo porque entiende que eso es bueno para la comunidad: “En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para la salud” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 F)]. Incluso si el objetivo fuese responder al comportamiento criminal de quien agrede o pone en peligro la integridad ajena, estaría vedada la causación deliberada y vejatoria de padecimientos físicos o psíquicos porque “sean cuales fueren los fines” ello “cosifica al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal”, o “lo mediatiza o instrumentaliza, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” [STC 59/2019, de 6 de mayo, FJ 5 c), citando las SSTC 120/1990, de 20 de julio, FJ 9, 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13].

La Constitución permite, no obstante, que el Estado utilice para sus fines derechos fundamentales de contenido extrapatrimonial en supuestos muy excepcionales. Es lo que podría ocurrir con las vacunaciones obligatorias. Los daños personales derivados de ellas no son infligidos directamente a personas identificadas y preseleccionadas, como si se tratara de un auténtico procedimiento de expropiación forzosa de la vida y la integridad física. Son una consecuencia colateral que, aunque previsible, se revela solo *ex post*. El profesional sanitario que administra la vacuna no tiene conciencia o conocimiento cierto de que sacrifica los derechos del paciente porque confía en que se verificará la hipótesis estadísticamente habitual, esto es, que no se producirá una reacción adversa. Ciertamente, la víctima de daños inducidos por la vacuna ha sido funcionalizada, pero el sacrificio deriva técnicamente del modelo o

sistema, que es el que contempló de antemano y aceptó las hipótesis sacrificiales residuales²¹. Esta circunstancia, junto a la magnitud del beneficio social resultante explican posiblemente la tendencia general a dar la vacunación forzosa por buena en términos constitucionales, de lo que es reciente expresión la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2021, asunto Vavříčka y otros c. República checa²².

Ahora bien, si la constitucionalidad de semejante restricción depende, no solo de que sea adecuada (que esté orientada a un fin legítimo) y proporcionada (que produzca más beneficios que perjuicios), sino también de que sea necesaria (ausencia de alternativas menos restrictivas), podría afirmarse razonablemente que en España no se dan las condiciones para aceptarla, al menos en términos generales²³. Ello por la sencilla razón de que se han logrado históricamente y se mantienen hoy elevadas tasas de vacunación sin imponerla como forzosa²⁴. Hay que reconocer, no obstante, que los poderes públicos cuentan con relevantes márgenes de apreciación a la hora de adoptar una decisión estratégica como es la vacunación forzosa²⁵. Dejo a un lado los problemas de constitucionalidad que esta medida pudiera suscitar desde otras ópticas: la distribución territorial del poder (si la establece una comunidad autónoma en

²¹ Ampliamente, L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190.

²² ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113. Al respecto, C. CIERCO SEIRA, 2021a: 316-318, *id.*, 2021b: 18-31.

²³ La STC 207/1996, de 16 de diciembre, estableció el canon de la proporcionalidad en sentido amplio (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), tras descartar que en el caso (extracción de cabellos de la cabeza y de todo el pelo de las axilas para su posterior análisis) existiera la vejación o humillación que el artículo 15 CE prohíbe de modo absoluto. Es verdad que el pasaje antes citado [“En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para la salud”] pudiera dar a entender que la causación de daños personales o la puesta en peligro de la integridad física está vedada con carácter absoluto. Sin embargo, tal interpretación no se compeade con la distinción que realiza la propia sentencia entre la vejación (como comportamiento prohibido cualesquiera que sean los fines y las circunstancias) y las demás injerencias en la vida y la integridad física (que serán contrarias a la Constitución solo si, a la vista de los fines y las circunstancias del caso, puede apreciarse el incumplimiento del juicio de la proporcionalidad). La doctrina constitucional reciente no puede ser más clara a este respecto: para valorar si la administración ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física o moral (art. 15 CE) “hay que determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento *intención*); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento *menoscabo*) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento *vejación*). Faltando este último elemento, no habrá trato ‘degradante’, pero solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (*legalidad*), responde a un fin constitucionalmente legítimo (*adecuación*), constituye la alternativa menos restrictiva (*necesidad*) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (*proporcionalidad en sentido estricto*)” [STC 56/2019, FJ 5 a)].

²⁴ Véase D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “Possibly Constitutional, But Not This Way: Compulsory Vaccination in Spain”, *VerfBlog*, 2021/5/05, <https://verfassungsblog.de/spain-vaccinations/>, DOI: 10.17176/20210505-182018-0.

²⁵ J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2012: 9-30.

contra de las directrices de la legislación estatal), la reserva de ley (si la facultad para adoptarla se habilita por decreto o no está suficientemente programada en norma de rango legal) y la reserva de ley orgánica (si una ley ordinaria la estableciera con carácter general).

A nuestros efectos, lo relevante es retener que el reconocimiento constitucional de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) podrían operar como barrera que impide la vacunación obligatoria. Ahora bien, si, como creo, pudiera llegar a considerarse una medida adecuada, necesaria y proporcionada, la dignidad humana y la fundamentalidad del derecho a la vida exigirían, al menos, indemnizar las reacciones adversas graves derivadas de la vacunación obligatoria. La víctima conservaría su derecho *constitucional* a la vida y, en particular, a que su integridad física no sea funcionalizada en beneficio de otros, sólo que, en estas concretas circunstancias, este derecho fundamental se expresaría, no como impedimento de la acción lesiva, sino como derecho a una compensación que, en lo posible, traduciría económicamente el *status quo ante*. La indemnización sirve, justamente, para contrarrestar la cosificación, esto es, para devolver a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva.

Dicho con la conocida terminología de CALABRESI²⁶: la Constitución, al admitir la vacunación forzosa, permite que el derecho a la vida y a la integridad física de quienes se exponen al riesgo de padecer reacciones adversas graves deje de tutelarse a través de una regla de protección absoluta o de dominio (*property rule*), que es la que habría permitido rechazar la intervención vacunal o declarar la inconstitucionalidad del régimen de vacunación obligatoria. No por ello deja de tutelar aquel derecho fundamental; lo hace ahora a través de una regla de protección relativa o de responsabilidad (*liability rule*), que no permite rechazar aquella intervención ni declarar la inconstitucionalidad del sistema, pero sí al menos exigir la compensación de los daños de entidad que en su caso se produzcan. No cambia el derecho reconocido ni la exigencia constitucional de que sea tutelado; lo que cambia —en virtud de la decisión pública que ha impuesto legítimamente la vacunación forzosa— es el concreto mecanismo de protección constitucional. La indemnización no es, pues, en este caso una cantidad que deben calibrar los tribunales para proteger un derecho fundamental vulnerado, sino una condición de constitucionalidad del sistema; el régimen de vacunación obligatoria será inconstitucional si el ordenamiento excluye o no predispone al propio tiempo el correspondiente mecanismo indemnizatorio.

No hay que sorprenderse de que la Constitución no prevea expresamente la exigencia de indemnización para los supuestos de daños sacrificiales verificados en derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la libertad, mientras que sí lo hace para el derecho de propiedad (art. 33.3 CE). Las operaciones sacrificiales en la propiedad están estandarizadas en nuestro Estado social de Derecho como resul-

²⁶ G. CALABRESI y A. D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972 (pp. 1089-1128).

tado de una tradición histórica consolidada. Forman parte de la relación cotidiana que el poder público entabla con los ciudadanos para realizar el interés general. Los sacrificios de derechos de mayor entidad son, como queda dicho, excepcionales. Su dinámica es poco acorde con una estandarización constitucional que podría dar la sensación equívoca de que estamos ante un recurso ordinario al servicio de las políticas públicas. El debate en relación con los derechos fundamentales más básicos es, según se ha expuesto, el de determinar si cabe y, sobre todo, cuándo cabe el sacrificio, pero una vez que una hipótesis sacrificial se acepta como viable la indemnización de quien la sufre en beneficio de los demás va prácticamente de suyo. Que la indemnización (como técnica adjudicativa del resultado dañoso) no esté expresamente regulada no significa que no sea constitucionalmente exigible una vez que el sacrificio se considera constitucionalmente admisible²⁷.

La dimensión constitucional del daño derivado de la vacunación forzosa está preñada de consecuencias. La principal y más evidente es que el sistema de responsabilidad patrimonial (arts. 32-35 de la Ley 40/2015) debe interpretarse a la luz de ella, lo que, según se verá, no es en absoluto difícil desde el momento en que, a través de la cláusula general de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, aquel sistema canaliza la reparación de los daños sacrificiales.

Otra consecuencia, no exenta de relevancia, es que la indemnización del daño vacunal, al dejar de ser un asunto de legalidad ordinaria y convertirse en la tutela constitucionalmente debida al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, abre la vía del recurso de amparo (art. 53.2 CE). La resolución administrativa que no reconociese la reparación o que lo hiciera insuficientemente incurriría en la vulneración de aquel derecho fundamental; vulneración que, si no hallara remedio en la vía judicial ordinaria, fundaría la interposición de una demanda de amparo al abrigo del artículo 43 LOTC. El recurso estaría llamado a ser admitido por cuanto que, en ausencia de jurisprudencia constitucional a este respecto, revestiría el interés objetivo o especial trascendencia que exige el artículo 50.1 b) de la citada Ley orgánica. En cuanto al fondo, hay que tener en cuenta que, al estar primariamente concernido un derecho fundamental sustantivo, el control por parte del Tribunal Constitucional “no podrá limitarse a verificar el carácter razonable” de las actuaciones y resoluciones impugnadas, sino que “será preciso analizar si las mismas resultan o no lesivas del ejercicio del derecho fundamental sustantivo alegado” (STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 3, citando sentencias anteriores). En cuanto a la realidad de los hechos, “cuando este Tribunal conoce de la presunta vulneración de un derecho fundamental por parte de una autoridad administrativa, en el cauce del art. 43 LOTC, no resultan de aplicación los límites que establece el art. 44.1 b) LOTC” (STC 93/1992, de 11 de junio, FJ 4). Dicho de otro modo, en lo concerniente a la vulneración que podría derivarse de la ausencia de (o insuficiente) indemnización del daño vacunal, el Tribu-

²⁷ Al respecto, refiriéndose tanto a la vacunación (obligaría o recomendada) como a la prisión preventiva seguida de absolución: L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190.

nal Constitucional podría (y debería) realizar un escrutinio muy incisivo tanto en lo jurídico (se trataría de interpretar y aplicar directamente una norma constitucional) como en lo fáctico (no estaría vinculado por las valoraciones de hechos realizadas por la administración o la justicia ordinaria). Podría (y debería) entrar a valorar por sí, incluso con apertura previa de periodos de prueba (art. 89 LOTC), tanto el alcance del daño alegado como su conexión causal, así como fijar la indemnización tomando en consideración las cantidades que habitualmente se libran por lesiones del mismo tipo. Ciertamente, el Tribunal Constitucional, a diferencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, se ha desentendido de la responsabilidad patrimonial derivada de la violación de los derechos fundamentales²⁸. Pero en este caso, la indemnización es mucho más que una posible respuesta a la vulneración de un derecho fundamental; es una condición de constitucionalidad de la operación sacrificial en sí, por lo que el Tribunal Constitucional podría (y debería) asumir la tarea de declarar el derecho a ella y concretar su efectivo alcance²⁹.

3.3. Régimen de responsabilidad

La afirmación del carácter resarcible del daño sacrificial es, justamente, la principal consecuencia de que la administración española responda, no solo por “funcionamiento anormal”, sino también por “funcionamiento normal”, de acuerdo con el sistema introducido en 1954 y establecido hoy en la Ley 40/2015. Tal es la interpretación doctrinal originaria y ampliamente consolidada a la que se atiene la jurisprudencia contencioso-administrativa³⁰. En consecuencia, dentro de un régimen de

²⁸ Al respecto, criticando la tendencia consolidada a la postre: I. BORRAJO INIESTA, “Indemnización constitucional: a propósito de la sentencia Bivens del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, (pp. 209-228). Sobre la tendencia opuesta en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: L. MEDINA ALCOZ, “Los desaparecidos de La Cantuta: (a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006)”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008 (pp. 755-774).

²⁹ El mejor tratamiento que conozco sobre la indemnización como condición de constitucionalidad de la operación sacrificial se halla en I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022: 275-304.

³⁰ El primer intérprete del sistema de responsabilidad patrimonial afirmó tempranamente que la causación lícita e incidental de un daño en aras al interés general constituye una “causa de imputación” incluida en la referencia legal al “funcionamiento normal” del servicio público como fundamento de la obligación de indemnizar: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. VIII, núm. 5, 1955 (pp. 1023-1163); publicado como libro en 1956: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid). El profesor GARRIDO FALLA aceptaba igualmente que la “expresión funcionamiento normal” cubre “aquellas actuaciones administrativas —en especial obras públicas— que causan perjuicios singulares que por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas justifica la obligación de reparar”: F. GARRIDO FALLA, “Panorama general de la responsabilidad ‘civil’ de la Administración pública”, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Ma-

vacunación forzosa, quien sufra reacciones adversas tiene un derecho indemnizatorio con fundamento en la Constitución que se hace efectivo a través del sistema general de responsabilidad patrimonial. Lo ha declarado específicamente la jurisprudencia con ocasión de la obligatoriedad declarada de algunos calendarios de vacunación infantil³¹, vinculando la indemnización con la protección debida al derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), la responsabilidad por funcionamiento normal y la expropiación forzosa como caso paradigmático de sacrificio especial³².

Lo propio del daño sacrificial es que el individuo afectado está “en los dos polos de la transacción” en el sentido de que es simultáneamente perjudicado y beneficiario³³. De ahí que la *compensatio lucri cum damno* o teoría del descuento tenga un amplio juego dentro de la responsabilidad por sacrificio especial, concretado en dos relevantes manifestaciones³⁴. En primer lugar, el daño lícitamente causado será

drid, 1998 (pp. 34-35). Se trata de los daños que alguno califica de “cuasiexpropiatorios” bajo influencia italogermana a la vista de que, como la expropiación forzosa, entrañan un sacrificio impuesto en aras del interés general: F. PANTALEÓN PRIETO, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación administrativa*, núms. 237-238, núms. 1-2, 1994, pp. 239-252.

³¹ STSJ de Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de abril de 2010, ECLI:ES:TSJCL:2010:2279: “si bien la obligación de vacunación constituye una carga del ciudadano de asumir los efectos adversos derivados de la administración de vacunas que sean calificados como leves o moderados, el principio de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros, impone que cuando la consecuencia dañosa suponga perjuicios graves y permanentes, esta debe ser indemnizada por la comunidad, representada por la Administración, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho a la máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como es el derecho a la vida y a la integridad personal”.

³² STSJ de la Comunidad valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, de 18 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TSJCV:2010:8544: “no debe obviarse que nos encontramos, como ha señalado la doctrina más experimentada, ante unos daños denominados por aquélla como cuasiexpropiatorios [...], de daños no ya incidentales, sino dimanantes de una actividad necesaria para satisfacer un interés general, que en el presente caso supone un sacrificio especial para el menor que sufre el perjuicio llamado a soportar para prevenir enfermedades a la sociedad en general, donde este esta incurso. En dicho caso, los daños dimanar de un funcionamiento normal y lícito de la Administración ciertamente, pero no por ello excluyen todo tipo de indemnización para el que padece el perjuicio, esto es su sacrificio personal debe de ser reembolsado [...]. En el presente caso, ciertamente la lesión no puede tildarse desde la perspectiva del sistema de responsabilidad accidental, como antijurídica, en cuanto dimana de un acto lícito de la Administración, que ha actuado con arreglo a la Orden reglamentaria que establece la obligación de vacunarse a los menores atendiendo al calendario vacunal [...]. No procede entender que siendo el acto lícito debe de asumir el perjudicado [...] los daños graves y permanentes, pues [...] se produciría un sacrificio individual en favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho de máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la vida y a la integridad personal”.

³³ R. EPSTEIN, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985 (p. 205).

³⁴ Sobre la teoría del descuento, en general: M. MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de daños*, Bosch, Hospital de Llobregat, 2015. En relación con los daños sacrificiales causados por los poderes públicos: L. MEDINA ALCOZ, 2012: 370-391.

indemnizable solo si es *especial*, esto es, si supera un umbral mínimo de intensidad, pues los perjuicios *de minimis* se contrarrestan con las ventajas generales de la actividad estatal, que ofrece un grado de seguridad y certidumbre que multiplica el valor de nuestros bienes y permite superar, gracias a la coacción, unos costes de transacción (asociados al consentimiento de todos los afectados) que harían inasumibles los grandes proyectos colectivos³⁵. Superado el indicado umbral, no se podrá aún hablar de sacrificio especial si la medida o política pública de la que deriva el daño ha producido un beneficio especial correlativo que lo compensa. Tal es la segunda expresión de la doctrina del descuento. Para que exista la instrumentalización efectiva que funda la responsabilidad es preciso, en suma, que los beneficios generales derivados de la vida social o los especiales que, eventualmente, resulten de la intervención lesiva no compensen el perjuicio lícitamente impuesto. En lo que aquí importa específicamente, ello implica que: (i) quienes no sufran reacciones adversas en modo alguno pueden reclamar el daño moral causado por la (legítima) intromisión en la libertad personal que supone la vacunación forzosa: los beneficios generales de la vida social lo compensan; (ii) no debe repararse la reacción adversa leve propiciada por la vacuna o el acto vacunal: la contrarresta la inmunización obtenida, que es un beneficio especial; y (iii) en el caso de la reacción adversa grave, debe descontarse del monto total la cantidad que exprese el beneficio especial que eventualmente haya obtenido el perjudicado. Pienso en el paciente que como consecuencia de la vacuna sufre perjuicios corporales de entidad, pero obtiene inmunidad frente a una grave patología.

En cuanto a la prueba de la conexión causal entre los perjuicios personales padecidos y la vacuna (o el acto vacunal), habrían de aplicarse las exigencias normales, que sitúan el umbral de probabilidad en el 51 por cien (estándar de la probabilidad preponderante) y establecen una regla de cierre favorable a quien está en peores condiciones para demostrar (que en estos supuestos suele ser la víctima) o, alternativamente, establecen para los casos dudosos un régimen de responsabilidad proporcional (llamada habitualmente doctrina de la pérdida de oportunidad) que modera la indemnización a fin de distribuir la carga de la incertidumbre entre las dos partes. Están llamadas a jugar un papel central las máximas de la experiencia aisladas en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria (doctrinas del daño desproporcionado, causalidad virtual o *res ipsa loquitur*) como modalidades de indicios que, a la vista de realidades empíricamente observadas, permiten inferir una probabilidad causal no desdeñable (presunciones *hominis* o simples)³⁶.

³⁵ Tal es el fundamento de la afirmada irresarcibilidad de las cargas generales o de la exigencia legal de que el daño indemnizable sea “individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (art. 32.2 de la Ley 40/2015). Aunque la Ley 40/2015, en línea con sus predecesoras, presenta el requisito de la individualidad como una exigencia general aplicable a cualquier caso de responsabilidad patrimonial, lo cierto es que solo cobra verdadera relevancia dentro del subsistema de responsabilidad por sacrificio especial, de lo que es sintomático que los estudios doctrinales que se refieren a él citan solo ejemplos de daño sacrificial. Por todos: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 380-384.

³⁶ Sobre todo ello, ampliamente: L. MEDINA ALCOZ, “Imputación objetiva y administración pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 219, 2022 (pp. 27-58); *id.*, 2018.

La responsabilidad patrimonial por sacrificio especial absorbe la responsabilidad por culpa o producto defectuoso. Desde la perspectiva de la víctima forzada a someterse a la vacunación poco importa que el daño vacunal pueda traer causa de un error de fabricación, autorización, almacenamiento, distribución o administración. En todos los casos ha sido instrumentalizada, pues su daño proviene a la postre de una intervención que, por razones de interés general, se le ha impuesto obligatoriamente. Lo importante es que el damnificado no tiene que demostrar la infracción de la *lex artis* o el defecto del producto, aunque una y otro existan. Esta responsabilidad es objetiva no porque se exija la ausencia de culpa, sino porque no se exige que la haya, que no es lo mismo. Cabe pues que el sacrificio especial se realice con culpa o sin ella. De la misma manera que en el ámbito del tráfico rodado la responsabilidad sigue siendo objetiva, aunque el atropello lo haya causado un conductor que circulaba a toda velocidad y se saltó un semáforo en rojo, la responsabilidad por sacrificio especial de la administración sanitaria sigue siendo objetiva, aunque haya culpa o producto defectuoso. Otro paralelismo: el inocente que sufre la prisión preventiva tiene derecho a indemnización, aunque aquella medida cautelar se adoptara ilegalmente sin que, en consecuencia, esté constreñido a seguir la vía específica del error judicial, mucho más estricta. De otro modo se haría de peor condición a quien padece un sacrificio especial con inobservancia de los requisitos legales frente a quien lo sufre sin infracciones o incumplimientos.

Naturalmente, ello no impide que la administración sanitaria que incurre en esta responsabilidad sacrificial pueda o deba repetir contra la autoridad o empleado público que haya incurrido en culpa grave o frente al productor de la vacuna defectuosa, de acuerdo con, respectivamente, la Ley 40/2015 (art. 36) y el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (arts. 135-146)³⁷. Hay que notar a este respecto que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Directiva traspuesta por aquel Texto refundido no se opone a que en ciertas condiciones un régimen nacional haga responsable a los prestadores de servicios que causan daños por usar un producto defectuoso. Me refiero a la sentencia de 21 de diciembre de 2011³⁸, en relación con los perjuicios padecidos por un paciente francés durante una intervención quirúrgica como consecuencia de las quemaduras que generó el colchón térmico defectuoso en el que estaba³⁹.

Conviene, en fin, subrayar las (pocas) similitudes y (múltiples) diferencias entre la falta de autodeterminación sanitaria como supuesto ordinario de responsabilidad por

³⁷ Aunque hay que recordar que en realidad la responsabilidad de las autoridades y empleados públicos no existe en la práctica y que hay razones para derogar las previsiones que la establecen formalmente: G. DOMÉNECH PASCUAL, “¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009 (pp. 103-159).

³⁸ Asunto C-495/10, ECLI:EU:C:2011:869.

³⁹ Se ha referido a ello: M. REBOLLO PUIG, “Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021 (p. 77).

funcionamiento anormal de los servicios públicos y como sacrificio especial constitutivo de una responsabilidad objetiva por funcionamiento normal en los casos de vacunación forzosa. Si no llega a materializarse el riesgo sobre el que el paciente no pudo decidir libremente no habrá obligación de indemnizar en ninguno de los casos por la sencilla razón de que los beneficios derivados del tratamiento médico-sanitario y los generales derivados de la vida social compensan con creces el daño moral consecuente a la falta de autodeterminación. Si tal riesgo se materializa, ese perjuicio moral habrá de repararse en el primer caso, pero no en el segundo: a efectos de la responsabilidad por sacrificio, lo determinante es que la víctima haya sufrido un menoscabo psicofísico grave o irreversible, pues los perjuicios consecuentes a la injerencia legítima en su derecho de autodeterminación y a las reacciones adversas leves deben reputarse compensados con los beneficios generales de la vida social y los especiales resultantes de la vacunación misma, según he razonado ya. Cambia también (en sentido prácticamente inverso) el régimen resarcitorio de los perjuicios psicofísicos producidos por la realización del riesgo sobre el que el paciente no pudo pronunciarse libremente. En el primer caso, la víctima padece la infracción de una exigencia jurídica legalmente impuesta a la administración en beneficio de su plena autonomía. No por ello ha de obtener la plena reparación de los perjuicios corporales consecuentes, según se ha dicho: lo normal es que no la obtenga (por ausencia de prueba de que la víctima habría rechazado la intervención de haber conocido aquel riesgo) o que reciba solo una parte a título de responsabilidad proporcional o pérdida de oportunidad (si hubiera una probabilidad no desdeñable de que hubiera rechazado la intervención), además del daño moral inherente a la lesión de su derecho de autodeterminación. En el segundo caso, no hay incumplimiento alguno. La víctima, si no ha podido autodeterminarse es porque el poder público le ha impuesto legítimamente la vacunación. Los daños psicofísicos que padece son enteramente imputables a la administración, pues no son producto de la decisión que libremente habría adoptado la primera, sino de un mandato ejecutado por la segunda. Lo relevante aquí no es determinar qué habría decidido la víctima; no podía hacerlo por razones basadas en un beneficio social del que ella misma participa. Lo decisivo es el alcance o entidad de los daños que ha causado legítimamente la política vacunal. Si son leves, el perjudicado no ha de obtener reparación alguna, pues esa misma política causó también los beneficios personales especiales que los contrarrestan. Si son graves, ha de obtener la reparación total a título de responsabilidad objetiva por sacrificio especial, sin perjuicio del eventual descuento que traduzca el beneficio obtenido gracias a la vacuna.

3.4. Programas compensatorios específicos

Los sistemas jurídicos que establecen la vacunación forzosa normalmente regulan en paralelo programas específicamente destinados a la reparación del daño vacunal⁴⁰,

⁴⁰ R. G. MUNGWIRA y otros, "Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries", *Plus One*, 2020 (revista online: <https://journals.plos.org/>).

lo que es indicativo de hasta qué punto la indemnización realiza en este caso un imperativo ético elemental conforme al que los beneficiarios de una política pública deben compensar a los sacrificados. Más aún, la instauración de un programa de este tipo puede ser la única forma de obtener indemnización en los ordenamientos para los que la responsabilidad civil de la administración se basa con carácter general en la culpa, de modo tal que toda indemnización no fundada en ella debe estar específicamente prevista. Es el caso del Derecho alemán; carece de una cláusula general de responsabilidad objetiva por sacrificio especial, pero cuenta con un programa de compensaciones sin culpa específico para las vacunaciones obligatorias (y las recomendadas): Ley federal de 20 de julio de 2000 de protección frente a infecciones. Lo mismo puede decirse de Italia, que dispone de una regulación al efecto: Ley 210/1992, de 25 de febrero, reguladora de la indemnización (*indennizzo*) a favor de los perjudicados por complicaciones irreversibles a causa de vacunaciones obligatorias, transfusiones y administración de hemoderivados.

El caso español es distinto, no ya porque no responda al modelo de vacunación obligatoria, sino porque, de hacerlo, el régimen de responsabilidad patrimonial canalizaría con normalidad la indemnización, amén de que los derechos constitucionales mencionados la fundarían directamente, según lo razonado con anterioridad. Lo que no obsta a la conveniencia de establecer este tipo de programas entre nosotros, como, por lo demás, han hecho sistemas jurídicos que tampoco hallan dificultades para establecer jurisprudencialmente supuestos atípicos de responsabilidad objetiva (p. ej., Francia, cuyo Código de Salud Pública reconoce el derecho a la “reparación íntegra de los perjuicios directamente imputables a la vacunación obligatoria”, art. L3111-9). Ello cumpliría una función similar a las compensaciones previstas entre nosotros para los contagios de sida y hepatitis C en el marco del sistema público de salud; compensaciones que, aunque configuradas como “ayudas sociales”, pretenden dar respuesta a supuestos de posible responsabilidad patrimonial objetiva por riesgo nosocomial o intrahospitalario. Facilitaría a las víctimas sacrificadas la obtención de la indemnización, reduciendo la conflictividad y aumentando la seguridad jurídica. Podría contribuir a colmar la ausencia de un baremo médico-sanitario, cuantificando la variedad de daños personales de tipo vacunal mejor de lo que lo hacen los jueces, que en el mejor de los casos acuden a un sistema de valoración pensado para daños de otro tipo (accidente automovilístico).

4. SISTEMA DE VACUNACIÓN RECOMENDADA O LIBERTAD PARCIAL/OBLIGACIÓN ATENUADA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL

4.1. Descripción y ejemplos

Este sistema se parece al primero en la superficie y al segundo en el fondo. Se basa formalmente en la voluntariedad, si bien responde materialmente al objetivo de lograr la vacunación extensiva y el consiguiente beneficio social. El paciente conserva

aparentemente su autonomía, pero, en realidad, el sistema no bascula alrededor de ella, sino del beneficio social resultante de la vacunación extensiva. Más precisamente, ante la decisión personal sobre la vacunación, este sistema no es en absoluto neutral. Al contrario, orienta la voluntad individual hacia la opción conveniente para la salud general, que es, naturalmente, la favorable a la vacunación.

Este modelo despliega una variedad de mecanismos destinados en última instancia a dirigir la decisión individual en un determinado sentido. El primero de todos, la *recomendación*, concretada en consejos individualizados de personal sanitario y comunicaciones generales (planes o “estrategias” publicados en diarios oficiales o webs institucionales; carteles y folletos accesibles en las dependencias sanitarias; publicidad en los medios de comunicación), muchas veces en el contexto de campañas periódicas (p. ej., las de vacunación frente a la gripe). La distancia entre la obligación y la recomendación es menor de lo que a primera vista pudiera pensarse. En el ámbito médico-sanitario, el hombre medio percibe el consejo experto más como un deber que como una simple sugerencia. Lo normal, en suma, es que, dentro una campaña favorable a la vacunación, los ciudadanos confíen en (y se adhieran a) las recomendaciones de las autoridades sanitarias. Junto a la recomendación, destacan las muchas *facilidades* que agilizan y favorecen la vacunación (carácter público y gratuito de la vacuna, calendarios y cartillas vacunales infantiles oficiales, recordatorios de vacunas faltantes en las consultas pediátricas o mediante SMS, multiplicación de los lugares de vacunación, movilización de personal sanitario a lugares de trabajo para dispensar la vacuna...). Sobresalen también, en sentido inverso, las *dificultades* o condicionamientos al desarrollo de actividades a quienes opten por la no vacunación (p. ej., exigencia de certificado de vacunación para la escolarización de menores). Estas facilidades y dificultades han sido identificadas como *nudges* (acicates, incentivos), esto es, intervenciones que, inspiradas en la arquitectura social decisoria que van descubriendo las ciencias del comportamiento, buscan incidir en la conducta de las personas⁴¹.

Un elemento consubstancial al sistema, derivación lógica del objetivo perseguido a través de aquella variedad de herramientas, es la sustracción de la intervención vacunal al régimen ordinario de consentimiento informado. Su aplicación estricta sería de suyo contradictoria, pues el propósito del consentimiento informado no es precisamente la promoción de los intereses generales, sino al contrario, el respeto de los estrictamente individuales o, más precisamente, de la plena autonomía de la volun-

⁴¹ G. B. CHAPMAN *et al.*, “Default clinic appointments promote influenza vaccination uptake without a displacement effect”, *Behavioral Science & Policy*, núm. 2, 2016 (pp. 40-50); H. DAI, S. SACCARDO, M. A. HAN *et al.*, “Behavioural nudges increase COVID-19 vaccinations”, *Nature*, núm. 597, 2021 (pp. 404-409); H. CUELLO DÍAZ, “Cómo cambiar comportamientos durante una pandemia: El uso de *nudges* para enfrentar la COVID-19”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 25, 2021 (pp. 73-86). En el ámbito del Derecho administrativo se ha referido al uso de los *nudges* en relación con la vacunación: C. CIERCO SEIRA, 2021a: 321-322. En general: J. PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 15, 2018 (pp. 8-27).

tad del paciente. Persigue, en definitiva, asegurar que la decisión sobre la actuación médica se adopte con toda libertad, lo que obliga a los poderes públicos a garantizar que el paciente (i) conozca previamente con todo detalle los riesgos aparejados, tanto si son leves o graves como si son comunes o poco frecuentes, y (ii) efectúe la adecuada ponderación de ventajas e inconvenientes atendiendo a su situación concreta y preferencias personales. Ciertamente, la transparencia en torno a las posibles reacciones adversas puede ayudar a que la ciudadanía confíe en la vacunación, alineándose con ello el beneficio individual del paciente con el social o comunitario. Ahora bien, la presentación exhaustiva de los riesgos y la garantía de espacio para una ponderación reflexiva sobre la decisión más conveniente para cada paciente podría desincentivar la vacunación. La información sobre dolencias raras pueda generar miedos irracionales basados en una percepción errónea del riesgo; y en algún caso aislado no es evidente que la opción racional en términos individuales coincida con la útil en términos colectivos. Por ejemplo, cuando una vacuna conjura el riesgo cercano de contagiarse de una enfermedad leve (como la gripe común), pero introduce el riesgo lejano de padecer una enfermedad grave (como síndrome de Guillain-Barré). De ahí que este modelo se aparte del régimen normal de consentimiento informado⁴².

El poder público conoce de antemano que una (pequeña) porción de los obligados padecerá reacciones adversas graves y, pese a ello, estimula el uso de la vacuna atendiendo al beneficio social a través de herramientas, que, a la postre, ocultan o minimizan los daños vacunales posibles, según se ha visto. Dicho otra vez crudamente y sin matices: al dirigir las voluntades individuales hacia la vacunación extensiva, el sistema tolera el fallecimiento o el grave menoscabo de unos pocos a cambio de las muchas vidas que la vacuna salvará o librará de patologías y del impacto positivo que ello tendrá en el mercado laboral y la economía. De modo que también en este caso la libertad y la integridad física de quienes se someten a la vacunación desarrollan una *función social*.

Este sistema es, sin duda, el más extendido a lo largo y ancho del planeta. A él se ajusta el ordenamiento español. La Ley 22/1980, de 24 de abril, lo enuncia expresamente como modelo aplicable a la vacunación sistemática ordinaria al señalar que los medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial “podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”⁴³. La Ley 13/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, renovó la apuesta por este sistema al incluir dentro de la “cartera de servicios básica y común”, el “calendario único de vacunación” [arts. 6.4 y 19.2 a)]. Ya antes de la pandemia del covid-19 podían hallarse ejemplos de cada una de las citadas herramientas dentro de la variedad de normas, estrategias, planes y actos ejecutivos que componen el Sistema Nacional de Salud. Baste citar una de las más incisivas: varias comunidades autónomas (Castilla y León, Extremadura,

⁴² La vacunación es un tema testigo para la teoría de la decisión racional. Por ejemplo: Z. SADIQUE, J. EDMUNDS, N. DEVLIN y D. W. PARKIN, “Understanding individuals’ decisions about vaccination: a comparison between Expected Utility and Regret Theory models”, London, UK: Department of Economics, City University London, 2005.

⁴³ C. CIERCO SEIRA, 2021b: 18-31.

Galicia) han condicionado el acceso de los niños a las escuelas infantiles a la vacunación previa, después de que varias sentencias avalaran la constitucionalidad de la medida⁴⁴.

Ciertamente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente carece de previsiones que de modo expreso excepcionen o suavicen su proyección sobre las intervenciones vacunales, si bien establece que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley” (art. 9.2); previsión procedente del derogado artículo 10.6 a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad en la que se apoya alguna jurisprudencia para justificar la no exigencia de consentimiento informado respecto de la vacunación (STSJ de la Comunidad de Valencia de 18 de diciembre de 2012⁴⁵). La imposibilidad de aplicarla sin matices es consubstancial al modelo vacunal establecido en las Leyes 22/1980 y 13/2011, así como a la consideración legal de la vacuna como medicamento *especial*⁴⁶, según he razonado ya. En el plano de los hechos, la exigencia estricta de consentimiento informado no forma parte de la práctica habitual de los profesionales sanitarios en relación con las vacunas, lo que ha obtenido el respaldo de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, en relación con el síndrome de Guillain-Barré padecido por un varón sano como consecuencia de la inoculación de la vacuna antigripal⁴⁷. Me referiré con detalle a esta sentencia más adelante. Basta ahora destacar que, según ella, “en supuestos como el presente, vacunación en todo caso voluntaria si bien aconsejada y promovida por la Administración por los beneficios sociales que de la misma derivan, es bastante con que en el acto de la inoculación del virus se advierta verbalmente a la persona que lo recibe de aquellas consecuencias leves que pueden presentarse y que desaparecerán en breve tiempo y se indique los medios para paliar sus efectos”. La exigencia de “una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna”⁴⁸.

⁴⁴ Sentencias del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona, Sección 16, Rec. 241/2018, de 28 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:JCA:2018:1322) y de la Sala de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (28 de marzo de 2000, ECLI:ES:TSJCAT:2000:4377) y La Rioja (2 de abril de 2002, ECLI:ES:TSJLR:2002:222).

⁴⁵ ECLI:ES:TSJCV:2010:8544.

⁴⁶ Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio (art. 45).

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2012:6645.

⁴⁸ Son muchas las sentencias que, en esta misma línea, flexibilizan la exigencia de consentimiento informado en materia de vacunación. Cita y comenta varias de ellas: N. GARRIDO CUENCA, “Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa. Y reflexión: ¿Es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 189, 2018 (pp. 129-172).

4.2. En particular, la estrategia de vacunación contra el covid-19

La vacunación contra el covid-19 se ha apartado en muchos aspectos de una campaña normal de vacunación, entre otras razones, porque se ha desarrollado en medio de una pandemia demoledora. Para empezar, la Unión Europea ha desenvuelto un papel decisivo, excluyendo inequívocamente el modelo de libertad plena. Apostó por la vacunación rápida y generalizada como solución a la pandemia mediante los mencionados acuerdos de adquisición preferente con los fabricantes individuales y la autorización de las vacunas, concedida mediante procedimientos acelerados que admiten por excepción que “los datos preclínicos o farmacéuticos estén incompletos” sobre la base de que las “ventajas que para la salud pública se derivan de la disponibilidad del medicamento en cuestión [...] son superiores al riesgo inherente a que todavía se necesiten más datos” [art. 4.1 del Reglamento (CE) 507/2006 de la Comisión, de 26 de marzo, sobre la autorización condicional de comercialización de los medicamentos de uso humano]. El llamado certificado COVID digital, regulado por Reglamento 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio, puede interpretarse como un relevante estímulo a la vacunación; permite suplir la prueba de vacunación exigida en algunos países para traspasar sus fronteras, facilitando en consecuencia el ejercicio de la libertad de circulación.

El diseño concreto del sistema de vacunación sistemática ha correspondido, sin embargo, a los Estados miembros. Lo declaró específicamente el Acuerdo de Madrid antes citado: “Las políticas pertinentes en materia de vacunación seguirán siendo competencia de los Estados miembros participantes”; “los Estados miembros participantes que adquieran una vacuna serán responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán plenamente la responsabilidad que conlleva dicho uso y distribución” (arts. 2 y 6.3). Las líneas maestras del modelo establecido en nuestro país se hallan en la “Estrategia de vacunación frente a Covid-19 en España”, adoptada el 2 de diciembre de 2020 y actualizada hasta el momento en 11 ocasiones. Coinciden con (y desarrollan) el régimen general apenas descrito.

La Estrategia española proclama la vacunación frente al covid-19 como “voluntaria” no porque pretenda colocar en el centro la autonomía individual, sino porque así “se pueden lograr mejores resultados de aceptabilidad”. De modo que no es forzosa, pero se pretende orientar hacia ella las decisiones individuales. Se recomienda vivamente y se facilita al extremo su utilización mediante una rica variedad de mecanismos. Algunos de los que cita la Estrategia son: carácter público y gratuito de la vacuna, fijación de orden de prioridades para acceder a la vacunación, estrategia de comunicación dirigida al personal sanitario y a la población general para generar confianza en el proceso de vacunación, fijación del procedimiento de cita nominal confirmada, registro de cada dosis en sistemas autonómicos de información y reflejo en el sistema estatal en que aquellos confluyen, previsión de equipos de vacunación específicos. A estas medidas se suman otras adoptadas por el Gobierno con similares efectos, como la exigencia de certificados de vacunación en los puntos

de entrada a España (Resoluciones de la Dirección General de Salud Pública de 4 de junio de 2021 y 1 de abril de 2022).

En cuanto titulares de la mayor parte de las competencias en materia de sanidad, las comunidades autónomas han desarrollado y llevado a efecto el sistema de vacunación frente al covid-19. Las múltiples campañas institucionales y las recomendaciones individualizadas han orientado decididamente hacia la vacunación. Se ha ofrecido todo tipo de facilidades: sistema de cita previa, fijación y modificación telemática de citas, recordatorios vía SMS, acondicionamiento de estadios de fútbol, polideportivos, colegios y edificios semejantes para vacunaciones masivas, entrega inmediata de certificados electrónicos, etc. En estrecha conexión con la voluntad de favorecer la vacunación extensiva, está el hecho, muy destacable, de que, en general, los servicios autonómicos de salud no han aplicado protocolo alguno de consentimiento informado. El personal sanitario encargado de la administración de la vacuna no ha facilitado prospectos, ilustrando oralmente todo lo más sobre las reacciones adversas leves más comunes. En el plano normativo, las comunidades autónomas han desarrollado más que nunca hasta la fecha la técnica del condicionamiento de actividades a fin de minimizar el riesgo de contagio, pero también para “penalizar” a los reacios a vacunarse. Por ejemplo, muchas han supeditado durante algunos periodos el acceso a locales comerciales y restaurantes a la exhibición de certificados de vacunación, diagnóstico o recuperación. Algunas han ido más lejos al impedir a quienes rechacen la vacunación el acceso a su puesto de trabajo o, inclinándose decididamente la balanza del lado de la obligatoriedad, tipificando ese comportamiento como infracción administrativa. Me refiero a las Leyes 2/2021 y 8/2021 de País Vasco y Galicia, respectivamente⁴⁹.

A la vista de todo ello, cabe concluir que el sistema de vacunación desarrollado frente al covid-19 ha intensificado la orientación paternalista o restrictiva del modelo general de libertad parcial u obligación atenuada. Los objetivos de salud pública se presentan con más fuerza, dando pie a que los poderes públicos estimulen la vacunación más intensamente. La función social asignada de este modo a la libertad y a la integridad física se hace aún más patente que, por ejemplo, en las campañas de vacunación antigripal, máxime si se tiene en cuenta que los elevados beneficios sociales han llevado a autorizar las vacunas frente al covid-19 de modo acelerado y aceptando más riesgos de lo normal⁵⁰.

⁴⁹ Al describir el modelo de obligación plena me he referido a la Ley gallega. También a la ulterior reforma que desactivó su régimen de vacunación forzosa, dando pie a que el Presidente del Gobierno desistiera del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra él. La Ley vasca ha sido impugnada igualmente por el Presidente del Gobierno y suspendida por el Tribunal Constitucional mediante la providencia de admisión y el ATC 112/2022, de 13 de julio.

⁵⁰ M. REBOLLO PUIG, 2021: 77.

4.3. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo

El sistema de libertad parcial u obligación atenuada plantea en sustancia la misma problemática constitucional que el de obligación plena. No suscita dudas bajo la óptica de la cláusula del Estado social (art. 1.1. CE) y el mandato constitucional de protección de la salud pública mediante medidas preventivas (art. 43 CE), pues pivota en torno a los beneficios sociales derivados de la vacunación extensiva. En cambio, puede entrar en conflicto con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y algunas de sus manifestaciones, como el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15). Ello porque la autonomía para decidir sobre la vacuna es más aparente que real. El ciudadano carece de una verdadera posibilidad de optar porque el sistema, lejos de propiciar un espacio de decisión reflexiva y plenamente consciente de los perjuicios y beneficios individuales de la vacunación, trata de dirigirle, sustrayendo su decisión del régimen estricto de consentimiento informado y utilizando herramientas que, en ocasiones, se parecen mucho a la vacunación forzosa. Al orientar la decisión individual hacia la vacunación por razones de salud pública, ocultando o minimizando los riesgos a sabiendas de que algunos padecerán reacciones adversas graves, el sistema trata a los ciudadanos como una oportunidad para el interés general, funcionalizándolos, concibiéndolos, en suma, no como fin en sí, sino como medio que permite beneficiar a los demás.

Se trata, no obstante, de un régimen menos incisivo que el de obligatoriedad plena, captado por ello dentro y fuera de España como constitucional de modo prácticamente unánime. Al igual que la vacunación forzosa, cumple las exigencias de adecuación y proporcionalidad; y se ajusta más claramente que ella al requisito de la necesidad, en líneas generales y sin perjuicio de que las medidas que restringen los derechos de quienes rechazan la vacunación podrían llegar a vulnerar la Constitución. Su análisis excede el propósito del presente estudio, como también otras cuestiones relacionadas con el sistema constitucional de distribución de competencias y el alcance de la reserva de ley.

A los efectos de este estudio, lo relevante es retener que la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), si, como pienso, no operan como barrera que impide que los poderes públicos dirijan las decisiones individuales hacia la opción que conviene a la salud pública mediante recomendaciones, incentivos y la inaplicación del régimen ordinario de consentimiento informado, deben funcionar al menos como fundamento de la reparación de los daños inducidos por la vacunación. Subsiste la protección constitucional de aquel derecho fundamental, solo que no es ya la tutela fuerte o absoluta que permitiría rechazar la política vacunal (*property rule*), sino la suave o relativa, que autoriza a exigir la compensación (*liability rule*). Cuando el riesgo de reacción adversa se materializa, se produce un empobrecimiento legítimamente causado (el poder público sabía que

algunos lo padecerían, pero lo aceptó a cambio del ingente beneficio social), un daño cuya reparación es una exigencia consubstancial al reconocimiento constitucional de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). La indemnización contrarresta en alguna medida la cosificación, devuelve a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva. Se convierte por ello en un presupuesto de constitucionalidad del sistema de vacunación recomendada.

Me remito *in toto* a lo razonado a este respecto al hilo de la problemática constitucional de la vacunación forzosa, incluido lo relativo a las consecuencias de la dimensión constitucional de la reparación del daño vacunal tanto en lo material (en punto a la interpretación del sistema de responsabilidad patrimonial) como en lo procesal (apertura de la vía del recurso de amparo por el cauce del art. 43. LOTC y plenas facultades del Tribunal Constitucional sobre valoración fáctica, interpretación jurídica y decisión).

4.4. Régimen de responsabilidad

Dentro de un sistema de libertad parcial u obligación atenuada quien padece reacciones adversas graves tiene un derecho resarcitorio que descansa directamente en la Constitución (arts. 10.1 y 15) y se canaliza sin dificultad dentro del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. También en este caso se dan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial por sacrificio especial *ex* art. 32.1 de la Ley 40/2015, por más que no lo hagan con la nitidez con que aparecen en los regímenes de vacunación forzosa. Tal es el criterio doctrinal prácticamente unánime, más allá de algunas diferencias relevantes en punto a su justificación y desarrollo⁵¹. La precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012

⁵¹ Por ejemplo: L. MEDINA ALCOZ, 2012: 363-456; C. CIERCO SEIRA, 2018: 71, y “Algunas reflexiones sobre la vacunación recomendada”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022 (p. 205); N. GARRIDO CUENCA, 2018: 129-172; L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190; D. BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (pp. 231-237); M. REBOLLO PUIG, 2021: 68-79; G. DOMÉNECH PASCUAL, “Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021 (pp. 291-306); C. AYMERICH CANO, “Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial”, *Derecho y salud*, núm. 31, 2021 (pp. 46-54); M. ORDÁS ALONSO, “Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos”, en J. Ataz López y J. A. Cobacho Gómez (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021 (pp. 815-860); I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022: 275-304. La única voz discordante que conozco es de S. RAMOS GONZÁLEZ, “Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022 (pp. 207-242). En su valioso estudio

lo expone y aplica con todo acierto, sin incurrir en el cinismo de fundar formalmente la reparación en la ausencia de un consentimiento informado que no era verdaderamente exigible⁵².

Merece la pena explicar el caso y el contenido de la sentencia con cierto detenimiento. Un camarero de treinta y siete años se desplazó a un centro de salud para recibir la vacuna antigripal, desencadenándose a los diez días una grave dolencia, pero de escasa frecuencia (entre uno y nueve casos cada 10.000 pacientes). Se trata del síndrome de Guillain-Barré, que dio lugar a una disminución funcional del 85 por cien determinante de que le concedieran la invalidez absoluta. La vacunación era formalmente voluntaria y la víctima no estaba siquiera en alguno de los grupos de riesgo para los que se recomienda fuertemente. No obstante, según el Tribunal Supremo, no puede perderse de vista que esa vacunación tuvo lugar “en el curso de la campaña anual promovida y favorecida por la Administración sanitaria” “en la búsqueda del interés general que beneficie a toda la población”. La sola circunstancia de que la administración promueva la vacunación para la evitación de epidemias justifica que “los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de los riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas”. El Tribunal insiste en que estas campañas persiguen “intereses

defiende que no debiera indemnizarse en concepto de responsabilidad por sacrificio especial al ciudadano que sufre reacciones adversas “si la vacunación es recomendada” porque tuvo “libertad para rechazar la vacunación sin tener que quedar sujeto a sanciones, limitaciones de derechos o pérdidas de beneficios previstas en un modelo de vacunación obligatoria” (p. 223). Creo que lo que he razonado ampliamente en el texto en punto a la ausencia de una libertad plena y la existencia correlativa de funcionalización sirve para rechazar este argumento. En cualquier caso, lo que esta autora no reconoce en concepto de responsabilidad, lo concede en el marco del fondo de compensación que habría de instaurarse para cumplir “una exigencia ética, consecuencia del principio de solidaridad social y de la equidad respecto a los costes de la vacunación que el Estado compense adecuadamente a las víctimas de daños graves que han contribuido con la vacunación a la salud pública” (p. 238).

⁵² Parecen responder a esta cuestionable tendencia las sentencias que tratan de fundar la reparación del daño vacunal en el incumplimiento de una supuesta exigencia de consentimiento informado. Por ejemplo, las SSTSJ de Castilla y León, Sala de lo contencioso, de 5 de abril de 2010 (ECLI:ES:TSJCL:2010:2279), en relación con la reacción anafiláctica y cuadro vasovagal padecido por un alumno de 18 años tras ser vacunado en su centro escolar contra la meningitis; y de 2 de enero de 2012 (ECLI:ES:TSJCL:2012:593), que abordó el cuadro de encefalitis y tetraparesia espástica que afectó a un bebé de 15 meses tras recibir la vacuna triple vírica (sarampión, rubeola y parotiditis). Quizá también las que hacen referencia a la inexistencia de una obligación de informar sobre las reacciones adversas excepcionales como fundamento de la desestimación de la reclamación resarcitoria, pero a modo de argumento adicional porque en el caso faltaba la prueba de la conexión causal entre el daño alegado y la vacunación (p. ej., SSTSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, de 31 de enero de 2013, ECLI:ES:TSJM:2013:5822; y del País Vasco, Sala de lo contencioso-administrativo, de 8 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJVP:2019:2783). O las que en supuestos en que falta igualmente la conexión causal insisten en la ausencia de incorrección o anormalidad, dando a entender con ello que la responsabilidad es subjetiva (SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de noviembre de 2013, ECLI:ES:AN:2013:4950).

no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral". La "carga social" que ha afectado al reclamante "ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación" de estas campañas. La Sentencia estima íntegramente el recurso, otorgando los 468.699,42€ solicitados. Afirma que tal cantidad resulta de aplicar el sistema legal de valoración del daño corporal aprobado para accidentes de circulación, teniendo en cuenta la limitación funcional del 85 por cien y la necesidad de asistencia de tercera persona, pero lo cierto es que no razona ni vertebra esa cantidad.

El régimen de la responsabilidad por vacunación recomendada es pues el mismo que el de la responsabilidad por vacunación obligatoria y, al propio tiempo, netamente distinto del supuesto normal de responsabilidad por ausencia de consentimiento informado. En este último, la víctima padece la infracción de una exigencia jurídica legalmente impuesta a la administración en beneficio de su plena autonomía que da derecho a la reparación del daño moral consecuente a la lesión de su derecho a la autodeterminación sanitaria, pero no, en principio, el perjuicio psicofísico derivado de la realización del riesgo no consentido, según se ha dicho. Obtendrá todo lo más una parte en concepto de responsabilidad proporcional o pérdida de oportunidad (si acredita una probabilidad no desdeñable de que habría rechazado la intervención si hubiera conocido aquel riesgo). En cambio, en el régimen de vacunación recomendada, no hay infracción alguna. Si faltan el consentimiento informado y la plena autodeterminación individual es porque así lo ha establecido legítimamente el poder público a fin de maximizar el beneficio social consubstancial a la vacunación; beneficio del que, en principio, la propia víctima participa. De ahí que, inversamente, no tenga derecho a reparación alguna por la falta de autodeterminación o las reacciones adversas leves (los beneficios generales consubstanciales a la vida social y la inmunización conseguida contrarrestan aquellos inconvenientes), pero sí a la reparación plena de las reacciones adversas graves, sin perjuicio del descuento por el eventual beneficio especial que la víctima haya obtenido de la vacunación⁵³. En este último caso, comoquiera que el sistema no se orienta a garantizar el pleno desarrollo de la autonomía de la voluntad, hay que imputarle a él a título de responsabilidad por sacrificio los daños resultantes de la realización del riesgo inherente a la vacunación, entendida como opción, si no impuesta, al menos sí, ampliamente favorecida. Los poderes públicos conocían de antemano que la vacuna (o el acto vacunal) produciría reacciones adversas graves, pero lo aceptaron al establecer un modelo que orienta decididamente la libertad personal hacia la decisión conveniente a la utilidad pública. De manera que a través de una responsabilidad patrimonial objetiva fundada en última instancia en la Constitución (arts. 10.1 y 15) se consigue también en este caso que los beneficiados compensen a los sacrificados.

⁵³ Deben trasladarse aquí las consideraciones realizadas sobre la *compensatio lucri cum damno* con ocasión del examen del régimen de responsabilidad por sacrificio en supuestos de vacunación forzosa.

Cabe dar por reproducido lo razonado en cuanto a la prueba de la conexión causal entre el daño psicofísico padecido y la vacuna inoculada, destacando que el estándar de la probabilidad preponderante y la doctrina del daño desproporcionado se han proyectado con todo acierto sobre la reparación del daño vacunal⁵⁴.

Debe reiterarse igualmente —ello es sumamente importante— que la responsabilidad patrimonial por sacrificio especial absorbe la responsabilidad por culpa o producto defectuoso, sin perjuicio de la acción de repetición contra la autoridad o empleado público que incurrió en culpa grave o contra el fabricante de la vacuna defectuosa. Lo habitual es que los estudios sobre la reparación del daño vacunal expliquen por separado la responsabilidad por producto defectuoso, la responsabilidad por anomalía o infracción de la *lex artis* en la autorización, conservación, distribución o administración de la vacuna y la responsabilidad por sacrificio especial⁵⁵. Pero ello no significa que se trate de regímenes yuxtapuestos, tal como he razonado con cierto detenimiento al examinar la responsabilidad patrimonial por vacunación forzosa. Resta añadir que alguna sentencia declara inversamente que, si el daño reclamado deriva de una vacuna defectuosa, “la responsabilidad no sería del centro hospitalario donde se le administró, sino de los laboratorios que la suministraron” (STS, Sala 3.ª, de 20 de abril de 2007⁵⁶). Se trata, sin embargo, de un *obiter dictum* (la razón de decidir fue la ausencia de prueba del nexo causal) anterior al *leading case* de 2012 que desconoce o no aplica la teoría del sacrificio especial; teoría que, insisto, no hace de peor condición a quien padece la realización culpable del sacrificio frente a quien lo sufre sin culpa, negligencia o defecto alguno. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que en virtud del Acuerdo internacional de Madrid y los acuerdos de adquisición preferente, los Estados miembros de la Unión Europea se han comprometido a indemnizar a los fabricantes de vacunas contra el covid-19 en el caso de que incurran en responsabilidad civil o en gastos derivados de reclamaciones de terceros. De este singular modo se consagra una inmunidad patrimonial que los fabricantes de vacunas de los Estados Unidos tienen asegurada en todo caso, no solo en relación

⁵⁴ Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, de 2 de enero de 2012, ECLI:ES:TSJCL:2012:593: “Aunque es cierto que no se ha podido establecer de modo concluyente la etiología de la encefalopatía que padece el hijo de los actores, sin embargo, la por todos reconocida potencial relación existente entre la inoculación del virus del sarampión y los casos de encefalopatías descritos en la bibliografía, unido a la proximidad temporal entre dicha inoculación el día 1 de marzo de 1994 y la aparición de los primeros síntomas febriles a los cinco días y ulterior evolución a los quince/veinte días con pérdida de capacidades psicomotrices de forma progresiva y menor movilidad espontánea -importante deterioro de la actividad motora con aparición de espasticidad en las cuatro extremidades, hiperreflexia osteotendinosa y tendencia a flexión de dedos en las mismas- en un niño hasta ese momento con desarrollo y evolución normal, nos lleva a admitir la alta probabilidad -suficiente a los efectos que aquí nos ocupan- la imputación causal de la encefalitis a la inoculación de la vacuna, como así se reconoce por varios de los informes reseñados y como así tampoco lo descartan ni el informe de la Inspección Médica ni aún el propio Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo en este caso a la Administración demandada -dado lo desproporcionado del resultado en relación con la inoculación practicada- la carga de probar la total inexistencia de relación entre ambos episodios, lo que no ha conseguido”.

⁵⁵ Por ejemplo, M. REBOLLO PUIG, 2021: 68-79.

⁵⁶ ECLI:ES:TS:2007:2858.

con el covid-19. Se trata de estimular la inversión, acelerando con ello la puesta en circulación de las vacunas y obteniendo el consiguiente beneficio social⁵⁷.

Tanto el Estado como las comunidades autónomas han cooperado en el diseño y ejecución del sistema de vacunación contra el covid-19, según se ha destacado anteriormente. Debería entenderse por ello que uno y otras han de responder solidariamente de acuerdo con el artículo 33.1 de la Ley 40/2015, que establece esta solución para los daños resultantes de la “gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas”. Lo razonable es que la víctima de reacciones adversas derivadas de la vacuna o el acto vacunal dirija su reclamación a la Administración general del Estado, en cuanto autora de las líneas maestras de la estrategia de vacunación contra el covid-19, sin perjuicio de solicitar el emplazamiento de la comunidad autónoma correspondiente en cuanto corresponsable solidaria [arts. 4.1 b) de la Ley 39/2015 y 33.4 de la Ley 40/2015]. La primera habría de abonar la totalidad de la indemnización, sin que el perjudicado deba precisar la parte correspondiente a la segunda; ha de ser el Estado quien determine y reclame su parte de responsabilidad a la otra administración involucrada. En cualquier caso, el papel que han jugado las comunidades autónomas en el desarrollo y ejecución de aquella política vacunal ha sido importante, a mi modo de ver, razón por la cual el Estado debiera descargar sobre ellas una parte significativa de su responsabilidad patrimonial.

Ciertamente, también la Comisión europea ha cooperado decisivamente⁵⁸. Sin embargo, más allá de que no está sujeta al sistema español de responsabilidad patrimonial y de que el propio de las instituciones comunitarias no reconoce el sacrificio especial como título de imputación [STJUE, Gran Sala, de 9 de septiembre de 2008⁵⁹], la Comisión tiene específicamente garantizada en este punto la inmunidad patrimonial. El Acuerdo de Madrid regula entre otros aspectos “el reparto de la posible responsabilidad e indemnidades entre la Comisión y los Estados miembros participantes”. Limita la eventual responsabilidad de la primera al “proceso de contratación pública y la conclusión de los acuerdos de adquisición anticipada”, así como la derivada del “desarrollo de las negociaciones”. Los segundos “asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve [el] uso y distribución” de las vacunas (art. 6).

4.5. Programas compensatorios específicos

Desde la perspectiva de la víctima que padece las reacciones adversas, la vacunación recomendada no es sustancialmente distinta de la forzada. De ahí que la instauración de programas compensatorios *ad hoc* sea también frecuente en los ordenamientos que adoptan la primera. Un ejemplo ilustrativo: el citado programa

⁵⁷ N. M. PACE y LI. DIXON, “COVID-19 Vaccinations Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign”, Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2020 (<https://www.rand.org/pubs/perspectives/PEA761-1.html>).

⁵⁸ Insiste en ello: M. REBOLLO PUIG, 2021: 77-79.

⁵⁹ Asuntos C-120 y 121/06, ECLI:EU:C:2008:476.

alemán de compensaciones de daños vacunales se aplica por igual a los dos sistemas. El caso italiano es particularmente significativo: circunscrito inicialmente a las víctimas de vacunaciones obligatorias, el régimen compensatorio de la mencionada Ley 210/1992 fue sucesivamente modificado para hacerlo extensible —como el alemán— a las recomendadas después de que la Corte Constitucional razonara que unas y otras son equivalentes: “aunque la recomendación suponga una mayor atención a la autodeterminación individual [...] y, por tanto, a la dimensión subjetiva del derecho fundamental a la salud (art. 32.1 de la Constitución), la finalidad perseguida sigue siendo la obtención de un beneficio para la salud colectiva, no solo la individual. Comoquiera que las vacunaciones obligatorias y recomendadas persiguen la misma finalidad, no hay razón para que los efectos adversos e irreversibles de tales prácticas no sea trasladados a la colectividad en ambos casos”; “en el horizonte epistémico de la práctica médico-sanitaria la distancia entre la recomendación y la obligación es bastante menor de la que separa los dos conceptos en las relaciones jurídicas. En el ámbito médico, recomendar y prescribir son acciones percibidas como igualmente debidas a la vista de un determinado objetivo, que es la tutela de la salud colectiva” (Sentencia 118/2020, de 23 de junio; en el mismo sentido, Sentencias 268/2017, 107/2012, 423/2000 y 27/1998). Una reforma reciente ha regulado específicamente el derecho a la reparación de “quienes hayan notificado lesiones o enfermedades de las que deriva un menoscabo permanente de la integridad psicofísica a causa de la vacunación contra el Sars-COV2 recomendada por la autoridad sanitaria italiana” (Decreto ley 4/2022, de 27 de enero). Igualmente revelador es que la Organización Mundial de la Salud, asociada con otros actores públicos y privados, a la vez que ha impulsado una alianza para garantizar el acceso equitativo a las vacunas contra el covid-19 en todo el planeta, ha lanzado el primer mecanismo a escala internacional de indemnización de las lesiones derivadas de las reacciones adversas que padezcan personas que cumplan ciertos requisitos de países de ingresos bajos y medianos⁶⁰.

Este tipo de programas puede ser el único modo de obtener alguna reparación, si el ordenamiento correspondiente tiende a reconocer la culpa como fundamento único de la responsabilidad (Alemania, Italia), obligando a establecer previsiones especiales para lo demás. No es el caso de España, donde la ausencia de previsiones concretas no impide la compensación de las reacciones adversas graves inducidas por las vacunas (o el acto vacunal) con base en la Constitución y en el régimen de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de los servicios públicos. Lo que no impide apreciar que la instauración de un programa de este tipo sería enteramente deseable. El caso francés es sintomático: no tiene las dificultades que afectan a otros sistemas para reconocer judicialmente supuestos atípicos de responsabilidad objetiva, pero ha establecido un mecanismo específico que logra ofrecer a la vacunación recomendada una protección resarcitoria similar a la que el Código de la Salud Pública dispensa a las víctimas de la forzada, sin necesidad de probar la culpa o el defecto del medicamento (arts. L3131-15 a L3131-20).

⁶⁰ Véase <https://www.who.int/es/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-covid-19-vaccines-is-a-world-first>.

Lo hemos dicho al abordar la vacunación obligatoria, pero conviene reiterarlo ahora al hilo del modelo de obligación atenuada o libertad parcial, que es el efectivamente establecido en España: un sistema resarcitorio *ad hoc* cumpliría una función similar a las compensaciones previstas para los contagiados de sida y hepatitis C en el marco del Sistema Nacional de Salud, facilitando a las víctimas sacrificadas la obtención de la indemnización, reduciendo la conflictividad y aumentando la seguridad jurídica⁶¹. Además de contribuir a una más precisa cuantificación del daño vacunal, sería positivo desde la perspectiva de la salud pública y la prevención: la tendencia creciente a establecer programas compensatorios *ad hoc* se ha asociado a la voluntad de los poderes públicos de incitar la confianza del público en la política vacunal, propiciando con ello la vacunación extensiva y los beneficios sociales resultantes⁶².

Algunos partidos políticos han realizado propuestas en este sentido que, sin embargo, no han tenido recorrido⁶³. El legislador no está desde luego obligado a establecer estos mecanismos —por más que ello fuera deseable sin duda, a mi modo de ver— y, de hacerlo, contaría con amplias posibilidades para configurarlos. No obstante, no debería obviar la responsabilidad patrimonial subyacente ni, por tanto, que más allá de razones de utilidad social la constitución de estos fondos responde a la exigencia justicial elemental de que el sacrificio individual derivado de las reacciones adversas sea compensado por los beneficiarios del sistema de vacunación. Por eso habría de apartarse de algunos de los aspectos más criticables y criticados de las ayudas sociales previstas para otros daños nosocomiales (contagios de sida y hepatitis C), como el plazo extraordinariamente corto para formular la reclamación, el carácter incuestionablemente parco de las cantidades previstas o la exigencia de “renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones [...] contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias o el personal de las mismas” (art. 3.2 Real Decreto-ley 9/1993). Cabría, paralelamente, inspirarse en modelos comparados (Francia, Reino Unido) para asignar la evaluación y resolución de las reclamaciones a un órgano administrativo autónomo compuesto de médicos y juristas expertos.

5. CONCLUSIONES

Por último, se ofrece un cuadro sinóptico que recapitula y presenta de forma sistemática las conclusiones alcanzadas.

⁶¹ En esta línea, J. TUELLS, “Razones para un programa de compensación de daños por acontecimientos adversos relacionados con las vacunas en España”, *Medicina Clínica*, núm. 140 (12), 2013 (pp. 554-557). Con reservas, bajo la consideración de que es suficiente el régimen de responsabilidad patrimonial objetiva, N. GARRIDO CUENCA, 2018: 129-172. Sin reservas, bajo la consideración de que la reparación es un imperativo ético elemental que no puede realizarse a través del sistema responsabilidad objetiva por sacrificio especial, S. RAMOS GONZÁLEZ, 2022: 207-242. Refiriéndose específicamente a la compensación de los daños inducidos por la vacuna contra el covid-19, M. REBOLLO PUIG, 2021: 79; y C. AYMERICH CANO, 2021: 51-54.

⁶² N. M. PACE y L. DIXON, 2020.

⁶³ Véase N. GARRIDO CUENCA, 2018: 170-172.

SISTEMAS		VACUNACIÓN VOLUNTARIA	VACUNACIÓN FORZOSA	VACUNACIÓN RECOMENDADA
CARACTERÍSTICAS				
¿PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD?		SÍ (Estado social)	SÍ (Estado de Derecho)	SÍ, PERO MENOS (Estado de Derecho)
¿DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN?		NO	SÍ	SÍ
FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD		DEFECTO O CULPA	SACRIFICIO	SACRIFICIO
¿QUIÉN RESPONDE?		Fabricante de vacuna defectuosa/ Administración que negligentemente la autoriza, conserva, distribuye o inocular	Estado (CCAA si son ellas quienes establecen la obligatoriedad)	Estado y CCAA en régimen de solidaridad
CONCEPTOS INDEMNIZABLES*	FALTA DE AUTODETERMINACIÓN	SÍ	NO	NO
	REACCIÓN ADVERSA LEVE	NO (o solo en parte)	NO	NO
	REACCIÓN ADVERSA GRAVE	NO (o solo en parte)	SÍ	SÍ
¿SON ACONSEJABLES FONDOS COMPENSATORIOS?		NO	SÍ	SÍ

* Los conceptos indemnizables del sistema de vacunación voluntaria se refieren al supuesto específico de responsabilidad patrimonial por ausencia de consentimiento informado, dejando al margen otros posibles (responsabilidad del fabricante por defecto de la vacuna o de la administración por errores en su autorización, conservación, distribución y administración).

6. BIBLIOGRAFÍA

- Carlos AYMERICH CANO, “Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial”, *Derecho y salud*, núm. 31, 2021pp. 46-54.
- Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, J “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, núm. 22, 2012, pp. 9-30.
- David BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- Ignacio BORRAJO INIESTA, “Indemnización constitucional: a propósito de la sentencia Bivens del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, pp. 209-228.
- Guido CALABRESI y Arthur Douglas MELAMED, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089-1128.
- George Bunker CHAPMAN *et al.*, “Default clinic appointments promote influenza vaccination uptake without a displacement effect”, *Behavioral Science & Policy*, núm. 2, 2016, pp. 40-50.
- César CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- “La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021a, pp. 307-334.
- “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021b, pp. 18-31.
- “Algunas reflexiones sobre la vacunación recomendada”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022 (pp. 181-206).
- Edorta COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988.
- “Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021, pp. 18-31.
- Hugo CUELLO DÍAZ, “Cómo cambiar comportamientos durante una pandemia: El uso de nudges para enfrentar la COVID-19”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 25, 2021, pp. 73-86.
- Hengchen DAI, Silvia SACCARDO, Maria A. HAN *et al.*, “Behavioural nudges increase COVID-19 vaccinations”, *Nature*, núm. 597, 2021, pp. 404-409.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 103-159.
- “Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021, pp. 291-306.
- Richard A. EPSTEIN, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- Julio César GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 7ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil* t. VIII, núm. 5, 1955, pp. 1023-1163; publicado como libro en 1956: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid).
- Nuria GARRIDO CUENCA, “Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa. Y reflexión: ¿Es necesario o conveniente un fondo

- específico de compensación por daños vacunales?”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 129-172.
- Fernando GARRIDO FALLA, “Panorama general de la responsabilidad ‘civil’ de la Administración pública”, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 25-38.
- Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022.
- Luis MEDINA ALCOZ, “Los desaparecidos de La Cantuta: (a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006)”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 755-774.
- “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II): Elementos. Factores de exoneración”, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, coord. T. Cano Campos, vol. 4, Iustel, Madrid, 2009, pp. 69-133.
- “El problema de la culpa en el Derecho de daños”, en *La falta de servicio*, coord. R. Letelier Wartenberg, Aranzadi, Santiago de Chile, 2012, pp. 363-456.
- *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Thomson Reuters/Civitas, 2018.
- “Imputación objetiva y administración pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 219, 2022, pp. 27-58
- Luis MEDINA ALCOZ e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución: Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 147-190.
- Mariano MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de daños*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015.
- Diego MONTANO, “Frequency and Associations of Adverse Reactions of COVID-19 Vaccines Reported to Pharmacovigilance Systems in the European Union and the United States”, *Front. Public Health*, 2022 (9:756633. doi: 10.3389/fpubh.2021.756633).
- Randy G. MUNGWIRA y otros, “Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries”, *Plus One*, 2020 (revista online: <https://journals.plos.org/>).
- Marta ORDÁS ALONSO, “Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos”, en J. Ataz López y J. A. Cobacho Gómez (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 815-860.
- Nicolas M. PACE y Lloyd DIXON, “COVID-19 Vaccinations Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign”, Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2020 (<https://www.rand.org/pubs/perspectives/PEA761-1.html>).
- Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación administrativa*, núms. 237-238, núms. 1-2, 1994, pp. 239-252.
- Giuseppe PIPERATA, “Vaccinazione obbligatoria e problematiche giuridiche. Un’analisi nella prospettiva del diritto italiano”, *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 201-214.
- Juli PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27.
- Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 207-242.

- Manuel REBOLLO PUIG, “Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021, pp. 68-79.
- Jordi RIBOT IGUALADA, “Los fondos de indemnización de daños corporales”, *Revista de Derecho civil*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 5-50.
- Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- Zia SADIQUE, John EDMUNDS, Nancy DEVLIN y David William PARKIN, “Understanding individuals’ decisions about vaccination: a comparison between Expected Utility and Regret Theory models”, London, UK: Department of Economics, City University London, 2005,
- José TUELLS, “Razones para un programa de compensación de daños por acontecimientos adversos relacionados con las vacunas en España”, *Medicina Clínica*, núm. 140 (12), 2013, pp. 554-557.
- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “Possibly Constitutional, But Not This Way: Compulsory Vaccination in Spain”, *VerfBlog*, 2021/5/05, <https://verfassungsblog.de/spain-vaccinations/>, DOI: 10.17176/20210505-182018-0.
- Josep VAQUÉ RAFART, “Inmunidad colectiva o de grupo”, *Vacunas*, 2, 2001, pp. 22-29.

