

# CONSTITUCIÓN, ORDENAMIENTO JURÍDICO Y VACUNACIONES

*Danilo Castellano*

## 1. Introducción

Nos hemos ocupado reiteradamente de la cuestión de las vacunaciones (1), considerando aspectos que constituyen premisas fundamentales de las normas positivas que regulan la materia. Ahora resulta oportuno tomar en consideración algunos aspectos exclusivamente de derecho positivo italiano. Es oportuno hacerlo porque cada vez más se invoca la aplicación de normas «leídas» en el mejor de los casos de modo superficial y a menudo instrumental, porque se propone considerar delito el rechazo de la vacunación, porque se sostiene que quien no se vacuna contra el coronavirus practicaría –de infectarse– un suicidio y podría ser también causa de muerte para otros seres humanos. Han surgido también tesis singulares, propias de un Estado totalitario: el rechazo a vacunarse debería considerarse desacato a agente de la autoridad (quien la ha sostenido, entre otras cosas, ha confundido, el encargado de un servicio público con el agente de la autoridad). Como puede verse, estas intervenciones se han desarrollado a propósito y despropósito: todos hablan sin los conocimientos necesarios y sin examinar la naturaleza de las cuestiones.

---

(1) Véanse mis artículos «La vacuna anti-Covid. Un complejo problema bioético y biojurídico», *Verbo* (Madrid), núm. 593-594 (2021), págs. 201-2017, y «El “pase sanitario”. Una amenaza “operativa” y un problema real», *Verbo* (Madrid), núm. 597-598 (2021), págs. 597-605.

## 2. El artículo 32 de la Constitución italiana

Procedamos, pues, por grados. Empecemos por la Constitución, en particular por la prescripción contenida en su artículo 32, que reza así: «La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés básico de la colectividad y garantiza asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la Ley».

Así pues, la República tutela la salud en cuanto derecho fundamental del individuo. Tutelar significa defender, salvaguardar, tomar precauciones para mantener un bien. La República, por esto, está obligada a considerar la salud un bien, que constituye un derecho fundamental del individuo, en cuanto que bien propio de su esencia. Un derecho que es, al mismo tiempo, un deber, ya que –cuando se sale de la estrecha *Weltanschauung* del positivismo jurídico– los derechos no son sino el ejercicio de deberes, del individuo. La tutela a que la República está obligada no significa garantizar absolutamente la salud: constituiría una utopía entender que deba acabar con las enfermedades. Significa, más bien, en lo que respecta al derecho a la salud, que debe garantizar las condiciones y circunstancias en virtud de las cuales es posible conservarlo. En otras palabras, debe hacer todo lo posible para asegurar ambientes salubres de vida. Lo que implica muchas cuestiones, *in primis* las relativas a la contaminación, a la salubridad de los productos, a la higiene, a las condiciones de seguridad en los puestos de trabajo, etc. La República, así pues, está obligada a actuar a ese fin para la tutela de un derecho individual fundamental que representa un interés de la colectividad. Pero el interés no es superior al derecho, sino consecuencia suya. La colectividad, por tanto, no puede reclamar primado sobre el derecho fundamental a la salud del individuo.

Las curas aseguradas a los indigentes son un deber subsidiario de la comunidad frente a quien, sin culpa, se ve en condiciones de imposibilidad para acceder a las curas que le son necesarias para la recuperación de la salud. Constituyen un deber subsidiario porque todos tienen el deber de conservar (o intentar conservar) la salud. Lo que suscita preguntas acerca

de la coherencia del ordenamiento constitucional (sobre todo con referencia a los artículos 2, 3 y 13 de la Constitución) (2). Pero aún en mayor grado suscita preguntas sobre la coherencia del ordenamiento jurídico republicano, cada vez más caracterizado por la separación de los derechos respecto de los deberes, que en última instancia vienen contrapuestos: los derechos se transforman en *pretensiones* y marcan el desconocimiento de todo deber u obligación, aun de las naturales, como –por ejemplo– pretende hacer el reconocimiento del «derecho» a dar a luz de incógnito establecido por el Decreto de la Presidencia de la República núm. 396/2000. Piénsese –volveremos sobre ello en breve– en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano y en distintas leyes ordinarias (considérese, a título de ejemplo, la Ley núm. 219/2017, que se conoce generalmente como del testamento biológico).

### 3. Salud y sanidad

La tutela de la salud se produce a través del cuidado de la sanidad, que es deber propio de la República. La sanidad,

---

(2) Constitución italiana: artículo 2: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social»; artículo 3: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»; artículo 13: «La libertad personal es inviolable. No se admite ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni cualquier otra restricción de la libertad personal, salvo por auto motivado de la autoridad judicial y únicamente en los casos y del modo previstos por la Ley. En casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la Ley, la autoridad de orden público podrá adoptar medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la autoridad judicial y que, de no ser confirmadas por ésta en las cuarenta y ocho horas subsiguientes, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno. Se castigará toda violencia física y moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones de su libertad. La Ley establece los límites máximos de la prisión preventiva».

por esto, es instrumento de la salud. En otras palabras, es su servidora. La tutela de la salud se produce –como se ha dicho– tanto de manera preventiva (creando las condiciones y circunstancias a las que antes de ha aludido ejemplificativamente) como represiva (curando las enfermedades). La prevención incluye también las vacunaciones, esto es, puede producirse con éstas. La vacunación –cualquiera que sea– debe representar una vía segura para la tutela de la sanidad y de la salud. Debe ser, además, efectivamente eficaz para la prevención de la enfermedad o pandemia. Debe estar, también, experimentada científicamente, por lo que si sólo se ha practicado en vía experimental quiere decir que o no se ha realizado la experimentación científica o no se ha completado. No debe causar tampoco reacciones nocivas graves, ya que en tal caso no sería un instrumento de tutela de la salud sino un atentado contra la misma (3). No puede invocarse, a este respecto, el balance coste/beneficio: no es lícito, en efecto, poner en peligro un derecho individual, definido por la Constitución como fundamental (el derecho a la salud), en beneficio de la Humanidad o las generaciones futuras. No es lícita además la vacunación –según el tenor del artículo 32 de la Constitución– si solamente implica una prevención probable (el llamado porcentaje) o no excluye nuevos contagios de quien se ha sometido a ella: es oportuno subrayar que las medidas sanitarias no se legitiman por la necesidad o carencias organizativas del sistema sanitario (en el caso *de quo* las camas disponibles y/o ocupadas en cuidados intensivos), sino que por el contrario –si estamos a las disposiciones constitucionales– deben encontrar justificación en la defensa o recuperación de la salud del individuo. Si la vacunación anti-Covid 19, comprendidas sus versiones, causase reacciones adversas, sobre todo graves, constituiría un atentado a la salud en lugar de representar un medio para su tutela. En este caso la vacunación no podría ser impuesta ni aconsejada, y menos aún considerada un «deber moral»: la República faltaría a su deber ex artículo 32 de la

---

(3) La recentísima Resolución del Consejo de Europa núm. 2361, de 27 de enero de 2021, también «recomienda» en parte considerar estos aspectos.

Constitución. Quien propone hacer obligatoria la vacunación contra el coronavirus debería hacer estas preguntas y darles respuesta científica. Se lo impone –como hemos dicho– el artículo 32 de la Constitución.

#### 4. El papel de la ley

El segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución establece, a continuación, que nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley. ¿Basta una norma, cualquier norma, para legitimar la imposición (por lo tanto contra la voluntad del individuo) de la vacunación?

Debe recordarse en primer lugar que la disposición constitucional vino dictada por la exigencia moral surgida con fuerza al término de la Segunda Guerra Mundial tras la política practicada por el nazismo con los sujetos «débiles» y enfermos. Política acentuada con la experimentación «impuesta» –se decía– por las necesidades de la guerra. Pero Hitler había actuado a través de la ley. Bastaría recordar que el Parlamento alemán aprobó en 1933 la «Ley para la prevención del nacimiento de personas afectadas por enfermedades hereditarias», con la que se proponía la eugenesia racial.

El problema, pues, no es sólo de procedimiento; no es formal, sino sustancial. La ley positiva humana puede ser también injusta, racional y moralmente inaceptable. La Constitución italiana, así pues, demostró excesiva confianza frente a los Parlamentos, que en el pasado también habían aprobado leyes con las que se «legitimaban» auténticas iniquidades, aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución republicana. Bastaría pensar en las normas que desprecian el orden natural de las cosas (divorcio, aborto procurado, «matrimonio» entre homosexuales, etc.). La Asamblea constituyente de la República italiana aprobó, como quiera que sea, una disposición que debe «leerse» considerando su objetivo: la tutela de la salud y de la libertad, también instrumentalizada y conculcada respectivamente por los regímenes liberal-democráticos. La eventual ley que impusiese

la vacunación anti-Covid 19 debe encontrar un fundamento de legitimidad distinto del poder y una motivación exclusivamente «práctica». Debiera tener como finalidad la tutela de la salud del individuo, que es un derecho fundamental, como indica el primer párrafo del mismo artículo 32 de la Constitución. En otras palabras, su *ratio*, su *ratio* legitimadora, radica sólo en la tutela de un derecho fundamental del individuo, no –por ejemplo– en la búsqueda de evitar dificultades organizativas al sistema sanitario o de establecer condiciones que permitan una recuperación –aun necesaria– de la economía.

## 5. La cuestión de la objeción de conciencia

Hay un tercer aspecto de alcance constitucional que por lo general se ignora y brota sobre todo de la Sentencia núm. 467/1991 del Tribunal Constitucional, que sigue la jurisprudencia anterior de la misma, pero al mismo tiempo introduce alguna innovación. El Tribunal Constitucional, en efecto, reconoció en 1991 al individuo la legitimidad de su decisión de sustraerse al cumplimiento de obligaciones que la misma Constitución define inderogables. Le reconoció, pues, el derecho garantizado constitucionalmente de sustraerse a una disposición legal e incluso a una ley constitucional, esto es, un tipo de ley que se aprueba con procedimiento agravado y a la que la Constitución italiana asimila a la propia Constitución. Se trataba de la cuestión de la objeción *de* conciencia. El Tribunal reconoció al individuo este derecho basándose en la reivindicación de la coherencia propia por razones de conciencia (4). La cuestión es relevante también

---

(4) Parece que el Tribunal Constitucional no se haya planteado el problema de la cuestión compleja y articulada de la conciencia y, por ello, no haya distinguido entre objeción *de* conciencia y objeción *de* la conciencia. Cfr. Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, págs. 25-44. La Sentencia núm. 467/1991, en otras palabras, pasa por alto esta distinción: la primera, en efecto, conduce a considerar derecho del sujeto la sola coherencia (a veces contingente) consigo mismo; la segunda impone fidelidad a una ley no escrita sino inscrita en la conciencia y, por tanto, inmutable. La objeción *de* conciencia reivindica (coherentemente) el primado absoluto de

respecto de las vacunaciones. Cualquiera, basándose en la Sentencia núm. 467/1991 del Tribunal Constitucional, puede (o podría) oponerse a la vacunación, aunque se impusiera por ley. Debe observarse, igualmente, que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen eficacia –como es sabido– *erga omnes*. Vinculan, por tanto, también al Parlamento, que violaría la Constitución al aprobar una ley que impusiera la vacunación también a quien la rechaza, por las razones más dispares, pero sobre todo éticas y religiosas. Las (llamadas) vacunas, en efecto, se producen con células embrionarias extraídas de fetos abortados. Lo que ha levantado un amplio debate ético, imponiendo a la Congregación para la Doctrina de la Fe la difusión de una nota el 21 de diciembre de 2020 y llevando a algunas Conferencias Episcopales (por ejemplo la estadounidense) a sugerir a los católicos elecciones conformes con la propia fe. El problema no es menor, pues la sentencia del Tribunal Constitucional ha introducido explícitamente un principio individualista que hace depender el vigor de las disposiciones constitucionales y ordinarias de las elecciones del individuo. En lo que respecta a la vacunación representa un obstáculo insalvable a cualquier disposición con valor de ley en ausencia del consentimiento informado.

---

la conciencia subjetiva, aunque no sea *recta*, sin requerir siquiera a veces que sea por lo menos *cierta*. La objeción *de la conciencia*, en la que ésta se opone a una prescripción humana positiva, al contrario, es testimonio de obediencia a un imperativo no subjetivo. Así pues, aunque el Tribunal Constitucional se hubiese planteado la cuestión, habría debido acoger –a la luz del ordenamiento constitucional vigente– la definición subjetivista de conciencia. Por eso, el sujeto tendría siempre derecho de hacer valer y de practicar (salvo algunos límites debidos a la convivencia) la propia opción, aun cambiante con el tiempo, hasta el punto de oponerse a la anterior. Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Regional de las Marcas, que reconoció a un objetor *de conciencia* al servicio militar (ex Ley núm. 230/1998, innovadora profundamente de la Ley núm. 772/1972) el «derecho» de renunciar a un «derecho». Por tanto, el objetor *de conciencia* al servicio militar (como todos los objetores *de conciencia* frente a cualquier imperativo legal) tendría el derecho de cambiar de opinión: al admisión al servicio civil, en el caso tomado como ejemplo, «no parece idónea –afirma la Sentencia núm. 842/2006 del T. A. R. de las Marcas– [...] para modificar o extinguir la titularidad del derecho [de opción]».

## 6. La autodeterminación absoluta de la persona

La autodeterminación absoluta de la persona como uno de los dos ejes del ordenamiento constitucional italiano se proclamó por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 203/1989, siendo solemnemente reiterada con posterioridad, por ejemplo en la Sentencia núm. 334/1996. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aun habiendo puesto las premisas, no había llegado sin embargo a afirmar explícitamente que la autodeterminación permitiera al individuo derogar obligaciones definidas por la Constitución como inderogables. La citada Sentencia núm. 467/1991 establece la disolución virtual del ordenamiento jurídico, también el constitucional, interpretando y aplicando la Constitución. Lo que, por una parte, no permite la «lectura» del artículo 32 de la Constitución que antes hemos hecho, salvo en lo que toca a los deberes de la República. Y, por otra, lleva a considerar ilegítima toda imposición (en el caso *de quo* una vacuna) a quien la rechaza. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es suficiente una disposición legal para imponer tratamientos sanitarios obligatorios, que sólo estarían permitidos en los casos en que intervenga el consentimiento informado del individuo.

Esto viene cada vez más confirmado por la legislación ordinaria de la República. Piénsese, por ejemplo, en la citada Ley núm. 219/2017. Y es que el ordenamiento jurídico de la República italiana, aunque entre contradicciones, se revela con el correr del tiempo siempre más inspirado en un «principio» que contrasta con las *rationes* que sostiene la legislación anterior a la Constitución, principalmente las que están en la base del Código penal de 1930 y el Código civil de 1942.

Debe observarse a continuación que esta evolución del ordenamiento jurídico de la República italiana encuentra justificación y sostén en diversas Declaraciones (a comenzar por la de las Naciones Unidas en 1948), así como en ordenamientos superiores a aquél, en particular el de la Unión Europea, que garantiza y tutela –teóricamente– la autodeterminación absoluta de la persona en los términos brevemente

esbozados (5). Los ordenamientos europeo e internacional, pues, representan también un obstáculo a la imposición de la vacunación y a la aprobación de normas lesivas de la libertad absoluta de la persona, es decir, de la absoluta autodeterminación de su voluntad.

Incluso quien disiente de estas orientaciones, como es el caso del autor de estas líneas, no puede dejar de tener en cuenta la normativa vigente, que desde distintos ángulos y a distintos niveles plantea una cuestión de gran actualidad y extremo interés. Esta cuestión no puede resolverse sino reconsiderando en último término las premisas liberal-democráticas y su evolución de acuerdo a la ideología radical de los ordenamientos jurídicos occidentales vigentes, en particular el italiano.

---

(5) Para una introducción al problema se remite a Rudi DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, particularmente a las págs. 269 y sigs.