

Número 221

JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia

Abril 2021



Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

**Organización
Internacional
del Trabajo**

**Administración del
Trabajo
y Seguridad Social**

**El rincón de
la contracultura**

Carta social europea

**Juezas y Jueces
para la Democracia**

ÍNDICE

EDITORIAL

ARTÍCULOS

La importante sentencia de la sala do social del TSX de Galicia de 14.4.21 (rec. 160 /2021). Despido discriminatorio por apariencia de discapacidad

Joan AGUSTÍ MARAGALL

La estrategia COVID y su incidencia sobre el derecho a la intimidad

Carlos Hugo PRECIADO DOMENECH

Jaime SEGALÉS FIDALGO

El trabajo visto por el cine

Javier CARAZO RUBIO

La Niña Bonita. En el 90 aniversario de una ilusión colectiva condenada al fracaso

Pedro TUSET DEL PINO

LEGISLACIÓN

Estatal

Comunidades Autónomas

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Estatal

Autonómica

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

Tribunal Supremo

Tribunales Superiores de Justicia

Juzgado de lo Social

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

CARTA SOCIAL EUROPEA

CONSEJO DE REDACCIÓN

Belén Tomas Herruzo

José Luis Asenjo Pinilla

Ana Castán Hernández

Carlos Hugo Preciado Domènech

Jaime Segalés Fidalgo

COORDINACIÓN

Janire Recio Sánchez

Fátima Mateos Hernández

CONSEJO ASESOR EXTERNO

Antonio Baylos Grau

José Luis Monereo Pérez

Cristóbal Molina Navarrete

Margarita Miñarro Yaninni

Francisco Alemán Páez

Olga Fotinopoulou Basurko

Juan Gómez Arbós

Ana Varela

Raúl Maíllo

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Teresa Compairé

ILUSTRACIONES

Vectorjuice para freepik.es

ISSN

ISSN 2695-9321

Jurisdicción social

Editado por
Juezas y Jueces
para la Democracia

La proclamación
de la Segunda República
en La Puerta del Sol
(Madrid, 1931).
Fotografía tomada por
Alfonso Sánchez Portela.



EDITORIAL

El pasado 14 de abril se cumplieron noventa años desde la proclamación de la II República, aniversario al que escasa atención mediática se prestó y al que queremos hacer mención especial, pues recordar, como apuntaba Forges, a l@s que durante la II República se desvivieron (o fueron desvividos) intentando una España democrática, es necesario no solo por formar parte de nuestra memoria democrática, sino por constituir el pilar fundamental sobre el que se edificó nuestro actual derecho del trabajo. A ella dedicamos uno de nuestros artículos, la Niña Bonita, del magistrado Pedro Tuset.

“España es una República democrática de Trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y Justicia”, hermosa declaración con la que comenzaba el artículo primero de la Constitución de la República Española y con la que se iniciaba una etapa ilusionante que sentaría las bases de nuestro estado social y democrático de derecho, violentamente detenida por el golpe militar perpetrado contra el orden constitucional que había sido libremente elegido.

El mismo compromiso asumido por la República en el artículo 46 de aquella Constitución, que consideraba el trabajo como obligación social para garantizar a todo trabajador las condiciones necesarias para una existencia digna, reiterado en nuestro actual artículo 35 CE, es el que debe primar en las reformas que han de abordarse en el momento actual en materia de contratación temporal, subcontratación, negociación colectiva, causalidad del despido e indemnizaciones, entre otras.

Una de estas reformas se ha materializado en la reciente publicación en el BOE del 22 de abril de la derogación del artículo 315.3 del Código Penal que tipificaba el delito de coacciones laborales y que en la práctica suponía una limitación al pleno ejercicio del derecho fundamental de huelga, instrumento esencial para luchar contra las medidas que lesionan los derechos de las personas trabajadoras.

No es casualidad que la huelga se presente como el acontecimiento del mundo del trabajo más filmado, la película homónima de S. M Eisenstein o La sal de la Tierra de H.J. Biberman son ejemplos de ello. La identificación que el director que elige esa temática suele tener con el mundo obrero, ajeno de ordinario al cine comercial, lleva a que las películas vayan poco a poco mostrando más aspectos del mismo, siempre desde un punto de vista plural. Sin embargo, el posterior declive del movimiento obrero, el Mayo del 68, la reconversión industrial, tendrán también su reflejo en el cine, que pasará a centrarse en historias particulares en torno al cual gira la acción. Un repaso por la visión cinematográfica del trabajo a la luz de alguna de sus obras más significativas es lo que nos ofrece nuestro compañero Javier Carazo en un imprescindible artículo para cinéfilos que incorporamos en este número.

Imprescindible es también el artículo que Jaime Segalés y Carlos Preciado nos presentan a propósito de la STEDH de 8-4-2021 (Vavricka y otros Vs. República Checa), en el que analizan la doctrina del Tribunal sobre vacunación y Derechos Fundamentales a la luz de los problemas que se plantean en el escenario Covid, en un detallado estudio que alcanza tanto a la estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19 como a la precursora Ley 8/2021 de Galicia.

Y en el ámbito judicial este mes nos ha dejado una sentencia de gran trascendencia, dictada en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que aplica por primera vez en nuestro país la discriminación por apariencia de discapacidad, interpretando en toda su potencialidad las Sentencia del TJUE en los casos Daouidi y Coleman, y que por su importancia es comentada por nuestro compañero Joan Agustí en esta revista.

Para finalizar, no dejéis de consultar la sección de jurisprudencia con útiles sentencias en materia de perspectiva de género e infancia y prevención de riesgos laborales, ni el análisis del artículo 17 de la Carta Social Europea.

Tampoco olvidéis sumergeros en nuestro Rincón de la contraCultura.



LA IMPORTANTE SENTENCIA DE LA SALA DO SOCIAL DEL TSX DE GALICIA DE 14.4.21 (REC. 160 /2021). DESPIDO DISCRIMINATORIO POR APARIENCIA DE DISCAPACIDAD

Joan AGUSTÍ MARAGALL

Magistrado especialista. Sala Social TSJ Catalunya

RESUMEN

El artículo analiza y valora la reciente TSX de Galicia de 14.4.21 (supl. 160 /2021) que ha declarado la nulidad de un despido de un trabajador, despido que se produce de forma inmediata a ser visitado por el empresario en el hospital, al apreciar discriminación por “apariencia de discapacidad”, aun cuando la incapacidad temporal duró unos pocos días. El novedoso concepto de discriminación por apariencia de discapacidad, y el razonamiento que la fundamenta, puede suponer una ampliación del ámbito de la tutela anti-discriminatoria, extensible a otras causas de discriminación. Y, ya en relación a los despidos por causa o en situación de incapacidad temporal, puede coadyuvar a clarificar la interpretación y aplicación de los dos parámetros indiciarios aportados por la STJUE.

ÍNDICE

1. Objeto de estas líneas.
2. Los hechos declarados probados
3. La sentencia de instancia.
4. La sentencia de suplicación.
5. La ampliación del ámbito de la tutela judicial en materia de discriminación por discapacidad.
6. Efecto indirecto de la sentencia: clarificación en la interpretación y aplicación de la doctrina “Daouidi”.
7. Reflexión final.

1

Objeto de estas líneas

Me propongo “dar noticia” y, a la vez, valorar, la sentencia del TSX de Galicia de 14.4.21 (supl. 160 /2021), difundida en los medios hace pocos días, de la que ha sido ponente Fernando Lousada. Me parece una sentencia importante por dos razones que ya avanzo:

La primera, desde una perspectiva tuitiva, porque –de consolidarse el avance doctrinal que propone- comportaría la ampliación de la tutela anti-discriminatoria a despidos reactivos al solo hecho del accidente (y a la reacción empresarial frente al mismo), con el efecto disuasorio que ello puede suponer ante este tipo de prácticas, especialmente repudiables a mi entender, por más que la doctrina del Tribunal Supremo les ha negado, hasta ahora y como veremos, la calificación de nulidad por discriminación.

Y la segunda razón, más técnica, radica en que –precisamente por referirse a una situación de incapacidad temporal de solo 4 o 5 días (y por consiguiente, muy poco “duradera”) - la solución alcanzada y el razonamiento para llegar a la misma puede coadyuvar en forma relevante al correcto entendimiento y aplicación de la doctrina del TJUE relativa al concepto amplio de “discriminación por discapacidad” y, en especial, a la necesaria distinción entre los dos parámetros indiciarios aportados por la STJUE Daouidi de 1.12.16 para detectar despidos discriminatorios por tal causa.

2

Los hechos declarados probados

Empiezo por resumir los hechos probados más relevantes recogidos en la sentencia de instancia.

El demandante, que prestaba servicios para el empresario demandado desde 6.7.20 como conductor, en fecha 20.7.20, mientras se encontraba realizando su trabajo, al cruzar un paso de peatones para regresar a la furgoneta de reparto, fue atropellado por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, siendo llevado con urgencia al Complejo Hospitalario Universitario de Ourense

Dicha circunstancia fue conocida por el empresario demandado el mismo día del accidente, al haber sido avisada la empresa del suceso por medio de la Policía Local. Acudió al Complejo Hospitalario citado a interesarse por la salud del trabajador y, poco después, el mismo día, procedió a darle de baja en la Seguridad Social.

A consecuencia del accidente el actor estuvo ingresado 5 días en el hospital siendo diagnosticado al alta por padecer las siguientes dolencias: politraumatismo por atropello en vía pública. HSD Leve. Contusión pulmonar leve. Fractura de huesos propios nasales.

3

La sentencia de instancia

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense de 30.10.20 estimó la demanda, aunque sólo en forma parcial y declaró la improcedencia del despido. La demandada no compareció a juicio.

Fundamenta esta sentencia la desestimación de la pretensión principal - la declaración de nulidad por discriminación por discapacidad- en base al siguiente razonamiento:

“Así las cosas, el problema que se plantea entonces consiste en determinar si las lesiones sufridas por el trabajador a consecuencia del accidente de tráfico sufrido el día 20 de julio de este año -y que claramente motivó su despido, al tener conocimiento la empresa demandada de dicho hecho ese mismo día procediendo a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social- reúnen los requisitos para poder considerarlas en la fecha del despido como una enfermedad duradera. Y la respuesta a tenor de las pruebas practicadas ha de ser negativa, puesto que el único informe médico que se ha presentado por parte del actor es el informe de alta emitido en fecha 24 de julio de 2020 por el servicio de Neumología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense, en el que se constata que padeció un politraumatismo por atropello en vía pública, pero con el resultado de lesiones leves. Y así en dicho informe se le diagnostica de: HSD leve, contusión pulmonar leve y fractura de huesos propios nasales; siendo el TAC cerebral practicado normal y la radiografía de tórax de control sin infiltrados pulmonares, ni pinzamientos

de senos costofrénicos, indicándose también en el apartado de evolución y comentarios que durante su estancia, no presentó ninguna incidencia, salvo molestias torácicas yuguladas con analgesia de primer escalón, habiéndose decidido el darle de alta debido a su buen estado general, no habiendo presentado el actor ningún otro informe con posterioridad a este sobre la patología que padece en la actualidad. Ello hace que no pueda considerarse la patología causada por el accidente como enfermedad duradera a los efectos de poder considerar la existencia en el cese del trabajador de una discriminación por razón de discapacidad, lo que determina que si bien el cese constituye un despido, al carecer de causa justificada, este solo pueda ser declarado como improcedente, llevado aparejadas como consecuencias jurídicas, las previstas en el Artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.”

4 La sentencia de suplicación

La sentencia del TSX de Galicia que analizamos, en su segundo fundamento jurídico, empieza por estimar la pretensión de revisión fáctica formulada por el demandante, *“con la finalidad de conformar el relato fáctico de manera completa, y posibilitar un motivado análisis jurídico”*, incorporando un nuevo hecho probado, el quinto, del siguiente tenor literal:

“Asimismo en el informe de alta hospitalaria se le indica que debe solicitar cita para ser valorado en el centro de especialidades de otorrinolaringología para valoración de una posible fractura observada en el TAC. En fecha 26/08/2020 es solicitada por su médico de atención primaria la realización de pruebas de diagnóstico al servicio de radiología por fracturas costales y dolor. A su vez es diagnosticado y tratado de trastorno adaptativo siendo derivado al servicio de psicología y pediatría. También en fecha 30/07/2020 su valoración por el servicio de otorrinolaringología, desde el que le solicitan la realización de más pruebas de diagnóstico el 27/11/2020 y prescriben tratamiento. Actualmente, tiene pendientes citas para valoración médica en el servicio de psiquiatría y psicología (22/05/2021), radiología (10/03/2021) y neumología (10/03/2021)”.

Como primer comentario personal, me parece especialmente remarcable la estimación de esta revisión fáctica (en base no sólo a documentación médica aportada en el acto del juicio, sino a la unida al recurso) *“con la finalidad de conformar el relato fáctico de manera completa, y posibilitar un motivado análisis jurídico”*. Y ello, a pesar de que, como veremos, el nuevo hecho probado no será determinante para la tesis que fundamentará la estimación del recurso, la apreciación de la discriminación por “apariencia” de discapacidad (aunque sí puede haberlo sido para descartar la concurrencia de una situación “objetiva” de discapacidad, aunque ello no se explicita en la sentencia).

El tercer fundamento jurídico aborda ya la censura jurídica formulada en el recurso y, en concreto, la denuncia de infracción del artículo 14 de la Constitución Española y del artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, alegando la duración inde-

terminada del proceso curativo y la evolución tórpida de las secuelas del accidente de trabajo, acreditadas a través de la totalidad de las pruebas médicas obrantes en actuaciones, que vendrían a demostrar -según el recurrente- la existencia de una situación de discapacidad duradera y, por consiguiente, que el despido fue discriminatorio por razón de la discapacidad.

Para la resolución de esta denuncia, a diferencia de otras salas de suplicación (que resuelven este tipo de denuncias “desde” la doctrina del Tribunal Supremo), la sentencia que analizamos partirá exclusivamente del concepto de discapacidad conformado evolutivamente por la jurisprudencia del TJUE, que resume sintéticamente en los siguientes términos:

“ Hemos de partir en la resolución de esta denuncia jurídica de las normas y jurisprudencia según las cuales las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (artículo 1 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, 2006), sin que el hecho de encontrarse una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, de duración incierta, signifique, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera a los efectos de apreciar la existencia de discapacidad, aunque sí es un indicio de tal carácter duradero, en particular, el que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad de la persona interesada no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha discapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona, debiendo el órgano judicial basarse, en orden a comprobar ese carácter duradero, en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular en documentos y certificados relativos a esa persona, resultado de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales (STJUE 11/04/2013, Caso Ring y Skouboe Werge, C-335/11 y C- 337/11; STJUE 18/12/2017, Caso FAO, C-354/13; STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15).”

A continuación, reconociendo que las normas y jurisprudencia aplicables recién expuestas coinciden sustancialmente con las invocadas en la sentencia de instancia, advierte la sentencia de suplicación que la valoración de los hechos por parte de la sentencia de instancia, así como la pretendida en el recurso de suplicación, adolecen de un “trascendental error de planteamiento”, como es el tomar en consideración la evolución médica posterior al despido, cuando, conforme a dichas normas y jurisprudencia aplicables, se debiera estar a la situación existente “en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio” (literalmente, STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15), “pues realizar un análisis ex post facto distorsiona los elementos objetivos a tomar en consideración en el momento decisivo del hecho presuntamente discriminatorio”.

Y en aplicación de tal criterio, aborda y resuelve el juicio indiciario de la discriminación denunciada en los términos que reproducimos:

“Si en el caso de autos nos atenemos a la fecha del despido (que acaeció el mismo día del accidente de tráfico), la situación objetiva a considerar viene debidamente reflejada en los hechos declarados probados (sin necesidad siquiera de revisiones fácticas): “el actor en fecha 20 de julio de 2020, cuando se encontraba realizando su trabajo, al cruzar un paso de peatones para regresar a la furgoneta de reparto, en la Calle Ramón Puga, fue atropellado por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, habiendo sido llevado con urgencia al Complejo Hospitalario Universitario de Ourense” (hecho probado segundo), y “dicha circunstancia fue conocida por el empresario demandado el mismo día del accidente, al haber sido avisada la empresa del suceso por medio de la Policía Local (y) el empresario demandado, incluso acudió al Complejo Hospitalario a interesarse por la salud del trabajador” (hecho probado tercero).

Tales hechos objetivos (atropello del trabajador por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, habiendo sido llevado con urgencia al Complejo Hospitalario Universitario de Ourense) configuran una apariencia razonable de incapacidad duradera en la persona del trabajador, en el sentido (expresado en las normas y jurisprudencia citadas) de que sus dolencias no presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha discapacidad podía prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona (usando de nuevo las palabras literales de la STJUE 01/12/2016. Caso Daoudi, C-395/15). O, dicho más sencillamente, una apariencia razonable de discapacidad que el empresario pudo apreciar de propia mano al acudir al hospital a interesarse por la salud del trabajador el mismo día del accidente.

Una apariencia objetiva de incapacidad duradera a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del empresario apreciable si constatamos la conexión temporal tan fuerte existente entre el accidente de tráfico, y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social, acaecida también ese mismo día (hechos probados segundo y cuarto). Una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido, ítem más si consideramos la ausencia de hechos que pudiesen acreditar una falta de diligencia previa en la prestación de servicios (de hecho, la empresa no compareció al acto del juicio oral, ni tampoco impugnó el recurso de suplicación: su única actuación procesal fue optar a favor de la indemnización).

Nos encontramos, en suma, con una discriminación por apariencia por motivo de discapacidad perfectamente subsumible en el concepto de discriminación directa por discapacidad contemplado en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: “existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1” (entre ellos, la discapacidad).

A destacar de este primer y fundamental razonamiento, como primera aportación doctrinal de la sentencia (pero no única), la conformación del novedoso concepto de “discriminación “por apariencia” de discapacidad, que justificará en la siguiente forma:

“Hemos de precisar que, a diferencia del defectuoso concepto de discriminación directa por razón de discapacidad contemplado en nuestro derecho interno (artículo 2.c del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), no se exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia comunitaria para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06). En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad.”

Recordemos que el art. 2.c) de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad define como “discriminación directa...la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad”, mientras que la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que no define el concepto de “discapacidad” (se limita a enunciarlo como causa de discriminación”), establece en su artículo 2. a) que “existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”.

Por consiguiente, lo determinante para apreciar la discriminación directa –como novedosamente razona la sentencia- no es necesariamente que se constate la realidad de la situación de discapacidad, sino que infiera que la causa de la discriminación sea dicha situación (aunque la misma sea “aparente” y no real).

5

La ampliación del ámbito de la tutela judicial en materia de discriminación por discapacidad

En mi opinión y como ya he anticipado al inicio de estas líneas, se trata de una sentencia muy importante por la aportación doctrinal que en la tutela anti-discriminatoria, en general (la discriminación por “apariencia” podría extenderse a otras causas de discriminación como, por ejemplo, la orientación sexual o la religión), y –más en concreto- respecto a la discapacidad.

Coadyuva en su importancia, sin duda, que el ponente (Fernando Lousada) sea uno de los magistrados/as que –indiscutiblemente- más se ha significado (por no decir el/la que más), tanto desde la doctrina científica como desde la judicial, en la investigación teórica y la aplicación práctica en materia de discriminación, promo-

viendo cuestiones de constitucionalidad y prejudiciales que han devenido determinantes, compaginando todo ello con una labor docente impagable en esta materia.

Ya en el ámbito de la discapacidad, la importancia de la sentencia, como ya he avanzado, se concreta en dos razones: la primera, desde una perspectiva tuitiva, porque amplía la tutela anti-discriminatoria a despidos reactivos al solo hecho del accidente (y a la reacción empresarial frente al mismo), con el efecto disuasorio que ello puede ejercer ante este tipo de prácticas, especialmente repudiables (por más que la doctrina del Tribunal Supremo les ha negado, hasta ahora y como veremos, la calificación de nulidad).

La segunda, más técnica, porque –precisamente por referirse a una situación de incapacidad temporal de solo 4 o 5 días (y por consiguiente, a priori, muy poco “duradera”)- la solución alcanzada y el razonamiento para ello puede coadyuvar en forma relevante al correcto entendimiento y aplicación de la doctrina del TJUE relativa al concepto amplio de “discriminación por discapacidad” y, en especial, del primero de los dos “parámetros indiciarios” que aportó la STJUE Daouidi de 1.12.16 para identificar en qué casos el despido por causa de una situación de incapacidad temporal debe ser considerado por causa de “discapacidad” y, por consiguiente, discriminatorio.

Ambas razones, como se verá, son indisociables: sólo desde el correcto entendimiento de la evolución jurisprudencial del TJUE respecto del nuevo concepto –evolutivo, social y dinámico- de “discapacidad” puede entenderse el “salto” que propone la sentencia gallega, en busca del efecto útil de la prohibición de discriminación por discapacidad de la Directiva 2000/78. En tal sentido, la perplejidad que puede generar la conclusión alcanzada por esta sentencia no dista mucho de la causada en 2013, cuando el TJUE apreció discriminación por discapacidad, en su sentencia de 11.4.13, en el despido de la Sra. Ring y la Sra. Werge, por acumulación de bajas por lumbalgia y cervicalgias, respectivamente. O cuando, en la STJUE de 14.12.14, entendió, para declarar la nulidad del despido del cuidador infantil Kaltoft, que la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78”.

Empecemos, pues, por la primera de las razones que, a mi entender, otorgan especial relevancia a la sentencia: la ampliación del ámbito de la tutela anti-discriminatoria a aquellos despidos, lamentablemente habituales, en los que la empresa –a las pocas horas o días de la situación de incapacidad por accidente- decide su despido, por principio o por cautela, ya sea por la disfuncionalidad organizativa, productiva y/o económica que le genera tal situación, ya sea cautelarmente, para evitar que su prolongación en el tiempo la haga “duradera” y, por ello, susceptible de ser considerada una “discapacidad”.

No está de más hacer un poco de historia y recordar que hasta el año 2001, incluso después de la desprotección normativa de los despidos en situación de IT operada por la Ley 11/94 (protección que determinaba la nulidad de todo despido en tal situación que no fuera procedente), la mayoría de las salas de suplicación entendían que el despido por causa de incapacidad temporal suponía una discriminación “por razones de salud”. Pero tal doctrina acabó con la sentencia del Tribunal Supremo

de 29.1.01 que –en un supuesto muy específico, por cierto¹- cambió dicha doctrina y proclamó que el despido por causa de enfermedad o accidente, salvo concurrencia de un elemento intrínsecamente segregacionista, debía ser calificado con la simple declaración de improcedencia².

Esta doctrina, al coincidir en el tiempo con la instauración de la funesta –en mi opinión- figura del “despido improcedente exprés” (ley 45/02), cuya banalización de la exigencia causal en el despido todavía seguimos pagando (a pesar de su teórica expulsión ex Ley de Reforma Laboral 3/12³), generó el efecto pernicioso de entender –como se defendía abierta y explícitamente en las salas de vista en la instancia hasta hace pocos años- que la empresa tenía el derecho a despedir “improcedentemente” al trabajador/a enfermo o accidentado/a.

Y lo cierto es que el Tribunal Supremo, cuando ha tenido ocasión de hacerlo, no ha enmendado tal percepción. Refiero dos ejemplos, que guardan una notable coincidencia con la situación de hecho resuelta por la sentencia que comento:

-La STS de 12.7.12, relativa a un trabajador que sufrió un accidente de trabajo a las pocas horas de iniciar su primer día de trabajo, y es cesado –“por no superación del período de prueba”- al día siguiente, y que desestimó la demanda afirmando que “*el desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período*

1. Mi reiterada crítica a la doctrina iniciada con esta sentencia no radica tanto en la propia sentencia, cuyos razonamientos y conclusión pudieran resultar entendibles en aquel concreto caso (ante la decisión de no renovar un contrato temporal de dos años, en los que el trabajador en IT sólo había trabajado cuatro meses), sino en la aplicación sistemática de tal doctrina situaciones muy distintas, como los despidos reactivos a accidentes de trabajo.

2. “*La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*”

3. En efecto, aunque me da la impresión que la doctrina mayoritaria de suplicación se resiste a entenderlo así, desde la Ley 3/2012 (de Reforma Laboral), el modelo de despido de nuestro marco normativo vuelve a ser estrictamente causal, al haberse eliminado la anómala figura del “despido improcedente exprés”, que –de facto- suprimió la exigencia de una causa disciplinaria cierta, por su incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica y con la tutela de los derechos fundamentales. Así se razonaba tal expulsión en la exposición de motivos de dicha ley:

“El «despido exprés» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales”.

de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales”, aplicando la doctrina ya referida, inaugurada con la STS 29.1.01, entendiendo -sin mayor explicación- que “no parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.”⁴

-En la misma línea hay que señalar la STS 3.5.16, con idéntico resultado desestimatorio, respecto a una trabajadora que fue despedida disciplinariamente, con la habitual justificación ficticia y formularia de “bajo rendimiento”, a los diez días de padecer un accidente de trabajo. En esta sentencia, el Tribunal Supremo ya se plantea la posible incidencia de la STJUE “Ring” de 11.4.13, pero acabará descartando el carácter discriminatorio del despido por el breve plazo que media entre el accidente y el despido, diez días, y por la propia brevedad del período de incapacidad temporal, tres semanas ⁵.

Contrasta el criterio del Tribunal Supremo, expresado en estas sentencias, con el del Abogado General Ives Bot, expresado en su “informe de conclusiones” de 23.5.16, que fundamentó la posterior STJUE Daouidi, y que, en su apartado 50, y frente a la alegación del Gobierno francés conforme el espacio temporal de 53 días desde el accidente laboral del Sr. Daouidi y su despido era un período demasiado breve para que la situación pudiera calificarse de «duradera», razonó que *“no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador”,* añadiendo que *“Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera.”*

4. Dicha sentencia recabó el indignado voto particular en contra de una magistrada, que defendió la calificación nulidad por discriminación, entendiéndolo *“que nos encontramos ante un supuesto excepcional y no ante una “mera” enfermedad, ante una decisión motivada por razón discriminatoria que viola “el artículo 14 CE o vulnera cualquier otro derecho fundamental”.*

5. *“no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita.”*

Novedosamente, en la STJUE Daouidi de 1.12.16, cuya interpretación fundamenta la sentencia que analizamos, el TJUE -a diferencia de los dos casos ya referidos, STJUES “Ring” y “Kaltoff”- ya no le resuelve la “papeleta” al juez promotor de la cuestión (cuya decepción por ello es entendible, al menos por mi parte) respecto de si el despido del Sr. Daoudi comportó o no una discriminación por discapacidad, sino que optó por facilitar dos parámetros indiciarios para determinar si la incapacidad temporal puede ser considerada “duradera”, *“con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU”: el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.*

Y en la interpretación del primero de estos parámetros - *“el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”*- creo que radica la importante aportación de la sentencia que analizamos: sin preocuparse del tiempo que llevaba el trabajador en situación de IT (unas horas, desde que aconteció el accidente), ni del tiempo que tardó en recuperar su capacidad laboral (cinco días, si computamos el alta hospitalaria, a falta del dato fáctico del “alta laboral”), se fija exclusivamente en lo único relevante, como es que el empresario, después de visitar en el hospital al trabajador recién accidentado, decide despedirlo “por apariencia de discapacidad”:

“Una apariencia objetiva de incapacidad duradera a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del empresario apreciable si constatamos la conexión temporal tan fuerte existente entre el accidente de tráfico, y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social, acaecida también ese mismo día (hechos probados segundo y cuarto). Una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido...”

El párrafo final del razonamiento central de la sentencia concluye razonando que *“En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad.”*

Esta última apostilla, que permite –como en el caso analizado- declarar la nulidad del despido por causa de discriminación, aun no concurriendo “objetivamente” (si se me permite la expresión) una situación de discapacidad (pero si la “apariencia” de la misma), como ya he avanzado, es de una potencialidad tuitiva extraordinaria, al delimitar un amplio ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Ciertamente, la utilización de la expresión *“apariencia de discapacidad”* puede chocar de entrada, pero –en mi opinión- encaja perfectamente en el primer parámetro “Daouidi”, hasta el punto que bien pudiera haberse utilizado la expresión, para

ajustarse más a la literalidad del parámetro (*"no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo"*), de discriminación *"por perspectiva de discapacidad"*.

6

Efecto indirecto de la sentencia: clarificación en la interpretación y aplicación de la doctrina "Daouidi"

Además de la aportación ya indicada, creo que la sentencia nos puede ayudar a clarificar la interpretación y aplicación de los dos parámetros indiciarios fijados en la STJUE "Daouidi" y, con ellos, la calificación de la posible discriminación (directa o indirecta) que pueda apreciarse. Debo señalar, ello no obstante, que la sentencia que analizamos no aborda tal distinción y que, por consiguiente, lo que expongo a continuación es "cosecha propia":

-Primer parámetro "Daouidi": "que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo".

Aquí, lo único que nos debe interesar, es la "percepción subjetiva" que tenga el empresario respecto a la duración de la incapacidad del interesado (la *"apariencia de discapacidad"*, en la expresión utilizada por la sentencia), y que esta perspectiva subjetiva haya sido la causa de la decisión extintiva, que deberá ser calificada de "discriminación directa". Y es donde la sentencia que analizamos efectúa su principal aportación doctrinal cuando precisa que, "a diferencia del defectuoso concepto de discriminación directa por razón de discapacidad contemplado en nuestro derecho interno (artículo 2.c del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), no se exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad".

En tal sentido, me permito apostillar que tampoco las Sras. Ring (con su lumbalgia), la Sra. Werge (con su cervicalgia) o el Sr. Kaltkof (con su obesidad) acreditaban una situación médica objetivable -desde los parámetros habituales- como "discapacidad". Fue la propia reacción subjetiva empresarial del despido, como "obstáculo" o "barrera" para la continuidad en el empleo, la que determinará que dichas situaciones se acaben considerando como "discapacidad", en base al nuevo concepto, amplio y dinámico, de dicha causa de discriminación.

En efecto, recordemos -una vez más- el "nuevo" concepto de discapacidad del TJUE, conformado a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU para las personas con discapacidad: una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Adviértase la virtualidad del concepto: lo que impide *"la participación plena y efecti-*

va de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, no es la limitación “objetiva” (las limitaciones físicas y psíquicas), sino el hecho “de interactuar con diversas barreras”, y en el caso abordado por la sentencia que analizamos la “barrera” es, sin duda, la reacción del empresario que, ante la falta de perspectiva de una recuperación rápida del trabajador accidentado, decide su despido.

-Segundo parámetro “Daouidi”: “o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.”

Lo primero que debiera entenderse es que este segundo parámetro es alternativo al primero y no concurrente o cumulativo. Y es importante resaltarlo porque, en mi opinión, la errónea y restrictiva interpretación de la doctrina “Daouidi” por gran parte de la jurisprudencia interna resulta, además del anclaje en la doctrina clásica del TS ya referida, de la confusión de ambos parámetros. Así, viene siendo habitual que se utilice el referente temporal del primer parámetro (“en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio”, esto es, el despido) para el segundo, cuando –como es obvio- la constatación de la “prolongación significativa antes del restablecimiento” solo puede referirse a la evolución médica en el período posterior al despido y, por consiguiente, constatarse con documentación médica posterior al “acto discriminatorio”, el despido⁶.

La cuestión, respecto a este segundo parámetro (que, repito, no es el aplicado por la sentencia gallega), sería fijar doctrinalmente un criterio para objetivar esta prolongación significativa. Y en tal sentido, me parece una acertada pauta de objetivación la propuesta –nuevamente- en el informe del Abogado General Yves Bot previo a la STJUE Daouidi cuando, en su apartado 47, y después de indicar que “para comprobar el carácter duradero de una limitación de este tipo, el juzgado remitente podrá basarse en todas las pruebas que se le presenten, en particular, en documentos y certificados médicos que evalúen la duración probable de la deficiencia en cuestión”, concluía que “Si de esas pruebas resulta que la limitación sufrida por el Sr. Daouidi presenta carácter duradero, es decir, que como consecuencia de posibles secuelas, puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre, esa limitación podrá incluirse en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.”.

Por consiguiente y a manera de conclusión respecto a este segundo parámetro (que no es el aplicado por la sentencia que analizamos): lo relevante no es ya la percepción empresarial de la incapacidad del trabajador/a (“la apariencia de disca-

6. Respecto de este segundo parámetro, pues, entiendo que no sería aplicable el razonamiento de la sentencia que analizamos conforme “se debe estar a la situación existente “en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio” (literalmente, STJUE 01/12/2016, Caso Daouidi, C-395/15), pues realizar un análisis ex post facto distorsiona los elementos objetivos a tomar en consideración en el momento decisivo del hecho presuntamente discriminatorio”, razonamiento que sí comparto plenamente –en congruencia con el tenor literal de la STJUE Daouidi- respecto al primer parámetro indiciario.

pacidad”, en los términos de la sentencia gallega) en el momento del “*acto discriminatorio*”, el despido, sino si la situación de incapacidad temporal que padece el trabajador en el momento del despido acabará deviniendo “duradera”, esto es, que “*pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*”, prolongación significativa que podemos identificar en los casos que “*persista más allá del tiempo medio necesario para su curación*”. Y este análisis lo deberá hacer el juzgador/a en el acto del juicio, a la vista, también, de la documentación médica posterior al despido.

7

Reflexión final

Hace pocos días, mientras corríamos y le comentaba esta sentencia, Albert Pastor (profesor de la UAB), me reprochaba si no se estaba forzando en exceso el concepto de “discapacidad” y sugería, compartiendo plenamente que los despidos por causa de accidente o enfermedad debían de sancionarse con la nulidad, que quizás el fundamento para tal calificación debiera buscarse por la vía de la garantía de indemnidad vinculada al ejercicio del derecho a la salud.

Le recordé que esta vía ya la habían explorado dos sentencia del TSJ de Madrid de 18.7.06 (recursos 2469 y 3591/06⁷), razonando que “*existe una garantía de indem-*

7. “El Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, o mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal (SSTCO 35/96, 207/96, 25/00, 5/02 y 220/0, entre otras muchas). Reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar una consecuencia perjudicial. El trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario/ manifestado en el despido, pues mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa.

El hecho de que nuestra legislación actual no recoja expresamente una garantía general al respecto, como antes ocurría con el antiguo apartado 6 del art. 55, no significa que nuestro derecho positivo carezca de medios de tutela del derecho que examinamos frente a eventuales represalias empresariales. Un primer escalón de protección lo representa la exigencia general de justa causa para el despido: el carácter reglado del despido y de las potestades disciplinarias implica un cierto obstáculo al libre proceder del patrono. Pero esta cobertura resulta insuficiente porque permite la entrada en juego de formas fraudulentas que encubren formas de represalia empresarial y, sobre todo, porque no asegura la reparación total de los perjuicios sufridos por el trabajador que ha sido objeto de una represalia materializada en un despido. En este caso, la simple declaración de improcedencia no consigue evitar el efecto represivo que se persigue, pues el trabajador enfermo que es despedido acaba sufriendo la pérdida efectiva, si bien indemnizada, del puesto de trabado, con lo que se consolida la merma.

Es cierto que cuando el legislador español mediante la Ley 62/03 ha dado nueva redacción al art. 17.1 ET, como acto de transposición de la garantía de indemnidad del Derecho Comunitario, prevista en las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE y en las Directivas 2000/43/CEE, 2000/78/CEE y 2002/73/CEE, se ha limitado a un

nidad en relación con la generalidad de los derechos fundamentales pues a todos ellos acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se derive del legítimo ejercicio de aquéllos “y que “reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar una consecuencia perjudicial”, concluyendo que “el trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, manifestado en el despido, pues no podría ser efectivo el derecho a preservar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa”.

Ello no obstante, esta tesis, que comparto plenamente y apliqué en algún pronunciamiento desde la instancia ⁸, también fue rechazada por el Tribunal Supremo en tres sentencias de fechas 22.12.07, 22.1.08 y la de 22.9.08, dos de las cuales en revocación, precisamente, aquellas dos sentencias del TSJ de Madrid de 18.7.06⁹.

refuerzo de la tutela antidiscriminatoria, pero ello no significa que la protección legal frente a represalias por el ejercicio de derechos fundamentales quede ceñida a las relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación, pues tal lectura estrecha carece de sentido ya que, de aceptarse, se excluiría hasta la tradicional doctrina de garantía de indemnidad frente al planteamiento de acciones por el trabajador con independencia de cuál sea el contenido de éstas, es decir, ajenas al principio de igualdad y no discriminación.

Fácilmente se colige, llegados a este punto, que estamos aplicando la lógica del principio de garantía de indemnidad entendida en un sentido lato, como exención de sanciones o represalias para quien ejerce un derecho o hace valer su posición jurídica. En este sentido, puede afirmarse que existe una garantía de indemnidad en relación con la generalidad de los derechos fundamentales pues a todos ellos acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se derive del legítimo ejercicio de aquéllos (STC 265/2000). Es jurisprudencia constitucional consolidada la consideración de nulidad ex tunc de toda medida pública o privada sancionadora del ejercicio de un derecho fundamental y, en concreto, los despidos lesivos de derechos fundamentales deben ser declarados nulos y sin efecto alguno. De hecho la doctrina más autorizada ha señalado que La expresión «garantía de indemnidad» es sobre todo una nueva denominación de la ineficacia de actos empresariales lesivos de derechos fundamentales.”

8. Sentencia JS nº 33 de Barcelona de 8.2.07, autos 890/06.

9. Es preciso recordar que, en relación con el art. 15 CE, ha sido el mismo Tribunal Supremo quien, en la STS de 29.1.11, razonó que “la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada”, al considerar que enlaza con “la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” y “si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”, se precisa que “una determinada actuación u omisión de la empleadora” en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral “podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”.

Creo, sinceramente, que ahora mismo sobran las razones para que el Tribunal Supremo revise su doctrina en relación a los despidos por causa de incapacidad temporal y, en especial, en casos tan sangrantes como el resuelto por la sentencia gallega.

Tales despidos, por la situación de especial vulnerabilidad de quien los padece y al margen de la controversia sobre su carácter discriminatorio, integran en todo caso un elemento intensamente arbitrario e injusto, afectando –en todo caso- a derechos constitucionales tan importantes como el derecho al trabajo, el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria y a las prestaciones de seguridad, que la mera calificación judicial de improcedencia del despido, con el actual régimen indemnizatorio y la eliminación de los salarios de tramitación, en modo alguno puede compensar. La mera calificación de improcedencia, tozudamente mantenida por la doctrina del Tribunal Supremo, por otra parte, responde a una etapa legislativa ya superada (la del “despido improcedente exprés”), difícilmente compatible con los mandatos del Convenio nº 158 de la OIT, y, en especial, con su artículo 6, que dispone que *“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de trabajo”*.

Ojalá esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con el importante avance que propone, coadyuve en este necesario cambio doctrinal.

No deja de ser paradójico o incongruente que el Tribunal Supremo sancione con la nulidad este despido, por la concurrencia de una amenaza previa al despido, y por el contrario, no llegue a la misma calificación en los casos restantes, en los que se consuma el despido por causa de accidente o enfermedad sin amenaza previa. Pareciera que lo relevante y lo protegible con la calificación de nulidad debiera ser el hecho de ser despedido por causa de ejercer un derecho tan elemental como es el de ser reconocido en incapacidad temporal por causa de enfermedad o accidente, y no la concurrencia de una amenaza previa de tal despido.

Accede a nuestra web:





LA ESTRATEGIA COVID Y SU INCIDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Notas a propósito de la oportunidad hecha Sentencia (STEDH de 8-4-2021, Vavricka y otros Vs. República Checa)

Por los Dres.

Carlos Hugo PRECIADO DOMENECH

Magistrado especialista en Derecho del Trabajo y la SS.

Jaime SEGALÉS FIDALGO

Magistrado. Catedrático (EU) en excedencia de Derecho del trabajo y la SS (UPV/EHU).

Supervisado por **Dña. Amalia FOTINOPULU BASURKO**

Bioquímica, Técnica de Gestión de Investigación (UPV/EHU).

sumario

1.- Introducción. 2.- Precedentes en la doctrina del TEDH sobre vacunación y Derechos fundamentales. 3. Análisis de la TEDH 8-4-2021, Vavricka y otros Vs. República Checa. Regla general: la imposición de la vacunación constituye intromisión sobre la vida privada. 3.1.- El margen de apreciación del Estado. 3.2.- Una necesidad social apremiante y razones pertinentes y suficientes. 3.3.- Test de proporcionalidad. 4.- Decisión final y votos particulares. 5.- El escenario COVID. Planteamiento del problema. 5.1.- Precisiones iniciales. 5.1.1 Acerca del concepto

de Vacuna. 5.2.- El proceso de producción de la vacuna. Interferencia con los predicados de “seguridad y eficiencia”. 5.2.1.- Aspectos generales del proceso de autorización ordinario de la vacuna. 5.2.2.- Fases para la producción de las vacunas aprobadas para la UE. Biontech, Moderna, AstraZeneca y Janssen. Datos sobre su eficacia en ensayos de fase III. 5.3.- La estrategia europea. La comunicación CE de 17-6-2020. 6.- La Ley 8/2021 de la CA de Galicia. Un intento pionero para imponer la vacunación obligatoria. 7.- Veinte conclusiones primitivas. 8.- Y cinco conclusiones derivadas.

1. INTRODUCCIÓN

No nos ha resultado en modo alguno sorprendente el que, justo en el momento en el que están disponibles las vacunas ensayadas a lo largo de 2020 para la contención de la pandemia, haya decidido emitir su particular parecer la instancia europea encargada de interpretar el catálogo de derechos fundamentales que inspira a la mayor parte de las Constituciones europeas. Como no podía ser de otra forma, la conocida como sentencia Vavricka, fechada el 8 de abril de 2021, ha tenido la natural repercusión mediática que cabría predicar de cualquier pronunciamiento relativo a la posibilidad de obligar, aun de forma indirecta, a recibir un tratamiento médico.

Resulta muy razonable plantearse la restricción del derecho a la intimidad cuando ello es a cambio de asegurar un objetivo tan deseable como la inmunidad de rebaño, acortando -de la mano de un medicamento- su plazo natural de consecución. Este posicionamiento, tomado en términos literales, admite disputa no más que desde un maximalismo fundamentalista en la defensa del derecho individual, llamado a ceder ante bienes jurídicos que podríamos considerar colectivos.

Ahora bien, es hora de plantearse si el enfoque de partida resulta correcto. Esto es, debe esclarecerse si, efectivamente, disponemos de elementos de juicio para asegurar que el tratamiento que pretendemos imponer (aun de forma indirecta) ostenta la efectividad exigible. Se hace necesario valorar si ese medicamento resulta suficientemente seguro como para aceptar su generalización, ya que no conviene olvidar que, por lo común, todo fármaco es susceptible de generar secundarismos, eventualidad que en este caso puede adquirir consecuencias nada despreciables, al estar prevista su pauta a toda la población. Y tampoco podemos perder de vista en nuestro análisis si consta acreditada la unidad esencial que habilita el sacrificio individual a favor del beneficio colectivo, y que se resume en que la persona vacunada deje de representar un peligro potencial de contagio para terceros.

Tales fundamentos son los que laten en el presente estudio, cuyo principal propósito no pasa de presentar un asomo de duda sobre un contexto en el que sobran seguridades y afirmaciones categóricas, normalmente inspiradas por un comprensible deseo de superar una crisis global de la forma que se antoja más obvia y sencilla.

Desde el punto de vista metodológico, pasaremos inicialmente a exponer los contenidos de la sentencia emitida por el TEDH, citando todos sus precedentes, describiendo sus premisas argumentales y cerrando este primer apartado con la exposición de sus conclusiones definitivas. En un segundo momento, detallaremos los parámetros predicables de la farmacopea anti COVID, en el afán por esclarecer si las categorías manejadas por la Sala de Estrasburgo pueden proyectarse sobre una eventual obligación vacunal frente a la COVID-19. Cerraremos estas notas con una relación de conclusiones, que distingue entre las más apegadas a los hechos (primitivas, por tanto), y las que podríamos considerar derivadas de las primeras, más reflexivas y, por tanto, más expuestas a controversia.

Como podrá comprobarse a lo largo de la lectura, hemos tenido que manejar conocimientos distintos de los que caracterizan nuestra formación teórica; circunstancia que nos ha obligado, en primer lugar, a recabar la asesoría de personas expertas, siendo destacable la prestada por quien se cita en el encabezado de este documento; y, en segundo lugar, a un esfuerzo en la descripción de los elementos más técnicos en términos comprensibles al jurista, al objeto de que el principal destinatario de estas notas pueda forjar su opinión sin perder en ningún momento el contacto con el objeto de análisis.

2. PRECEDENTES EN LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE VACUNACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En las próximas líneas desplegaremos el análisis de la STEDH (Gran Sala) 08/04/2021. Caso Vavricka y otros c. República Checa, que resulta de innegable relevancia y oportunidad en el contexto de la pandemia COVID-19 y la lucha contra la misma a través de la vacunación.

Para ello examinaremos, en primer lugar, los precedentes del TEDH en materia de vacunación, en tanto que tratamiento médico, vida del art. 2 CEDH y vida privada, garantizada por el art. 8 CEDH.

STEDH 12 marzo 2013. Caso Baytüre y otros c. Turquía: Negativa de los tribunales nacionales y las autoridades estatales a conceder una indemnización por el daño que había sufrido un menor de 3 meses (parálisis del pie derecho) derivada de la vacunación recomendada por las autoridades estatales, pero que no era obligatoria. El TEDH declaró inadmisibile la demanda.

El alcance del artículo 8 contempla cuestiones relacionadas con la integridad física y psicológica de las personas, su participación en la elección de la atención médica brindada y su consentimiento a la misma, y también el acceso a información que les permita evaluar los riesgos para la salud a los que se enfrentan. están expuestos. Sin embargo, si en el marco de una campaña de vacunación, cuyo único objetivo era proteger la salud pública mediante la erradicación de enfermedades infecciosas, se producía un pequeño número de accidentes graves, no se puede criticar al Estado por no haber tomado las debidas medidas para proteger a las

personas y su integridad física. En el presente caso, el expediente no indicó que la vacuna haya sido administrada de manera inapropiada o que no se hayan tomado las medidas adecuadas para evitar que ocurran los riesgos relacionados con la vacunación. El demandante había sido víctima de una reacción adversa a una vacuna recomendada y el Tribunal era consciente de la dificultad inherente a tal situación. Sin embargo, en un sistema en el que la vacunación no era obligatoria, y en ausencia de error médico, la introducción de un sistema de indemnización para las víctimas de los daños derivados de una vacunación era esencialmente una medida de seguridad social, que quedaba fuera del ámbito de aplicación del Convenio. En consecuencia, las quejas de los demandantes tuvieron que ser desestimadas por ser incompatibles *ratio materiae* con las disposiciones del Convenio.

STEDH 13 noviembre 2012, Caso Hristozov and Others v. Bulgaria. No hay violación del derecho a la vida por la denegación de la autorización a varios pacientes de cáncer en fase terminal del uso de medicamento experimental, no comercializado en ningún país, pero sí autorizado en algunos por motivos humanitarios. Complejidad de la materia con diferentes regulaciones en los Estados de la Unión Europea, sin que exista una obligación de regularlo de una determinada manera.

STEDH 15 marzo 2012, Caso Solomakhin c. Ucrania. Violación del art.6.1 y no violación del Art.8. El demandante murió en septiembre de 2010 y su madre decidió continuar con la demanda en su nombre. Basándose en el artículo 6 § 1 (derecho a un proceso sin dilaciones) de la Convención, se quejó de que el tribunal del proceso, que había iniciado en abril de 1999 para obtener una indemnización de la autoridad local, concretamente el departamento de salud pública por daños a su salud, había tardado demasiado tiempo.

Conforme al artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), denunció por daños a su salud como resultado, en particular, de una vacuna que había recibido en noviembre de 1998, tras lo cual presuntamente había padecido una serie de enfermedades crónicas.

DCEDH 15 enero 1998. Caso Boffa and Others c. San Marino. Los demandantes se quejan de la existencia de leyes que obligan a los residentes de San Marino para someterse a vacunaciones Argumentan que el riesgo de muerte asociado con las vacunas es alto y alegan una violación del Art.2 CEDH. Además, se quejan de que la incapacidad de los padres para elegir libremente si vacunar o no a sus hijos constituye una injerencia injustificada en su libertad de pensamiento y conciencia, contrario al artículo 9 de la Convención. Finalmente, los demandantes se quejan de que su incapacidad para elegir si se vacunan o no constituye una vulneración injustificada de su derecho a la libertad garantizada en el artículo 5 de la Convención y su derecho a respetar su vida privada y familiar como protegida por el artículo 8 de la Convención.

La Comisión parte de que el requisito de someterse a tratamiento o una vacuna, so pena de una sanción, puede constituir una interferencia con el derecho al respeto de la vida privada (ver No 10435/83, 10 de diciembre de 12 84, D R 40, págs. 255).

En el examen de si la legislación en cuestión es compatible con el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Al respecto, la Comisión debe determinar si la injerencia permitida por la legislación de San Marino en cuestión está fundada en uno o más de los objetivos legítimos mencionados en el párrafo 2 y es necesaria en una sociedad democrática

La Comisión considera que, por lo que respecta al objetivo de la normativa impugnada, la injerencia se basa en la necesidad de proteger la salud pública y de las personas interesadas, por lo que está justificada en un objetivo legítimo.

En cuanto a la necesidad de la medida la Comisión observa, en primer lugar, que el demandante no demostró una probabilidad de que, en el caso particular de su hijo, la vacuna correspondiente causara problemas graves. Además, la Comisión consideró que una campaña de vacunación como la que existen la mayoría de los países, por la que se obliga al individuo a ceder al interés general y no poner en peligro la salud de los demás, en la que su propia vida no está en peligro, excede del margen de apreciación dejado al Estado (ver No 10435/83, 10 de diciembre de 1984, D.R.40, págs. 251-256).

Por todo ello, la demanda se declaró inadmisibile .

DCEDH 12 julio 1978. Caso Association of Parents c. Reino Unido La asociación demandante está formada por padres cuyos hijos han sufrido daños graves y duraderos o incluso han muerto como resultado de las vacunas.

Alega que las autoridades británicas han organizado campañas periódicas para la vacunación de bebés y niños pequeños, sin informar a los padres de los riesgos que estas vacunas pueden conllevar de forma que les permita tomar una decisión con pleno conocimiento de los hechos. Por eso habían impuesto un riesgo injustificable, aunque de interés general. La asociación pidió a las autoridades que otorguen una indemnización a sus miembros por el daño sufrido. La Comisión declaró inadmisibile la demanda.

En cuanto al art.2 CEDH (Derecho a la vida), la Comisión consideró que, si bien una relación adecuada entre médico vacunador y médico de familia para evaluar los riesgos, así como unos visitantes sanitarios informados, son medidas de precaución deseables, el sistema de control y supervisión establecida por el Estado es suficiente para cumplir con su obligación de proteger la vida en virtud del artículo 2 de la Convención

En relación con el art.8 CEDH (Derecho a la vida privada), la Comisión considera que en el contexto del presente caso donde un plan de vacunación voluntario diseñado para proteger la salud de sociedad y que está sujeto a un adecuado sistema de control para minimizar los riesgos involucrados está en cuestión, no hay injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y vida familiar. Destaca, en particular, el hecho de que el Estado no obliga a que los padres vacunen a sus hijos, o que se vacunen ellos mismos, ya sea directa o indirectamente imponiendo sanciones a quienes se niegan a vacunarse.

El Estado recomienda la vacunación y proporciona instalaciones para cualquier persona que exprese la voluntad de acogerse a los servicios ofrecidos. En este sentido, la Comisión no puede aceptar que el consentimiento otorgado por los padres no sea un consentimiento adecuado. La Comisión opina que, aunque la decisión de los padres de tener a sus niños vacunados no puede basarse en una apreciación técnica de las características específicas y los riesgos involucrados, existe un conocimiento común general de que la vacunación implica ciertos riesgos.

3. ANÁLISIS DE LA TEDH 8-4-2021, VAVRIKA Y OTROS VS. REPÚBLICA CHECA. REGLA GENERAL: LA IMPOSICIÓN DE LA VACUNACIÓN CONSTITUYE INTROMISIÓN SOBRE LA VIDA PRIVADA

Los hechos del caso se resumen en torno a lo que sigue. El caso, que parte de 6 demandas, se refiere a la obligación legal de vacunar a los niños contra enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y las consecuencias para los demandantes de su incumplimiento. La primera demanda la presentó un padre en su propio nombre, quejándose de haber sido multado por no haber vacunado debidamente a sus hijos en edad escolar. Las demás demandas fueron presentadas por los padres en nombre de sus hijos menores de edad después de que se les denegara el permiso para inscribirlos en centros preescolares o guarderías.

Según la jurisprudencia establecida por el Tribunal, la vacunación obligatoria, en tanto intervención médica involuntaria constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada ex artículo 8 CEDH. Aunque no se haya realizado ninguna de las vacunaciones impugnadas, la obligación de vacunación y las consecuencias directas del incumplimiento de esta también constituyen tal injerencia.

Ahora bien, y pese a lo anterior, esta injerencia ha sido considerada lícita por perseguir el objetivo legítimo de proteger la salud y los derechos de los demás. Al evaluar si la injerencia en los derechos de los demandantes ha sido necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal sopesó dos factores.

3.1.- El margen de apreciación del Estado.

La STDH Vavrika consideró que este debía ser un margen amplio por los siguientes motivos:

- ▶ No se habían administrado vacunas contra la voluntad de los solicitantes, ni podrían haberse administrado, ya que el cumplimiento no podría haberse impuesto por la fuerza con arreglo a la legislación nacional pertinente.

- ▶ Existía un consenso general entre las Partes Contratantes, fuertemente apoyado por organismos internacionales especializados, de que la vacunación era una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables y que cada Estado debería aspirar a lograr el nivel más alto posible de vacunación. Sin embargo, no hubo consenso sobre un modelo único de vacunación infantil, sino más bien un espectro de políticas, que van desde una basada totalmente en la recomendación, pasando por aquellas que hacen que una o más vacunaciones sean obligatorias, hasta aquellas que la convierten en una cuestión de deber legal, para asegurar la vacunación completa de los niños. Tres de los gobiernos intervinientes habían compartido el enfoque más prescriptivo de la República Checa y varios otros Estados Miembros lo habían seguido recientemente debido a una disminución de la vacunación voluntaria y la consiguiente disminución de la inmunidad colectiva.
- ▶ El carácter sensible del deber de vacunación infantil no se limitaba a la perspectiva de quienes no estaban de acuerdo con este deber, sino que también englobaba el valor de la solidaridad social, siendo la finalidad la de proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular de aquellos que son especialmente vulnerables frente a determinadas enfermedades y en cuyo nombre se pidió al resto de la población que asumiera un riesgo mínimo en forma de vacunación.
- ▶ Como se sostuvo anteriormente, los asuntos de política sanitaria quedaron dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales que estaban en mejor posición para evaluar las prioridades y necesidades sociales.

En definitiva, la cuestión por determinar no es si se podría haber adoptado una política diferente y menos prescriptiva, como en algunos otros Estados europeos. Más bien, se trataba de si, al lograr el equilibrio particular como lo hicieron, las autoridades checas se mantuvieron dentro de su amplio margen de apreciación en este ámbito.

3.2.- Una necesidad social apremiante y razones pertinentes y suficientes

La política de vacunación obligatoria fue la respuesta de las autoridades a la necesidad social urgente de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión y de prevenir cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación infantil.

La respuesta se apoya en razones pertinentes y suficientes. Además del importante fundamento de salud pública, el consenso general entre los Estados y los datos de los expertos pertinentes, el TEDH también tuvo en cuenta la cuestión del interés superior del niño. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior reviste la máxima importancia; esto reflejó el amplio consenso expresado en particular en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De ello se desprende que los Estados tienen

la obligación de colocar el interés superior del niño, y también el de los niños como grupo, en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo.

En lo que respecta a la inmunización, el objetivo debe ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves; esto se logró, en la gran mayoría de los casos, cuando los niños recibieron el programa completo de vacunaciones durante sus primeros años. Aquellos a quienes no se les podía administrar dicho tratamiento estaban indirectamente protegidos contra enfermedades contagiosas siempre que se mantuviera el nivel requerido de cobertura de vacunación en su comunidad, es decir, su protección provenía de la inmunidad colectiva.

Por lo tanto, cuando una política de vacunación voluntaria no se considera suficiente para lograr y mantener la inmunidad colectiva, o dicha inmunidad no es relevante debido a la naturaleza de la enfermedad, se podría introducir razonablemente una política de vacunación obligatoria para lograr un nivel adecuado de protección contra enfermedades serias. Sobre la base de esas consideraciones, la política de salud del Estado demandado era compatible con el interés superior de los niños.

3.3.- Test de proporcionalidad

En este contexto, el Tribunal examinó en primer lugar las características relevantes del sistema nacional:

- ▶ La obligación de vacunación se refería a diez enfermedades contra las que la comunidad científica consideraba que la vacunación era eficaz y segura.
- ▶ Aunque obligatoria, la tasa de vacunación no es absoluta y permite exenciones por contraindicación permanente o por motivos de conciencia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las circunstancias de cada caso individual debían evaluarse rigurosamente. Sin embargo, ninguno de los demandantes se había basado en ninguna de las exenciones.
- ▶ El cumplimiento de la obligación de vacunación no podía imponerse directamente, pero, al igual que en las soluciones adoptadas en los Estados intervinientes, la obligación se cumplía indirectamente mediante la aplicación de sanciones. En la República Checa, la sanción fue relativamente moderada y consistió en una multa administrativa única. En el caso del primer demandante, la cantidad se había aproximado al extremo inferior de la escala pertinente y no podía considerarse excesivamente severa u onerosa. En lo que respecta a los niños demandantes, su no admisión a la educación preescolar tiene como objetivo salvaguardar la salud de los niños pequeños y, por lo tanto, tiene un carácter esencialmente protector más que punitivo.
- ▶ Las garantías procesales están previstas en la legislación nacional y los demandantes han podido hacer uso de los recursos administrativos y judiciales.

- ▶ El enfoque legislativo empleado permitió a las autoridades reaccionar con flexibilidad ante la situación epidemiológica y los avances en la ciencia médica y la farmacología.
- ▶ No se ha mostrado ningún problema sobre la integridad del proceso de formulación de políticas o la transparencia del sistema nacional.
- ▶ Con respecto a la seguridad, reconociendo un riesgo muy improbable, pero sin duda muy grave para la salud de una persona, el Tribunal reiteró la importancia de las precauciones necesarias antes de la vacunación, incluido el control de la seguridad de las vacunas en uso y la verificación de posibles contraindicaciones en cada caso individual. En cada uno de esos aspectos, no había motivos para cuestionar la idoneidad del sistema nacional. Además, se permitió cierto margen de maniobra con respecto a la elección de la vacuna y el calendario de vacunación.
- ▶ Aunque como propuesta general, la disponibilidad de compensación en caso de daño a la salud causado por la vacunación era relevante para la evaluación general de un sistema de vacunación obligatoria, esta cuestión no podía tener una importancia decisiva en el contexto de las presentes demandas, ya que no se habían administrado vacunas. Además, los demandantes no habían planteado esta cuestión en los procedimientos internos y, para la mayoría de ellos, los hechos ocurrieron en un momento en que se disponía de indemnización en virtud de la legislación nacional.

En segundo lugar, y dentro de este test de proporcionalidad, el TEDH procedió a considerar la intensidad de la injerencia en el disfrute de los demandantes de su derecho al respeto de la vida privada:

- ▶ En lo que respecta al primer demandante, la multa administrativa que se le impuso no había sido excesiva dadas las circunstancias y no había tenido repercusiones en la educación de sus hijos.
- ▶ En cuanto al resto de demandantes, su exclusión de la educación preescolar significó la pérdida de una importante oportunidad para desarrollar su personalidad y comenzar a adquirir habilidades sociales y de aprendizaje en un entorno formativo y pedagógico. Sin embargo, esto había sido consecuencia directa de la decisión de sus padres de no cumplir con la obligación de vacunación, cuyo propósito era proteger la salud, particularmente en ese grupo de edad. Además, la posibilidad de asistencia al preescolar de los niños que no podían ser vacunados por razones médicas dependía de una tasa de vacunación muy alta entre otros niños contra enfermedades contagiosas. Por lo tanto, no puede considerarse desproporcionado que un Estado exija a aquellos para quienes la vacunación representa un riesgo remoto para la salud que acepten esta medida de protección practicada universalmente, como una cuestión de deber legal y en nombre de la solidaridad social, por el bien del pequeño número de niños vulnerables que no pudieron beneficiarse de la vacunación. Por lo tanto, el poder legislativo checo tuvo la posibilidad de hacer esta elección de manera válida y legítima, que es plenamente coherente con el fundamento de proteger la salud de la

población. La disponibilidad teórica de medios menos intrusivos para lograr este propósito, como sugirieron las demandantes, no restó valor a esa constatación. Además, los solicitantes no se habían visto privados de toda posibilidad de desarrollo personal, social e intelectual, incluso con un esfuerzo y gasto adicionales por parte de sus padres, y las consecuencias habían sido limitadas en el tiempo, ya que su posterior admisión a la escuela primaria no quedó afectada por el hecho de no estar vacunados.

4. DECISIÓN FINAL Y VOTOS PARTICULARES

En conclusión, las medidas denunciadas por los demandantes, evaluadas en el contexto del sistema interno, se encontraban en una razonable relación de proporcionalidad con los fines legítimos perseguidos por el Estado demandado, que no había excedido su margen de apreciación, a través de la tasa de vacunación. . Por tanto, podrían considerarse “necesarios en una sociedad democrática”.

Partiendo de todo ello, el TEDH concluir por 16 votos a 1 que no hubo vulneración del derecho a la vida privada.

El Tribunal también, por mayoría, declaró inadmisibles las denuncias de los demandantes en virtud del artículo 9 por ser incompatible *ratione materiae* con esta disposición. En particular, no han fundamentado que su opinión crítica sobre la vacunación sea suficientemente convincente, seria, cohesiva e importante como para constituir una convicción o creencia que atraiga las garantías del artículo 9.

Se plantearon dos votos particulares, que pasamos a resumir

a) Voto particular concurrente y parcialmente disidente del Juez Lemmens. Disiente porque considera, en suma, que la injerencia en el derecho a la educación de los niños excluidos de la educación preescolar (art.2 Protocolo nº 1 CEDH), no ha sido suficientemente motivada por la postura mayoritaria, y que no se analiza las consecuencias que recaen sobre los menores a consecuencia de las decisiones de sus padres.

b) Voto particular disidente del Juez Wojtyczek. está de acuerdo con la opinión mayoritaria de que la Convención no excluye la introducción de la obligación de vacunar con respecto a determinadas enfermedades, junto con excepciones basadas en la objeción de conciencia. Objetivamente, existen sólidos argumentos a favor de tal sistema y pueden justificar tal injerencia, incluso bajo los muy altos estándares de control establecidos en el artículo 8. Al mismo tiempo, considera que los argumentos específicos aducidos por el Gobierno demandado y en el que la mayoría se basó en el presente caso para justificar la compatibilidad con el Convenio de la vacunación obligatoria en general y de la injerencia en los derechos de los solicitantes en particular, no son suficientes. Además, la sentencia plantea importantes cuestiones de justicia procesal.

5. EL ESCENARIO COVID. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Resulta poco menos que inevitable el pretender la extensión de las conclusiones contenidas en la sentencia que comentamos al *escenario COVID*, término simple que aquí emplearemos para describir de forma sencilla la estrategia de “vacunación” asumida por la UE (y la mayoría de los Estados), para recuperar la normalidad perdida tras el estallido de la pandemia.

Entrecomillamos, asimismo, la palabra vacunación, dado que, como más adelante indicaremos, no entendemos razonable extender a unos productos farmacéuticos aprobados bajo criterios de urgencia cualidades predicables de las vacunas tradicionales. Este matiz no resulta baladí, toda vez que el prestigio y valor estratégico históricamente atribuido a aquellas herramientas epidemiológicas bien podría llegar a justificar sacrificios sobre derechos fundamentales de primera necesidad. Por ello, un análisis riguroso del caso debe tener en cuenta las particulares propiedades y atributos que habría de merecer -aquí y ahora- la nueva panoplia medicamentosa suscitada por la COVID-19.

No encontramos mejor punto de partida para abrirnos a estas consideraciones que las dudas formuladas por el voto particular ofrecido por el Juez Wojtyczek en la STDH Vavrika. El discrepante plantea un problema de singular importancia a la hora de abordar el escenario COVID, como es el relativo a la acreditación de los efectos beneficiosos y perjudiciales de una eventual obligación terapéutica. No debemos perder de vista el que la *opinio iuris* formada por el jurista polaco se emite a propósito de vacunas -no de fármacos experimentales autorizados por criterios de urgencia-; lo que no impide al citado deslizar dudas a cuenta de ciertas aseveraciones inerciales, emitidas de forma acrítica por la mayoría que sostuvo el pronunciamiento.

Por tanto, si cabe plantearse semejantes dudas en relación con un vector acreditado históricamente, tenido como un mecanismo eficaz al par que razonablemente seguro para la contención de epidemias (en este caso infantiles), aun más será la incertidumbre cuando de lo que se trata es de sostener el sacrificio en productos que, dadas las circunstancias que describiremos más adelante, aún no habrían superado el marco de experimentación exigido por las vacunas tradicionales. Estas son las reservas formuladas por Wojtyczek:

6. Para evaluar si una injerencia en los derechos es compatible con la Convención, es necesario, en particular, establecer las normas de escrutinio aplicables y las circunstancias fácticas pertinentes y sopesar los valores en conflicto. Mis objeciones se refieren en particular a: (i) el estándar de escrutinio establecido por la mayoría; (ii) la base fáctica de la sentencia; (iii) la forma en que se ha abordado el conflicto de valores; y (iv) la evaluación del proceso de toma de decisiones a nivel nacional.

La pregunta que debe responderse no es si las campañas de vacunación sirven a la salud pública, sino si es aceptable según la Convención imponer

sanciones por incumplimiento de la obligación legal de vacunarse. Más concretamente, la cuestión es si el valor añadido que aporta la obligación justifica la restricción a la libertad de elección. Para ello, es necesario demostrar que los valores protegidos en tal sistema superan a los valores afectados. **Es necesario demostrar, en particular, que los beneficios para la sociedad en su conjunto y para sus miembros superan los costes individuales y sociales y justifican el riesgo de sufrir los efectos secundarios de una vacuna. Dado el peso de los valores en juego, tal evaluación requiere datos científicos extremadamente precisos y completos sobre las enfermedades y vacunas que se están considerando. Sin esos datos, todo el ejercicio se vuelve irracional.**

[...]

16. Al evaluar la proporcionalidad de las medidas que restringen los derechos de la Convención, la Corte a veces tiene en cuenta la calidad del proceso nacional de toma de decisiones (ver *Animal Defenders*, citado anteriormente, §§ 113-116; ver también *Budayeva y otros contra Rusia*, núms. 15339/02 y otros 4, § 136, TEDH 2008 (extractos); *Brincat y otros contra Malta*, núms. 60908/11 y otros 4, § 101, 24 de julio de 2014; *Parrillo*, antes citado, § 170; *Garib c. Países Bajos [GC]*, no. 43494/09, § 138, 6 de noviembre de 2017; y *Lekić c. Eslovenia [GC]*, no. 36480/07, §§ 109, 117118, 11 de diciembre de 2018). Los solicitantes señalan numerosas deficiencias en el proceso de toma de decisiones a nivel nacional. Reafirman y respaldan alegaciones fácticas muy precisas hechas en la prensa checa. Alegan, en particular, conflictos de intereses entre las personas involucradas en el proceso de toma de decisiones y que no se han hecho públicos los documentos en los que se basó la evaluación de riesgos de las distintas vacunas.

La mayoría responde con este argumento en el párrafo 297 de la sentencia: “En cuanto a la integridad del proceso de formulación de políticas, el Tribunal observa que, en respuesta al reclamo de los demandantes sobre conflictos de intereses, el Gobierno ha explicado el procedimiento seguido por el NIC, de acuerdo con las normas europeas e internacionales pertinentes (ver párrafo 200).”

Con el debido respeto, el sistema de declaraciones descrito en el párrafo 200, que aparentemente carece de sanciones por hacer declaraciones falsas, es claramente insuficiente. La mayoría argumenta además en el mismo párrafo:

“A la luz de los elementos que tiene ante sí, el Tribunal considera que los demandantes no han fundamentado suficientemente sus alegaciones de que el sistema nacional está contaminado por conflictos de intereses, o su sugerencia de que la posición sobre vacunación adoptada por los órganos de expertos checos pertinentes, o por la OMS, se ve comprometida por el apoyo financiero de las corporaciones farmacéuticas “.

Aquí es precisamente donde radica el problema: muchos ciudadanos ya no confían en las instituciones públicas. No es suficiente que los procesos

de toma de decisiones sean justos: deben percibirse como justos y, por lo tanto, deben existir disposiciones legales de gran alcance para proteger la integridad del proceso y generar confianza pública. La actitud pro elección en el campo de la vacunación refleja un problema más amplio de desconfianza entre los ciudadanos frente a las instituciones democráticas.

Además, observo que no se ha presentado a la Corte ningún documento nacional que contenga una evaluación precisa de la eficacia de las diversas vacunas y los riesgos asociados, como si tal evaluación nunca se hubiera realizado en el Estado demandado o hubiera sido objeto de debate público. Las cuestiones fundamentales enumeradas anteriormente (véase el punto 6 de este votum separatum) parecen no haber sido abordadas en documentos disponibles públicamente relacionados con el proceso de toma de decisiones a nivel nacional. Las personas afectadas por la obligación de vacunar tienen derecho a conocer no solo el riesgo preciso de todas y cada una de las enfermedades, sino también cómo este riesgo fue calculado y evaluado por quienes tomaron la decisión de introducir la obligación de vacunar. Sus legítimas preguntas a este respecto siguen sin una respuesta satisfactoria.

[...]

18. La presente sentencia adolece de determinadas deficiencias procesales. Además, no se han establecido determinados elementos fácticos esenciales. La mayoría expresa juicios de valor sólidos sin una base fáctica suficiente.

En mi opinión, existen sólidos argumentos objetivos a favor de encontrar una no violación de los derechos de la Convención. Estos posibles argumentos habrían prevalecido, al menos con respecto a la mayoría de las enfermedades en cuestión, sobre posibles contraargumentos, incluso si aplicamos un estándar de escrutinio muy estricto y damos crédito a una serie de alegaciones fácticas hechas por los solicitantes. Sin entrar en detalles, basta con señalar aquí que las vacunas salvan numerosas vidas humanas y previenen daños sustanciales a la salud, y también liberan enormes recursos financieros y sociales al reducir los costos en que incurre el sistema de protección de la salud. Estos recursos pueden luego asignarse a salvar vidas amenazadas por otras enfermedades.

Sin embargo, los elementos fácticos precisos en los que se basan estos y muchos otros posibles argumentos a favor de encontrar una no violación faltan en los materiales presentados a la Corte. En estas circunstancias específicas y sin perjuicio de posibles casos futuros relacionados con cuestiones similares, no tengo otra opción que basarme en el principio de verdad formal y constatar que el Gobierno demandado no adujo razones suficientes que pudieran justificar la injerencia denunciada por los demandantes en el presente caso.”

5.1.- Precisiones iniciales

Como ya advertimos en los párrafos inmediatamente anteriores, resulta necesario anticipar alguna precisión terminológica a propósito del empleo del término “vacuna”, y no tanto desde un punto de vista técnico o científico (aspectos estos que para el jurista no revisten interés por sí mismos), sino desde la virtualidad que tiene semejante “nomen” para designar un producto dotado de un conjunto de cualidades, componiendo así un bagaje de predicados positivos en modo alguno indiferentes a la hora de enfrentar con éxito el test de proporcionalidad; instrumento éste inevitable llegado el trance de plantearse la afectación del individual derecho ciudadano a proteger su intimidad e integridad física.

Debemos recordar aquí que el Jurista, aun y cuando no tenga una formación técnica en relación con determinados aspectos, debe emitir su parecer a propósito de cuestiones interferidas o condicionadas por temáticas ajenas a su conocimiento. Ello impone la necesidad de recurrir a expertos capaces de esclarecer determinadas cuestiones. No nos abstraemos de esta necesidad, pero tampoco estamos dispuestos a decantar el criterio jurisdiccional en función de manifestaciones (técnicas) especulativas, ajenas a toda experimentación o fundamento, y menos aún cuando de lo que se trata es de aceptar un sacrificio de un derecho individual de primer nivel.

Entendemos que cualquier control de proporcionalidad encomendado a balancearse entre dos bienes jurídicos debe reconocer una prima al ámbito de certeza (valor singular y genuino del derecho individual), despreciando aquellos sacrificios basados en argumentos especulativos (v.g.: la efectividad “predicada” de un medicamento autorizado por razones de urgencia). Cualquier juicio de valor que otorgara primacía a la especulación por encima de la certeza abrigaría la posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aplicación de una especie inversa de “principio de precaución”, enfoque que podría dar lugar a peligrosas derivadas de las que la Historia proporciona lamentables ejemplos.

En efecto, el conocido como principio de precaución exige asegurar bienes jurídicos reales ante la eventualidad de riesgos previsibles (aun y cuando su manifestación pudiera resultar muy episódica), no siendo aceptable su versión especular, consistente en restringir un derecho fundamental bajo la coartada de eventuales beneficios (sin ni siquiera presentar una prueba que garantice un margen de probabilidad congruente con el sacrificio, como denuncia el voto disidente de Wojtyczek).

Al tiempo, el campo que el Jurista debe respetar a la hora de proyectar sus juicios críticos dentro del ámbito de lo técnico queda restringido a los aspectos que caben considerar alejados de su conocimiento, por quedar claramente situados fuera del campo que comprende el brocardo *iura novit curia*. Ahora bien, ese marco no puede limitarse a recoger un conjunto de normas jurídicas genéricas y específicas, debiendo alcanzar a los otros instrumentos precisos para articular un conjunto normativo completo y consistente. Esos instrumentos auxiliares, no necesariamente contemplados desde la norma positiva, se sostienen en las que conocemos como reglas lógicas de inferencia (o de transformación), que no forman parte del conocimiento jurídico estricto, pero que resultan inevitables para producir razonamientos válidos a partir de aquellos axiomas.

Lo anterior conduce a que, a la hora de recurrir al parecer científico, no deba el Jurista abstraerse de emplear razonamientos de inferencia lógica, comunes tanto al Derecho -en tanto sistema de normas coherente y completo-, como a la Ciencia, entendida esta como aparato teórico sostenido en la realización de pruebas empíricas, destinado a confirmar la repetición de ciertos eventos ante determinadas condiciones.

5.1.1 Acerca del concepto de Vacuna

La OMS define la vacuna¹ como “...cualquier preparación destinada a generar inmunidad contra una enfermedad estimulando la producción de anticuerpos. Puede tratarse, por ejemplo, de una suspensión de microorganismos muertos o atenuados, o de productos o derivados de microorganismos. El método más habitual para administrar las vacunas es la inyección, aunque algunas se administran con un vaporizador nasal u oral.”

La definición recoge una muestra general de todos los elementos farmacológicos diseñados para conseguir una inmunidad contra una enfermedad. Esto es, alude tanto a los preparados clásicos, conformados normalmente por versiones atenuadas del factor infeccioso, como a las nuevas fórmulas ajenas a esa metodología, cuyas manifestaciones habrían sido autorizadas, bajo criterios de urgencia, a finales de 2020.

Recordemos a este punto que las vacunas que hasta ahora venían recibiendo tal nombre basaban su estrategia en propiciar una exposición controlada a un agente infeccioso atenuado -normalmente tras la supresión de su capacidad de réplica-, pretendiendo excitar así la respuesta del sistema inmunitario.

Dentro de las que podríamos considerar ajenas a la fórmula tradicional, se encuentran las vacunas basadas en ácidos nucleicos (ARN/ADN), cuya estrategia consiste en introducir material genético del virus en el huésped (utilizando nanopartículas lipídicas como *carriers*), de manera que éste, a través de sus células, exprese polipéptidos o proteínas presentes en el agente patógeno que, una vez sean presentadas al sistema inmune, generen como respuesta la formación de anticuerpos y, de suyo, la inmunidad frente al virus. La primera vacuna de estas características aprobada para su uso ha sido la sintetizada por los laboratorios Pfizer-Biontech, y como todo el mundo sabe, esa autorización data de finales de 2020. Las vacunas de Moderna (USA) y CureVac (Alemania) se basan en esta tecnología.

Otro tipo de vacunas ajenas a la fórmula tradicional de virus atenuado serían las basadas en vectores virales, cuya estrategia es conseguir, mediante edición génica, un virus *carrier* (generalmente un Adenovirus) diseñado para transportar la secuencia que codifica para la proteína S del SARS-CoV-2, de manera que se desencadene una respuesta inmunitaria ante el virus. Las vacunas de Astra Zeneca (Reino Unido), Sputnik V (Rusia), Janssen (Bélgica/USA) y Ad5nCoV (China) se

1. <https://www.who.int/topics/vaccines/es/>

basarían en este método de inmunización.

A diferencia de los dos tipos de vacunas anteriores, los modelos basados en subunidades proteicas o de antígeno específico, no introducen en el receptor de la vacuna ningún agente viral (ya sea el propio agente infeccioso inactivado o atenuado, o un *carrier* con antígeno en su superficie) contra el que generar inmunidad, sino que utilizan algunos componentes antigénicos que son los que desencadenan la respuesta inmune de memoria. Normalmente, estos componentes antigénicos son proteínas del patógeno. Serían las vacunas de Novavax (USA), Soberana 02 y Abdala (Cuba) y la vacuna recombinante CHO cell (China), las basadas en este principio.

A pesar de la novedad, la OMS ha decidido incluir en su definición de vacuna tanto “*los preparados basados en la suspensión de microorganismos muertos o atenuados*” (que definía a la panoplia de vacunas existentes hasta 2020), como los “*productos o derivados de microorganismos*”, categoría en la que cabe encuadrar los fármacos que incorporan la secuencia genética, y cuya trayectoria como elementos capaces de generar inmunidad en términos de seguridad está aún por descubrir.

Como hemos indicado esta neo-vacuna de ARN mensajero presenta como principal característica la de no inocular virus en el cuerpo del paciente, limitándose a vehicular dentro de un elemento (adenovirus o liposoma) la información suficiente para que el sistema inmunitario desarrolle una respuesta capaz de contener la enfermedad.

Lo anterior debería bastar para evitar atribuir a estos nuevos productos -basados en la transferencia de antígenos específicos y/o material genético específico (ARN mensajero o vector viral) - “ARN mensajero”- el predicado exitoso que, tras años y de ensayos y errores, merecen las que conocemos como vacunas tradicionales (gracias a una experiencia clínica que data de finales del siglo XVIII). En otros términos, no existe ninguna razón para atribuir a estos nuevos preparados cualidades propias de las vacunas históricas, toda vez que semejantes atributos tienen su sustento en dos predicados que la Ciencia y, sobre todo, el tiempo deben sostener. Nos estamos refiriendo a su *eficiencia* y a su *seguridad*.

Cuando hablamos de *eficiencia* nos estamos refiriendo a la capacidad de un preparado clínico para cumplir con sus objetivos. Esta eficiencia se determina de la mano de dos términos distintos considerando las condiciones en las cuales es administrado². Hablaremos de “efectividad” una vez el fármaco, tras superar las fases de investigación pertinentes, ha sido comercializado y se pauta a sus eventuales destinatarios. Esa efectividad queda determinada, por tanto, por los resultados derivados de su administración al público en general, lo que exige el trascurso de un periodo de tiempo suficiente para proporcionar datos estadísticos suficientes. No podemos confundir dicha *efectividad* con la *eficacia* del fármaco, al limitarse este predicado a medir los resultados obtenidos en las diversas fases de los ensayos clínicos, contexto en el que, normalmente, se utilizan individuos en unas condicio-

2. Borrás, Domínguez y Salleras, *Evaluación de la efectividad de los programas de vacunación*, Gaceta Sanitaria 25/2011.

nes clínicas seleccionadas que, como es natural, no responden a todos los perfiles existentes en la población.

Ello conduce a una confusión bastante frecuente, que pasa por comparar la “eficacia” de los fármacos COVID-19³, con la “efectividad” de las vacunas tradicionales, forjada tras un buen número de años de uso comercial. Como resulta obvio, los porcentajes de eficacia siempre serán mayores que los de efectividad, toda vez que los primeros resultan de la investigación en ensayo sobre cohortes de individuos “sanos”, mientras que los segundos se proyectan sobre el público en general (sin posibilidad de discriminar). No exageraremos al afirmar que las comparaciones poco escrupulosas entre ambos conceptos, algo que en modo alguno resulta inusual, resulta tan improcedente como sospechosa.

Asimismo, cuando hablamos de “seguridad” nos referimos a los efectos secundarios, tanto inmediatos como a medio y largo plazo, de un fármaco. Ni que decir tiene que este contexto viene determinado por periodos de observación prolongados, responsables de diferir por espacio de 10 o 15 años el periodo de investigación propio de las que conocemos como vacunas tradicionales⁴.

Simplemente, el hecho de tener en cuenta estos dos marcos de análisis determina una línea de demarcación suficientemente expresiva como para desautorizar la malversación conceptual que los medios de comunicación hacen del término *vacuna*, extendiendo esta “prestigiada” nominación a los productos hoy autorizados en la UE para sostener la estrategia de contención epidemiológica (vacunas ARN mensajero). Esta malversación recurre a una obvia sinécdoque (fórmula que confunde el todo con una parte), sostenida en que tanto las denominadas vacunas ARN como las tradicionales comparten su vocación de intentar asegurar la respuesta inmune del organismo frente a determinado elemento patógeno (esto es lo que nos dice la definición que presenta la OMS). Ahora bien, tal coincidencia funcional (y parcial) no puede llevar a las primeras a gozar del prestigio propio de las segundas -basado no tanto en su finalidad o propósito-, cuanto en las ya indicadas credenciales de efectividad y seguridad que únicamente las tradicionales pueden exhibir hoy.

3. Unico atributo que estos pueden hacer valer, al limitarse la experiencia a ensayos clínicos y a un periodo de tiempo muy limitado de administración en condiciones normales.

4. Se puede evaluar la seguridad de una vacuna atendiendo a tres puntos clave de su desarrollo: el primero de ellos sería el estudio de la respuesta inmune que provoca esta vacuna, con el fin de corroborar que la respuesta inmune de memoria provocada es la idónea para combatir al patógeno en cuestión; el segundo sería el control de calidad en la producción a nivel industrial, para garantizar que cada lote contiene únicamente los componentes de la vacuna y ningún contaminante que pueda resultar peligroso; el tercer punto es el seguimiento o monitorización de las personas vacunadas en los ensayos clínicos y una vez haya salido el producto al mercado, para detectar posibles efectos adversos y, en función de su severidad, juzgar si este modelo vacunal es el adecuado ([Knipe et al. 2020](#)).

5.2.- El proceso de producción de la vacuna. Interferencia con los predicados de seguridad y eficiencia

En el presente epígrafe nos proponemos establecer cuáles son los requisitos usualmente exigidos para la aprobación de un medicamento y, particularmente, los que se han venido exigiendo para poner en circulación una vacuna. Descrito lo anterior, nos proponemos hacer una somera presentación de los cuatro medicamentos aprobados por la UE, describiendo en términos inteligibles y esquemáticos la metodología empleada para acreditar su seguridad y efectividad.

Finalmente, repararemos en la estrategia asumida por la Unión Europea para permitir la comercialización de los productos elaborados por distintos laboratorios para la contención de la COVID 19. No está de más insistir en que una decisión de urgencia no puede menos que incidir fatalmente en la capacidad de cualquier fármaco para cumplir con los presupuestos tradicionales que venimos haciendo continua alusión.

Todos estos elementos se presentan con la intención de entrar en diálogo con el marco exigido por la STDH para admitir soluciones jurídicas de orden coactivo.

5.2.1.- Aspectos generales del proceso de autorización ordinario de la vacuna

Utilizaremos en este epígrafe el trabajo elaborado por Borrás, Domínguez y Salles⁵, publicado en 2011 y ajeno, por tanto, a las circunstancias actuales. A tenor del referido estudio, las etapas genuinas para el desarrollo y evaluación de una vacuna comprenden las siguientes fases:

- *Fase de Ciencia básica: se realizan investigaciones preliminares sobre la vacuna de laboratorio, su necesidad como técnica preventiva y la factibilidad de aplicación en la población de riesgo.*
- *Fase de Ciencia postbásica: se desarrollan la vacuna y los procedimientos de fabricación.*
- *Fase de ensayos pre-clínicos en modelos animales: evalúan la seguridad, la toxicidad y la inmunidad en animales de experimentación.*
- *Estudios clínicos en fase I: evalúan la seguridad, la tolerabilidad y la inmunogenicidad de la vacuna en voluntarios humanos no inmunes en áreas no endémicas.*

5. https://www.researchgate.net/publication/251535435_Evaluacion_de_la_efectividad_de_los_programas_de_vacunacion

- *Estudios clínicos en fase II: con ello se realiza el seguimiento de la seguridad y la tolerabilidad en un número mayor de individuos (fase IIa), y se valora preliminarmente la eficacia protectora (fase IIb).*
- *Estudios clínicos en fase III (ensayos clínicos controlados): se evalúa la eficacia protectora en un área endémica.*
- *Estudios en fase IV: se evalúa la efectividad y seguridad después de haber sido autorizada la vacuna.*

Por lo que a nosotros interesa, conviene incluir dentro de este ensayo el siguiente párrafo, también extraído de aquel artículo científico: “Los **ensayos clínicos controlados** forman parte de los ensayos clínicos de fase III antes de la comercialización de una vacuna, y permiten determinar la eficacia vacunal. **Con anterioridad, las vacunas experimentadas en animales habrán confirmado su seguridad, tolerabilidad y en un número pequeño de voluntarios humanos no inmunes** (estudios clínicos de fase I); y **habrán mostrado en un mayor número de individuos su seguridad y tolerabilidad** (estudios clínicos de fase IIa), y una eficacia protectora preliminar (fase IIb).”

Asimismo, este mismo estudio científico describe la metodología habitual propia de los **estudios en fase III**, que son los que han venido siendo presentados desde noviembre de 2020 por distintos laboratorios, al propósito de comunicar los porcentajes de *eficacia* de sus productos (entendida, recordemos, como la propia del fármaco en el contexto del ensayo). Así, los autores indican que los pasos para realizar un ensayo clínico (fase III) son los siguientes:

- 1.- *Selección de los sujetos participantes según los criterios de inclusión y exclusión, previamente formulados para responder al objetivo del estudio. Los criterios de exclusión se establece aspectos éticos y siguiendo el **principio de no maleficencia**, por lo que no deben incluirse posibles participantes con alto riesgo de presentar eventos adversos, ni para mejorar la viabilidad del estudio.*
- 2.- *Determinación de las variables basales: a medida que se van reclutando los sujetos deben medirse las variables relevantes, especialmente las que pueden ser variables de confusión o influir en la implementación posterior de la vacuna.*
- 3.- *Aleatorización: consiste en asignar, de forma aleatoria, los participantes a dos o más grupos de intervención. En esta etapa será necesario comprobar que las variables productoras del resultado presentan una distribución similar entre los dos grupos de estudio.*
- 4.- *Aplicación de la intervención: en primer lugar, la intervención debe ser enmascarada. El enmascaramiento puede ser siempre ciego, cuando el paciente desconoce el grupo de intervención al cual ha sido asignado; doble ciego, cuando los sujetos participantes y los investigadores ignoran el grupo*

a que han sido asignados los pacientes, y triple ciego, cuando la persona que realiza el análisis estadístico tampoco sabe si se trata de un sujeto que ha recibido la intervención o no. En el grupo control es preferible administrar otra vacuna otra intervención eficaz; la utilización de placebo debe justificarse explícitamente. En caso de no realizar enmascaramiento, el ensayo se dice que se abierto o no ciego.

5.- Seguimiento de las cohortes: su finalidad es evitar la pérdida de participantes en el transcurso del estudio, y asegurarse de que reciben las dosis establecidas.

6.- Medición de las variables de resultado.

7.- Análisis de los datos.

Para cerrar este pequeño resumen procede que establezcamos el heurístico matemático para determinar los porcentajes de eficacia resultantes de un ensayo clínico.

Imaginemos dos cohortes de individuos con perfiles equivalentes (edad, estado de salud...); supongamos que ambas están compuestas por 1000 individuos. Al primer grupo se le administra el fármaco, mientras que al otro, denominado grupo de control, le corresponde el placebo. La eficacia de la vacuna se correspondería con esta fórmula:

$$\frac{\text{Incidencia No vacunados} - \text{Incidencia vacunados}}{\text{Incidencia No vacunados}} \cdot 100$$

Si tras una eventual exposición al virus se producen contagios en 100 individuos vacunados y en 700 individuos pertenecientes al grupo de control, las operaciones aritméticas revelan estos resultados:

$$\text{Incidencia}_{\text{NV}}: (700/1000) \times 100 = 70\%$$

$$\text{Incidencia}_{\text{V}}: (100/1000) \times 100 = 10\%$$

La diferencia entre estos porcentajes nos proporciona lo que se denomina riesgo relativo (70-10), que en nuestro caso es de 60 puntos. Por lo tanto, la eficacia de la vacuna depende de dividir el riesgo relativo entre el porcentaje de afectados, multiplicando el cociente por 100:

$$(60/70) \times 100 = 85,71\%.$$

En el caso de que el fármaco hubiera impedido el contagio en el grupo vacunado, la fórmula generaría un porcentaje de eficacia del 100%. Tal que:

$$\text{Incidencia}_{\text{NV}} 70\%. \text{Incidencia}_{\text{V}} 0\%:$$

El riesgo relativo sería de 70 (70- 0), cifra que tenemos de dividir por el riesgo del grupo de control (70), lo que produce un cociente de 1. Esta cifra debe multiplicarse por 100, generándose ese deseable 100%.

Imaginemos, a la inversa, que el grupo vacunado hubiera generado los mismos contagios que el grupo de control. En este caso el riesgo relativo sería igual a cero (70-70), con lo que el porcentaje de eficacia no podría ser distinto a esa cifra.

Lo dicho hasta ahora permite anticipar dos órdenes de cuestiones en relación con lo que hemos denominado predicados de *seguridad* y *eficiencia*, en tanto cualidades normalmente atribuidas a las vacunas tradicionales, y que tanta trascendencia tuvieron en la decisión del TEDH en la sentencia que aquí comentamos.

Por lo que se refiere al ámbito de la “seguridad”. No hace falta disponer de conocimientos básicos dentro del área epidemiológica para deducir a partir de lo dicho que el paso a la fase III (**ensayo clínico controlado**) requiere la previa superación de una crucial fase de **ensayo preclínico**, destinada a comprobar la seguridad y tolerabilidad del fármaco. Este ensayo preclínico se realiza en modelos animales, procedimiento que asegura un estudio de los efectos a medio y largo plazo que pudieran darse en humanos, aprovechando la ventaja que supone hacer pruebas sobre un metabolismo más acelerado, el propio de los modelos escogidos, cuyo inferior ciclo vital permitirá descubrir en un tiempo relativamente corto potenciales efectos secundarios de aparición no inmediata. En definitiva, la exclusión de esos ensayos pre-clínicos afecta fatalmente al predicado de *seguridad* que pueden ostentar las vacunas tradicionales con años de presencia en el *vademecum*.

En efecto, la necesidad de realizar los citados ensayos animales, así como la de diferir la comercialización del fármaco por espacio de 10 a 15 años, no tiene otra justificación que la de apuntalar la seguridad del fármaco. La negativa incidencia que sobre los laboratorios tiene el someterse a esos plazos⁶ da cuenta del carácter crucial de dicho requisito, prácticamente constitutivo para la caracterización del fármaco como instrumento susceptible de generalizar su pauta en el mercado.

Reparemos ahora en el predicado de eficiencia. En este contexto debemos ponderar la relación existente entre los criterios de selección de las cohortes expuestas al estudio clínico en fase 3 y los porcentajes de eficacia expuestos por cada uno de los laboratorios contratados por la UE. En efecto, la necesidad de aplicar el *principio de no maleficencia (por lo que no deben incluirse posibles participantes con alto riesgo de presentar eventos adversos)*, ha podido determinar grupos compuestos por individuos cuyas circunstancias biomédicas pudieran alejarse de forma sensible de aquellas personas que habrían sufrido los peores efectos de la pandemia.

Esto es, en un contexto condicionado por una infección que mayoritariamente genera pacientes asintomáticos, normalmente situados en una franja de edad comprendida entre los 0 y los 65 años, estando su tasa de letalidad (porcentaje de muertes entre contagiados) concentrada en colectivos que superan esa edad, lógico será poner en entredicho los porcentajes de eficacia obtenidos a base de

6. Lo que determina el transcurso de un periodo de tiempo considerable entre el momento en el que se produce la inversión inicial y la cristalización del eventual beneficio.

ensayos en los que, en mérito al indicado principio de no maleficencia, no tomaron parte (esencial) aquellas personas asimilables a las que habrían desarrollado los peores síntomas (mayores con patologías respiratorias previas). Este punto de partida afecta de forma nuclear a las especulaciones acerca de la real efectividad del fármaco y, por lo tanto, a su capacidad para incidir en el sacrificio del derecho individual.

5.2.2.- Fases para la producción de las vacunas aprobadas para la UE. Biontech, Moderna, Astrazaneca y Janssen. Datos sobre su eficacia en ensayos de fase III

Tomando como referencia la información existente en la red (hemos manejado la publicada por el Comité asesor de vacunas de la Asociación Española de Pediatría⁷) podemos presentar una serie de datos relativos a las fases cumplimentadas por cada uno de los laboratorios fabricantes de los fármacos autorizados, con carácter de urgencia, por la Agencia Europea del Medicamento (EMA).

Habiendo presentado en epígrafes precedentes tanto las distintas fases que comprende el estudio clínico del medicamento, como la fórmula matemática que define su eficacia dentro del ensayo, estamos en condiciones de obtener elementos de juicio capaces de sostener si, en la actualidad y a salvo de vaticinios complacientes (ya sean los propios de las entidades comercializadoras o los alentados desde un comprensible afán en superar la actual situación), es riguroso y aceptable proyectar sobre la farmacopea COVID-19 los presupuestos de seguridad y eficiencia que la experiencia científica reconoce a las tradicionales vacunas (sobre las que se detuvo el examen que se contiene en la STDH que aquí analizamos).

Como última anotación antes de reseñar los datos que a continuación se incorporan, debe insistirse, una vez más, en que las autorizaciones emitidas -tanto por la Agencia europea del medicamento (EMA) como por la FDA norteamericana- con respecto a los fármacos que aquí describimos lo fueron con carácter de urgencia⁸. Debe puntualizarse que, aunque esa autorización quede liberada de los habituales requisitos y haya de basarse inicialmente en la información remitida por los propios laboratorios, resulta absolutamente inevitable el despliegue -tal y como indica la FDA- de un aparato orientado a monitorizar de forma continuada de cada uno de los fármacos, ello en aras a asegurar, en la medida de lo posible, la satisfacción de los objetivos de seguridad y eficiencia exigibles en condiciones normales, dependientes de periodos de observación incompatibles con la estrategia de urgencia elegida.

7. Los vínculos electrónicos se incorporan como notas a pie.

8. <https://www.fda.gov/vaccines-blood-biologics/vaccines/explicacion-de-la-autorizacion-de-uso-de-emergencia-para-las-vacunas>

a) BIONTECH PFIZER

A tenor de la documentación manejada⁹, el preparado de BF (BNT162B2, nombre comercial *Comirnaty*) se corresponde con las conocidas como vacunas de ARN mensajero. Como ya hemos anticipado, pretenden inocular en el organismo nanopartículas lipídicas (liposomas), a modo de vector para la incorporación a la célula de la proteína S (Spike o espiga¹⁰) codificada del SARS COVID-19. Esa proteína es la que permitiría a la célula identificar la infección una vez esta se produzca sobre un individuo ya tratado.

Los ensayos se realizaron entre agosto y noviembre 2020. La selección de participantes incluyó a personas de edad igual o superior a 16 años, correspondiendo el 41% a personas comprendidas entre los 56 y los 85 años.

El número definitivo de participantes fue de 43.661. Los resultados obtenidos se resumen como sigue:

- Resultados: a) 170 casos, 162 en el grupo placebo y 8 en el de vacuna, a los 28 días, una semana después de la 2.^a dosis; b) Eficacia vacunal 95 % ($p < 0,0001$), en ≥ 65 años EV 94 %; c) Casos graves: 10 en el grupo de placebo y uno en el de vacuna.
-
- Seguridad: a) No efectos adversos graves; b) Efectos adversos leves-moderados: cefalea 2 % y fatiga 3,8 %.
-

Finalmente, y a propósito de la duda sobre si la persona vacunada pudiera transmitir a otras el virus, el prospecto aprobado por la EMA¹¹ (Agencia europea del medicamento), indica:

*The impact of vaccination with Comirnaty on the spread of the SARS-CoV-2 virus in the community is not yet known. It is not yet known how much vaccinated people may still be able to carry and spread the virus.*¹²

9. <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/covid-vacunas-ARN-BNT162b2-BioNTech-Pfizer>

10. <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/different-vaccines/mrna.html>

11. <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/comirnaty>

12. *Aún no se conoce el impacto de la vacunación con Comirnaty en la propagación del virus SARS-CoV-2 en la comunidad. Aún no se sabe cuántas personas vacunadas pueden portar y propagar el virus.*

b) MODERNA

El producto preparado por Moderna¹³ (MRNA-1273, nombre comercial *COVID-19 Vaccine Moderna*) se basa al igual que *Comirnaty* en la tecnología conocida como ARN mensajero.

Sus ensayos se realizaron en noviembre 2020. La selección de individuos incluyó a personas de edad igual o superior a 18 años.

El número definitivo de participantes fue de 30.000. Entre ellos había más de 7000 ≥65 años y más de 5000 <65 años con enfermedades crónicas. Los resultados obtenidos se resumen así:

- a) 95 casos (a partir de 2 semanas después de la 2.^a dosis): 90 en el grupo del placebo y 5 en el grupo de vacuna; Efectividad vacunal estimada 94,5 % ($p < 0,0001$); 11 casos enfermedad grave en el grupo placebo y ninguno en el grupo de vacuna.
- Seguridad: a) No efectos adversos graves; b) Mialgias 8,9 %, fatiga 9,7 %.

Nuevamente, y a propósito de la duda sobre si la persona vacunada pudiera transmitir a otras el virus, el prospecto aprobado por la EMA¹⁴ contiene la misma reserva incluida en el emitido a propósito de *Cominarty* (Pfizer-Biontech).

c) ASTRAZENECA

Este producto¹⁵ (ChAdOx1-AZD1222, nombre comercial *Vaxzevria*) utiliza lo que más arriba hemos denominado vectores recombinantes. Esto es, la información genética del virus SARS COVID-19 (proteína Spike) no va incluida en un liposoma sino en un virus (adenovirus de chimpancé) al que se le ha reducido su capacidad de réplica (y con ello la posibilidad de su reproducción en el organismo receptor).

Los ensayos se realizaron entre septiembre y noviembre de 2020. La selección de participantes incluyó a personas de edad igual o superior a 18 años.

El número definitivo de participantes fue de 24.000. Sus resultados fueron:

13. <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/covid-vacunas-ARN-BNT162b2-BioNTech-Pfizer>

14. https://www.ema.europa.eu/en/documents/overview/covid-19-vaccine-moderna-epar-medicine-overview_es.pdf

15. <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/covid-vacunas-vector-viral-ChAdOx1-Oxford-AstraZeneca>

- Resultados: a) 131 casos en ambos estudios; b) Eficacia vacunal: 62 % con 2 dosis completas, 90 % con media dosis inicial y segunda completa; EV combinada 70 % (p<0,0001).
- Seguridad: a) No efectos adversos graves.

Debe constar, no obstante, la notificación de un caso de mielitis transversa, factor que motivó la suspensión temporal del estudio en septiembre.

No se dispone de documento alguno que descarte la posibilidad de que el vacunado con este fármaco transmita a otros la enfermedad.

d) JANSSEN

Este producto¹⁶ opera bajo el mismo principio que el preparado fabricado por ASTRAZENECA, si bien el vector ya no es un adenovirus de chimpancé sino uno humano, al que se le habría suprimido, como en el anterior caso, su capacidad para replicarse. Su nombre comercial es el de *Janssen Ad26 COV2*.

El número definitivo de participantes (mayores todos de 18 años) fue de 43.783 (21.895 vacunados y 21.888 en el grupo de control). Entre los vacunados habría un 19,5% ≥65 años y un 3,7% ≥ 75 años. Estos son los resultados ofrecidos por el laboratorio:

| Eficacia clínica (casos en grupo de vacuna / casos en grupo de placebo) | | |
|---|---|---|
| | A 14 días | A 28 días |
| Enfermedad moderada-grave | 67 % (116/348) | 66,1 % (66/193) 72 % en EE. UU., 66 % en América Latina, y 57 % en Suráfrica donde la variante B.1.351 es predominante |
| Enfermedad grave | 77 % (14/60) | 85 % (5/34) |
| Hospitalización | 93,1 % (2/29) (IC 95 %: 71,1-98,4 %) | 100 % (0/16) (74m3-100 %) |
| Muerte | 75 % (0/7) (33,4-90,6 %) | |
| Infección asintomática | 74,2 % (0,7% / 2,8 %) (IC 95 %: 47,1-88,6 %) a los 71 días de la vacunación | |

16 <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/covid-vacuna-Janssen-aprobada-FDA>

Se trata de la última de las cuatro vacunas autorizadas, pero tal y como sucede con las anteriores, no existe documento alguno que avale la contención de la transmisibilidad desde el vacunado al no vacunado.

5.3.- La estrategia europea. La comunicación CE de 17-6-2020

Adoptada la decisión de que la única respuesta a la contención de la COVID-19 pasaba por la conformación de una vacuna, la Comisión Europea (CE) elaboraría un documento el 17 de junio de 2020 en el que se resume la estrategia que impone el recurso a esos fármacos¹⁷. Dicho documento contiene en su parte expositiva un sugerente epígrafe que lleva por título *Es necesario actuar urgentemente*, de cuyo contenido debe destacarse lo que sigue:

La pandemia COVID-19 está ocasionando enormes costes humanos y económicos resto del mundo. Es muy probable que la solución definitiva a esta crisis pase por el desarrollo y despliegue de una vacuna efectiva y segura contra el virus.

La magnitud de la crisis justifica un apremio sin precedentes: cada mes que se gane en el despegue de la vacuna permitirá salvar muchas vidas, muchos puestos de trabajo y muchos miles de millones de euros.

Precisamente la urgencia con la que es necesario una vacuna contra la COVID-19 hace su búsqueda particularmente difícil. El desarrollo de una vacuna suele llevar más de 10 años.

Esto se debe a que una vacuna segura y efectiva solo se logra todo es un proceso muy complejo. Gran parte de las vacunas experimentales es descartada durante los ensayos clínicos. En circunstancias normales, las empresas supeditan las inversiones en capacidad de producción a la probabilidad de obtener una vacuna de probada eficacia a partir de la fase de desarrollo, que cumpla estrictas normas de calidad, seguridad y eficacia necesarias para ser autorizada y que sea viable en función de las previsiones de la demanda disponibles. Ello explica lo dilatado de los periodos de desarrollo y producción.

Por desgracia, la vacuna contra la COVID-19 se necesita con mucha más urgencia. En esta crisis están trabajando equipos de todo el mundo con la ambición de obtener una vacuna eficaz en el plazo de entre 12 y 18 meses. Además, una vez disponible la vacuna, será necesario producir cientos, incluso miles de millones de dosis para hacer frente a las necesidades mundiales sin comprometer la producción de otras vacunas esenciales.

Culminar tal empresa en un plazo tan apremiante requiere realizar ensayos clínicos al mismo tiempo que se invierte en capacidad de producción y se

17. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0245&from=EN>

trabaja para asegurar el suministro de las materias primas, de modo que la producción puede iniciarse tan pronto como concluida los ensayos, sino antes. La necesidad de obtener resultados rápidamente, los elevados costes iniciales y la alta tasa de fracaso hacen de la inversión en la vacuna de la COVID-19 una decisión de alto riesgo para los desarrolladores de vacunas.

El texto es lo suficientemente explícito como para no hacer más precisiones. Baste con indicar que la Comisión admite expresamente ser concedora de la obvia relación entre el periodo de maduración del fármaco, cuya duración en el tiempo viene justificada por la satisfacción de las fases descritas en el apartado precedente, y los que aquí llamamos predicados de eficiencia y seguridad. No obstante, dadas las circunstancias descritas, se opta por reducir aquellos plazos en una medida considerable (un 90%), ello a causa de los efectos que la pandemia produce, tanto en términos de vidas humanas como en los estrictamente económicos.

Con este presupuesto, la citada estrategia articula una serie de medidas que cabría articular en torno a dos frentes. Por un lado, se pretende que las empresas dispuestas a elaborar fármacos dispongan de una línea de financiación suficiente para estimular el proceso de búsqueda, aún y cuando no se consiga un resultado apto para su comercialización; y por otro, se flexibiliza el proceso regulador para autorizar su uso.

En definitiva, la pandemia justifica, a juicio de la Comisión Europea, la supresión de las barreras tradicionalmente dispuestas para la comercialización de medicamentos. Una maniobra de considerable riesgo cuando la administración de aquellos pretende generalizarse al completo de la ciudadanía. No hace falta añadir que la Unión Europea habría admitido la condición establecida por los laboratorios farmacológicos de eludir cualquier tipo de responsabilidad por la fabricación de estos productos, debiendo los Estados soportar las eventuales acciones de responsabilidad debidas a secundarismos imprevistos. A este particular, el art. 6 del Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19¹⁸, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020, establece:

El presente Acuerdo regula exclusivamente el reparto de la posible responsabilidad e indemnidades entre la Comisión y los Estados miembros participantes. En cambio, no regula el alcance o las condiciones con arreglo a las cuales la posible responsabilidad del fabricante de vacunas debe asumirse o ser objeto de exoneración conforme a los APA.

La Comisión será responsable únicamente del proceso de contratación pública y la conclusión de los APA, incluida la responsabilidad que se derive del desarrollo de las negociaciones.

Los Estados miembros participantes que adquieran una vacuna serán

18. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9132c

responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve dicho uso y distribución. Lo anterior se hará extensible a la exoneración de los fabricantes de vacunas en virtud de los términos y condiciones del APA pertinente por la responsabilidad derivada del uso y de la distribución de las vacunas que habitualmente asume dicho fabricante.

Finalmente, dentro de estas medidas, se considera necesario aprobar una normativa de urgencia por la vía del Reglamento, destinada a establecer excepciones temporales sobre la normativa vigente en Europa en relación con organismos modificados genéticamente (Directiva 2001/20/CE). Esta normativa está contenida en el Reglamento UE 2020/1043 de 15-7-2020, cuyo tenor excepciona algunas de las exigencias habituales dentro del proceso de elaboración de medicamentos para uso humano, y especialmente de los que contienen estos OMG¹⁹. Las intenciones de este estudio hacen ocioso un estudio en profundidad de sus contenidos.

6. LA LEY 8/2021 DE LA CA DE GALICIA. UN INTENTO PIONERO PARA IMPONER LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA

Pese a las comprensibles manifestaciones hechas por el Consejero del ramo y el Presidente de su autonomía²⁰, la Ley Galicia 8/2021 (DOG 26-2-2021) plantea la vacunación obligatoria en determinados casos (perfectamente asimilables con el escenario COVID-19).

Su artículo 38 incorpora en su apartado segundo, letra b), regla 5ª esta prescripción:

2. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en la [Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública](#), al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando así lo exigiesen razones sanitarias de urgencia o necesidad:

[...]

b) A fin de controlar las enfermedades transmisibles, además de realizar

19. [Texto Reglamento UE 2020/1043](#)

20. https://www.consalud.es/autonomias/galicia/galicia-responde-moncloa-defiende-ley-salud-constitucional_94604_102.html

las acciones preventivas generales y de la posible adopción de las medidas preventivas previstas en el número 1 de este precepto, podrán adoptar las medidas oportunas para el control de las personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas y del ambiente inmediato, así como las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. En particular, podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas:

[...]

5ª) Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas.

A tenor de la esta misma norma, la eventual adopción de estas medidas habrá de ajustarse a los siguientes requisitos (art. 38 ter):

3. En el caso particular de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas, el requisito de proporcionalidad previsto en el apartado anterior exigirá que:

1º) Las medidas sean adecuadas, en el sentido de útiles para conseguir el fin propuesto de protección de la salud pública.

2º) Las medidas sean necesarias, en el sentido de que no exista otra medida alternativa menos gravosa para la consecución de dicho fin con igual eficacia.

3º) Las medidas sean ponderadas o equilibradas por derivarse de las mismas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en atención a la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales y libertades públicas y las circunstancias personales de quienes la sufren.

En la motivación de las medidas se justificará de forma expresa su proporcionalidad en los términos indicados.

Además, la adopción de estas medidas requerirá la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable.

Finalmente, dentro del capítulo de sanciones, el art. 41 bis considera infracción leve:

d) La negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la presente ley, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa transmisible, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población.

La infracción leve traería como consecuencia la imposición de una sanción dentro de este abanico (art. 44):

2. Las infracciones sanitarias tipificadas en los artículos 41, 42 y 43 serán sancionadas con multas, conforme a la graduación siguiente:

a) Infracciones leves:

- Grado mínimo: hasta 601,01 euros.
- Grado medio: de 601,02 a 1.803,04 euros.
- Grado máximo: de 1.803,05 a 3.005,06 euros.

A la luz de los indicados preceptos, resulta patente la intención del legislador gallego de imponer la vacunación obligatoria bajo el pretexto de “razones sanitarias de urgencia o necesidad”, defendiendo aquel propósito mediante la imposición de sanciones que pueden ir desde los 601,01 a los 3005,06 euros.

Dado el sensible carácter de los bienes jurídicos afectados por la ley autonómica, se afana su artículo 38 ter en parapetarse tras los presupuestos habitualmente exigidos para autorizar intromisiones ilegítimas, apuntando a la tríada conformada por la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad. Se cierra este capítulo de garantías estableciendo la necesidad de la implicación del juez en la toma de estas decisiones. No obstante, los términos de la ley no dejan claro si habrá de ser el juzgador el que materialice la obligación vacunal. Resultaría razonable que ello fuera así; en otro caso no se entiende bajo qué parámetros habrá de operar la necesaria garantía judicial a que alude el artículo 38 ter, 3 de la Ley.

La combinación de determinados factores ambientales (el hecho actual de la pandemia, así como el emplazamiento en esas tierras de una planta destinada a fabricar vacunas frente a la COVID-19²¹) no ayuda a descartar, tal y como pretende el propio Presidente de la autonomía, la obvia intención del texto. Incluso, las propias manifestaciones del citado habrían llegado a reconocer que las previsiones contenidas en la Ley Ga 8/2021 a propósito de la obligación vacunal no presentan validez hasta que se promulgue una Ley orgánica que la imponga (algo con lo que no se muestra de acuerdo, afortunadamente, el Gobierno de la nación). Según el presidente gallego, los contenidos relativos a la imposición vacunal quedarían en suspenso a la espera del aval que pudieran dar a esta solución la normativa estatal, en lo que constituye una maniobra esencialmente política, de presión a los poderes centrales, ajena a toda lógica competencial. En cualquier caso, semejante reconocimiento no hace sino aceptar, de forma expresa, la clamorosa extralimi-

21. <https://zendal.com/tag/fabricacion-vacunas/>

tación de su poder legislativo -así como de su Gobierno- a la hora de aprobar un texto fatalmente enfrentado a la CE 1978.

7. VEINTE CONCLUSIONES PRIMITIVAS...

De todo lo recogido procede extraer una serie de conclusiones que consideramos primitivas, por derivar, de forma inmediata, de los elementos tratados en las páginas anteriores.

1^a El TEDH ha afirmado que la imposición, directa o indirecta, de un tratamiento médico comporta una afección al derecho individual a la vida privada ex art. 8 CEDH.

2^a El TEDH admite la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, resulte proporcional el establecimiento de un aparato sancionatorio orientado a generalizar la administración de determinados medicamentos, haciendo singular alusión a las vacunas contempladas por la normativa checa.

3^a Estas circunstancias parten del reconocimiento a los estados de un cierto margen de maniobra, al que apelar en un contexto de necesidades sociales apremiantes.

4^a La exigencia de una necesidad social apremiante puede satisfacerse con el objetivo de asegurar una inmunidad colectiva en aquellos casos en los que el recurso a la vacunación voluntaria no se considere suficiente.

5^a Al anterior planteamiento básico le debe acompañar el consabido test de proporcionalidad. Lo que, en nuestro caso, reclama contemplar las condiciones operativas del medicamento, así como el sacrificio que éste proyecta sobre la población.

6^a En lo que respecta a las condiciones operativas del medicamento, el Tribunal puso de manifiesto que la obligación de vacunación sometida a su estudio se refería 10 enfermedades frente a las que existía un tratamiento vacunal históricamente acreditado por la comunidad científica.

7^a Asimismo, el Tribunal quiso poner de manifiesto la existencia de un riesgo muy improbable de salud para la persona, destacando así la importancia estratégica del predicado de seguridad exigible al medicamento.

8^a Por lo que hace a las justificaciones para admitir el sacrificio impuesto en el marco de las políticas coactivas sometidas a su escrutinio, el Tribunal valora que la multa administrativa impuesta no resulte excesiva; añadiendo a ello un no más que remoto riesgo de padecer efectos secundarios.

9^a En función de lo anterior, el TEDH ha avalado la posibilidad de imponer sanciones a aquellas personas que habrían rechazado la administración a sus hijos de una serie de vacunas que podríamos considerar tradicionales.

10^a La aprobación de una vacuna -en tanto medicamento destinado a ser administrado a la población en general- ha precisado, hasta el advenimiento de la pandemia, de periodos de maduración e investigación que han oscilado entre los 10 y los 15 años.

11^a La estimable duración de esos periodos venía determinada por la necesidad de lograr tratamientos no peligrosos, lo que imponía tanto un previo estudio sobre modelos animales como una monitorización a medio/largo plazo de los efectos detectados tras los ensayos realizados con humanos.

12^a Las vacunas miden su capacidad para justificar cualquier restricción del derecho individual con arreglo a dos criterios, su seguridad y su efectividad.

13^a Con anterioridad a su comercialización solo cabe hablar de *Eficacia*, magnitud que sirve para medir porcentualmente el éxito alcanzado por el fármaco dentro de los ensayos con humanos. Asimismo, las cohortes elegidas en esos ensayos deben ser seleccionadas considerando, por un lado, los eventuales beneficiarios del tratamiento y, por otro, el respeto al principio de no malignidad, lo que pasa por evitar que los individuos participantes padezcan consecuencias en su salud por causa de la prueba.

14^a Una vez comercializado y analizado el beneficio del medicamento sobre la población en general (incluyendo a personas que nunca habrían sido aceptadas en el curso del ensayo clínico), cabrá determinar su *Efectividad*, siendo este el verdadero patrón para medir la capacidad de la vacuna como mecanismo de contención.

15^a La principal virtualidad que los fabricantes atribuyen a los preparados COVID-19 se agota en la reducción de la sintomatología del contagiado/vacunado, sin aportarse evidencias científicas que excluyan la capacidad de contagio hacia otros (vacunados o no).

16^a La Unión Europea ha desarrollado un programa de urgencia para financiar, a la vez que estimular, la producción de vacunas frente a la COVID-19, optando así por una única estrategia en orden a la recuperación de la normalidad perdida.

17^a La totalidad de las vacunas actualmente aprobadas en el entorno europeo constituyen una novedad en relación con las que pueden considerarse habituales,

al pretender generar anticuerpos por medio de un procedimiento distinto al que caracteriza a las vacunas conocidas (ARn mensajero).

18^a Este procedimiento se basa en una técnica que nunca había sido autorizada con anterioridad por los reguladores a propósito de un fármaco destinado al gran público.

19^a Los laboratorios fabricantes únicamente pueden predicar los niveles de eficacia acreditados en los ensayos clínicos en fase III, verificados con cohortes compuestas por individuos preferiblemente sanos; a lo que se añade una aporía inaplazable dada la urgencia: no se dispone aun del tiempo suficiente para detectar posibles efectos a medio/largo plazo.

20^a La Unión Europea ha establecido con los Estados miembros un marco de responsabilidades excepcional a propósito de la administración de los preparados para contener la pandemia, que traslada sobre aquellos, y de forma exclusiva, cualquier reclamación derivada de posibles efectos secundarios.

8. Y CINCO CONCLUSIONES DERIVADAS

1^a El test de proporcionalidad manejado por el TEDH exige que el medicamento ostente ciertas cualidades para justificar un sacrificio (inducido por la sanción) sobre el derecho regulado en el art. 8 CEDH. Estas cualidades vienen determinadas por su efectividad en la contención de la enfermedad, así como por su seguridad. Los medicamentos diseñados para la contención de la COVID-19 han sido fabricados bajo autorizaciones de urgencia, por lo que no presentan predicados de efectividad al no haber transcurrido un espacio suficiente de evaluación, ni pueden recibir un aval de seguridad dado el escaso periodo de maduración en el que han sido sometidos a prueba.

2^a Los laboratorios fabricantes de dichos preparados han preferido declinar responsabilidades por los efectos secundarios que pudieran generar, aceptando la Unión Europea que tales cargas hayan de ser soportadas por los estados miembros. Esta señal da a entender que dichos preparados carecen del aval de sus propios fabricantes, elemento este que afecta de forma crucial al predicado de seguridad exigido por la doctrina del TEDH.

3^a No se dispone de evidencias que descarten el contagio de vacunado a no vacunado, por lo que éste último no genera un riesgo para la salud distinto del que propicia el primero. La experiencia de los asintomáticos contagiadores, a la que la comunidad científica apeló a lo largo de 2020, confirma la anterior conclusión. En efecto, el no vacunado -aun admitiendo la efectividad y la seguridad del preparado anti COVID-19- solo se perjudica a sí mismo, lo que desconecta su decisión del marco de prevención general. Además, el asegurar la intromisión en la intimidad

basándose en la *eventual capacidad* del fármaco para evitar el contagio presupone invertir los términos tradicionales del principio de precaución, al permitirse una intromisión segura a cuenta de un beneficio hipotético.

4ª No cabe reproducir a propósito de los medicamentos anti COVID-19 los extremos valorados por la STDH Vavricka en relación con la vacunación infantil, toda vez que aquellos no han sido ensayados para ese segmento de la población. Una vez que dichos estudios se lleven a cabo, nos encontraremos con los mismos problemas relacionados con la efectividad y la seguridad a que hemos hecho alusión en la conclusión 1ª.

5ª Aun aceptando a meros efectos argumentales la proyección de la STDH Vavricka a los preparados anti COVID-19, la doctrina manejada en aquel pronunciamiento exige moderación a las posibles sanciones que pudieran imponerse (tal y como pretende la Ley 8/2021 de la CA de Galicia), factor este que podría monetizar el derecho a la intimidad, al depender su íntegro disfrute de la capacidad económica de cada individuo.





EL TRABAJO VISTO POR EL CINE

Javier CARAZO RUBIO

Magistrado del Juzgado de los Social nº 8 de Madrid

En 1895 los Hermanos Lumière filman La salida de los obreros de la fábrica. En 2021, en España, El año del descubrimiento, gana el Goya al mejor documental y al montaje. El artículo hace un repaso a la visión cinematográfica del trabajo a la luz de algunas de las obras más significativas.

No fue la primera película de la historia del cine pero sí la primera proyección comercial. La salida de los obreros de la fábrica (Hermanos Lumière, 1895) es un plano fijo de un minuto. No cabe un análisis fílmico de tal hecho, solo sentimental. Nace un arte nuevo, compendio de todas las artes, y lo hace con cientos de trabajadores finalizando su jornada.

El abordaje cinematográfico del derecho laboral ha tenido una estrella indiscutible. La huelga se presenta como el acontecimiento más filmado del mundo del trabajo. La película homónima de S.M. Eisenstein, rodada en 1925, o La sal de la tierra (H. J. Biberman, 1954), son ejemplos de ello. Pero la identificación que el director que elige esta temática suele tener con el mundo obrero, ajeno de ordinario al cine comercial, lleva a que las películas vayan poco a poco mostrando más aspectos del mismo, siempre desde un punto de vista plural. Sin embargo, el mayo del 68, el posterior declive del sindicalismo, o la reconversión industrial, tendrán también su reflejo en el cine, que pasará a retratar historias particulares, con un héroe en el sentido clásico en torno al cual gira la acción.

Títulos de crédito. Suena la Marcia della cinghia, de Carlo Rustichelli. No puede haber canción más apropiada para el ánimo de la película, una canción en coman-

ditada. Los camaradas (*I Compagni*, Mario Monicelli, 1963) sitúa la acción en Turín, a mediados del siglo XIX. Los protagonistas son los trabajadores. No uno ni dos ni tres, todos. El título en inglés, *The Organizer*, utilizando como reclamo la presencia del gran Mastroianni, apuñala el espíritu de la película, que narra la odisea de los trabajadores de una fábrica para tratar de reducir a 13 su jornada de 14 horas. La poca entidad del cambio ya refleja el largo camino a recorrer por el entonces incipiente movimiento obrero.

La escena inicial nos sumerge en el amanecer de una familia en la que todos, salvo el pequeño de los hermanos, se preparan para ir al trabajo, incluido el hijo mayor, Homero, que no tiene más de 14 años. Este arranque, que da estructura al relato y enlaza circularmente con el majestuoso final, nos lleva a la fábrica. En tono casi documental -aunque se siguen presentando personajes-, un lento travelling de derecha a izquierda recorre todo el espacio hasta llegar a un supervisor. Fundido a negro y otro supervisor ocupará el lugar del anterior. Las horas pasan, el trabajo sigue, y sigue siempre igual. Ahora el travelling es de izquierda a derecha. Pausa para el bocadillo y vuelta al tajo con el inevitable accidente laboral al final del día, pistoletazo para la reivindicación de los obreros.

Lo particular va configurando el marco general en una película eminentemente política que se estrena en 1963 en Roma, en el XXXV Congreso del Partido Socialista Italiano. Así, el profesor perseguido (Mastroianni) que lucha por los trabajadores, la ausencia de sociedades de socorro mutuo (que lleva a los obreros a recurrir a colectas para evitar el desamparo de la familia de los accidentados), el esquirolaje promovido por la propia patronal, el trabajo infantil, la ausencia de prevención de riesgos laborales, la mecanización del trabajo, son solo algunos de los temas abordados. No alcanza a vislumbrarse siquiera el intervencionismo estatal que, aunque solo como herramienta defensiva del sistema, comenzó décadas después. Lo que queda es la lucha obrera, en su eterno retorno.

Años más tarde, adaptando libremente la novela de Eduardo Mendoza, Antonio Drove filma *La verdad sobre el caso Savolta* (1979), visión pesimista de una lucha obrera trufada de anarquismo y en la que no habrá un final abierto a la esperanza. La convulsa Barcelona de principios del Siglo XX aparece dibujada en un relato de intriga en el que López Vázquez hace las veces de Mastroianni, poniéndose al servicio de unos ideales que le sitúan en el ojo del huracán, dada la guerra sucia que se juega contra el movimiento obrero por parte de la burguesía industrial. Más tosca que *I compagni*, y lastrada por un guion excesivamente enfático, muestra sin embargo un extremo rigor histórico, del que es muestra su epílogo. Así, concluida la historia, y sobre imágenes de violencia sobre sindicalistas y obreros, una efectiva voz en off glosa los datos de la batalla: huelga general en la industria barcelonesa en 1919, creación de los sindicatos libres o amarillos y sucesivas ilegalizaciones de la CNT. Entre 1914 y 1921, 523 obreros son asesinados por 40 patronos o esquirolas. Es evidente quién ha ganado la guerra. Cierran la película dos textos de condena a la violencia de Proudhon y Brecht sobre un fondo rojo.

La lucha del hombre contra la máquina ha quedado largamente reflejada en la historia del cine. De las hilanderas a los robots supervisados, pasando por la cadena de producción, aquello que Gramsci llamó fordismo, y que arranca antes de la Primera Guerra Mundial. El último y mejor Charlot llega con Tiempos modernos (C. Chaplin, 1936). El vagabundo ya no producirá una sucesión de gags, como en las películas previas, sino que el contexto histórico y social -el crack del 29- pasa a un primer plano y será el que genere la acción a la que los personajes se ven sometidos. La archiconocida secuencia inicial muestra a un trabajador que literalmente pierde el juicio ante el ritmo de trabajo que se le impone, por lo que termina en un manicomio. Expulsado del sistema, se sucederán las entradas y salidas de la cárcel y los continuos y frustrados intentos de encontrar trabajo.

Tiempos Modernos es estéticamente deudora del cine alemán, especialmente de Fritz Lang, quien, en Metrópolis (1927), ya presenta las entrañas de la fábrica como un lugar aislado del mundo, deshumanizado, con la omnisciencia del dueño que todo lo ve. La película opta por mantener el mudo, cuando el hablado era ya tendencia, y lo hace con dos excepciones. El único personaje que habla es el jefe, que se muestra a los empleados en una pantalla gigante, incluso en los servicios, a modo de Gran Hermano. Por otro lado, por fin se desvela el misterio de la voz de Chaplin, aunque solo sea para escucharlo cantar en un idioma inventado.

Woody Allen rinde homenaje en Bananas (1971) a la escena en la que Charlot es alimentado mecánicamente para no perder tiempo de trabajo. El plano final -en el que la cámara se sitúa a las espaldas de la pareja, que se pierde en la lejanía- ha sido imitado una y otra vez en la historia del cine. Pero la influencia de la película va más allá de escenas concretas. La modernidad atrapa al ser humano con su prometida felicidad, un catálogo de bienes a su potencial adquisición. Pero no está garantizada. Se produce una dicotomía: o te adaptas al sistema o te apartas del mismo y pasas a la indigencia. Chaplin, que toma esta segunda opción, muestra la única salida, la solidaridad, ya sea por medio de la fraternidad o del amor. En los márgenes está la verdadera vida, y es algo que ya apunta la película en 1936, y que será a la postre la causa del ocaso del cine clásico norteamericano y la apertura a un cine moderno, quitando ahora a la palabra todas sus connotaciones negativas.

Todo va bien (1972) la firma el colectivo Grupo Dziga-Vertov, formado por Jean-Luc Godard y otros directores, que llegan a realizar 7 films y 3 documentales. Vertov dirigió en 1929 un prodigio técnico, El hombre de la cámara, y puso todo su arte al servicio de la revolución soviética, aunque, como tantos otros artistas, finalmente fue relegado por Stalin. En la Francia de los 60, tras dinamitar las reglas formales del cine con Al fin de la escapada (1959), el genio francés pretende ahora darle una vuelta de tuerca al cine político con obras de ideología marcadamente marxista y formalmente brechtianas.

La huelga es en la película el punto de partida para que Godard despliegue sus reflexiones. De un rótulo de mayo del 68 pasamos a otro de mayo del 72, en el que se sitúa la acción. Se trata de una huelga impersonal. Dan igual los personajes, los huelguistas son un ente único que declama y en ocasiones habla directamente a cámara. Lo mismo sucede con el patrón, y también con los dos protagonistas, Yves Montang y Jane Fonda, que han sido retenidos en la fábrica por los obreros como moneda de cambio para sus reivindicaciones. Expuestas al espectador todas las posturas, se llega a la liberación de rehenes. Han trascurrido ya 50 minutos de película. A partir de ese momento la historia se centra en la pareja, de la que solo interesa su desubicación presente. Cuatro años han servido para constatar el desencanto y tener que repensar la estrategia. El aburguesamiento de los sesentayochistas es patente y de nuevo tienen lugar reflexiones a cámara para informar al espectador de que han tomado nota. En crisis con sus respectivos trabajos, solo podrá desatascarse la lucha -y su crisis matrimonial-, repensando lo sucedido en la fábrica, no abandonando a los obreros. Godard lo escribe en la pantalla: “Él y ella han empezado a pensarse históricamente”.

Las películas que han reflejado la situación de los trabajadores en el Siglo XIX y en la primera mitad del Siglo XX, ya sean corales (*I Compagni*), ya se centren en una historia particular (*La Ley del silencio*, Elia Kazan, 1954), son el fresco de una época. *Ladrón de bicicletas* (Vittorio de Sica, 1948) y *Plácido* (L.G Berlanda, 1961) mostraron a los primeros riders, cuyos propios vehículos son herramienta de trabajo. El tránsito de la modernidad va de la mano del compromiso estético y teórico (Godard) o del exceso (*La clase obrera va al paraíso*, Elio Petri, 1971). Sin embargo, el cine contemporáneo, de manera casi uniforme, se centra en un individuo y en las heridas que le produce el sistema. Basta pensar en Ken Loach. En *Ladybird*, *Ladybird* el thatcherismo se ceba con la asistencia social. Yo, *Daniel Blake* (2016) y *Sorry we miss you* (2019) hacen caer sobre las espaldas de sus protagonistas el peso de unas relaciones despersonalizadas. Otros cineastas europeos, de manera menos sentimental, exponen también el contexto laboral de los años 80 y 90.

La lucha empresario y trabajador se muestra de manera magistral en *Recursos Humanos* (L. Cantet, 1999). En Francia se trata de implantar la jornada laboral de 35 horas, y los sindicatos temen que repercuta en las condiciones laborales. Un joven vuelve a casa. Por la ventanilla del tren, paisaje industrial. Va a realizar las prácticas de carrera en la empresa en la que su padre es operario, y las va a hacer en la dirección. El drama está servido, y se resuelve sin maniqueísmo. En el mundo del trabajo de la Europa postindustrial es más difícil poner de relieve las reivindicaciones. El capitalismo ha derrotado al comunismo, lleva demasiados años funcionando y es difícil que se deje revisar los engranajes. No hay felicidad plena en el magistral cierre de película. *Agridulce* es también el cierre de *Dos días, una noche* (2014). En el cine de los hermanos Dardenne no hay concesiones a la galería. Ruedan todas sus películas en la gris Lieja. Primera imagen y ya estamos en faena, preparados para encajar todos los golpes que vamos a recibir de una

historia simple, la de una trabajadora en riesgo de perder su puesto de trabajo. Sin los estereotipos de Loach, con el ánimo de -y en deuda con- Chaplin.

Dando un pequeño salto atrás en el tiempo y en el contexto de la reconversión industrial que ya abordó en la ficción *Los lunes al sol* (F.L. de Aranoa, 2002), es preciso cerrar con uno de los acontecimientos más importantes del cine español de los últimos años, el documental *El año del descubrimiento* (L. López Carrasco, 2020). Más de tres horas en pantalla partida se inician con un texto explicativo: en el marco de la España en apariencia feliz y de progreso del 92 -con las Olimpiadas y la Expo- el Parlamento de Murcia arde en Cartagena. La práctica totalidad de la acción se desarrolla en la actualidad, y en el interior de un bar. La estética, pretendidamente noventera, tanto en el formato cinematográfico utilizado -que da lugar a una textura parecida al VHS-, como en el modo de vestir o peinarse de la inmensa galería de personas que se circulan, que incluso fuman sin pararan ante la cámara. Trasladados así a una época concreta, pero consciente el espectador de que está en el presente, jóvenes, menos jóvenes y mayores van narrando historias particulares, más o menos relacionadas con las grandes empresas industriales que se situaban en los 90 en Cartagena y La Unión: astilleros, refinería, fertilizantes, plomo y zinc.

La entrada en la Unión Europea impone un forzado proceso de reconversión que amenaza con arrasar los empleos de toda una comunidad. Las conversaciones van abordando cada más las condiciones laborales de la época, pero se trata todo el tiempo de cuestiones que reflejan el día a día un ciudadano medio. Todo lo ocurrido en aquellas fechas se va introduciendo en escena, ya con el sonido de alguna radio de la época o con la imagen de algún telediario hasta llegar a imágenes concretas de archivo de los disturbios. Pero el protagonismo lo tienen siempre los trabajadores que narran en tiempo presente, y poco a poco entran en juego los sindicalistas, que narran todo el proceso con precisión quirúrgica. El resultado es una historia de amor y desamor con el trabajo, de amor y desamor a una empresa, a un modo de vida, un modo de vida duro, pero que es el sustento de una comarca. Ello permite incluso entroncar la obra con el cine clásico con películas como *Qué verde era mi valle* (John Ford, 1941), y añorar con melancolía un tiempo que se ha marchado para siempre. Quedan pasajes memorables y personajes para la historia de nuestro cine, personajes que quizás no vuelvan a aparecer en una película, pero inolvidables. Unos rezuman simpatía, otros espíritu crítico. Se respira cierta amargura, pero nunca cinismo. El resultado es un análisis magistral y con todo detalle de aquellos acontecimientos, del pasado y presente del sindicalismo, hoy en crisis, lastrado por la falta de un enemigo claramente identificable en el mundo globalizado y por la menor relación personal del trabajador con una sola empresa.

La película es esto y mucho más. No solo se habla de trabajo sino también de feminismo, de lo público y de lo privado, de la protección de la lengua, de las limitaciones que puede imponer, de vivir con poco o de necesitar más, de camaradería... Que tomen nota los políticos de lo que verdaderamente preocupa a la gente, que estamos cansados de escucharlos nosotros a ellos.



La Niña Bonita

En el 90 aniversario de una ilusión colectiva condenada al fracaso

Pedro Tuset del Pino

Magistrado del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona

Parece fuera de toda duda que la historia de España está salpicada de encuentros y desencuentros, de consentimientos y de disensos, de batallas, guerras y enfrentamientos civiles en nombre de la fe y de las ideas.

La idea de España ha sido una constante en muchos historiadores y filósofos, pero quizá de entre ellos merezca recordar los sentimientos encontrados de nuestro gran filósofo José Ortega y Gasset cuando con apesadumbrado y realista criterio escribió que “(...) Cuando se reúnen unos cuantos españoles sensibilizados por la miseria ideal de su pasado, la sordidez de su presente y la acre hostilidad de su porvenir, desciende entre ellos Don Quijote, y el calor fundente de su fisonomía disparatada compagina aquellos corazones dispersos, los ensarta como en un hilo espiritual, los nacionaliza, poniendo tras sus amarguras personales un comunal dolor étnico”.

“No me obliguéis a ser sólo español si español sólo significa para vosotros hombre de la costa reverberante. No metáis en mis entrañas guerras civiles; no azucéis al ibero que va en mí con sus ásperas, hirsutas pasiones contra el blondo germano, meditativo y sentimental, que alienta en la zona crepuscular de mi alma. Yo aspiro a poner paz entre mis hombres interiores y los empujo hacia una colaboración”.

Pues bien, la proclamación de la II República, de la que hoy, 14 de abril de 2021,

conmemoramos su 90 aniversario, tampoco fue una excepción en la historia de España si atendemos a su convulsa y corta existencia y a su trágico final, aun cuando se propuso lograr lo que Gregorio Peces-Barba identificó como la España civil, un lugar de convivencia entre seres dignos y libres. Una España civil como proyecto, casi siempre un ideal, soñado y casi nunca alcanzado a lo largo de nuestra historia moderna.

Pero para entender los entresijos que condujeron al nuevo Estado republicado es preciso remontarse al día 13 de septiembre de 1923, fecha en la que ante la bancarrota de la autoridad política en España por haberse implantado en la lucha social procedimientos de guerra civil, el general Primo de Rivera, capitán general de Cataluña, implantó la dictadura y abolió prácticamente la Constitución de 1876, régimen que duraría hasta finales de enero de 1930. Se trató de un golpe de Estado de guante blanco y regia complicidad. Apenas si se oyó rechistar ante el cuartelazo de un ejército cada vez menos romántico y ya nada liberal, ante la notable indiferencia del pueblo español y la colaboración de la burguesía catalana, práctica donde las hubiere.

A Primo de Rivera no le tembló el pulso al momento de concederse a sí mismo amplios poderes, entre los que figuraba la facultad de gobernar mediante decretos-ley, suspendió los derechos civiles y declaró el estado de guerra. Puso en manos de militares el gobierno de las provincias y apartó a los partidos de la vida pública, disolviendo las Cortes, todo ello bajo el patrocinio del Rey Alfonso XIII en nombre de la salvación en la que el mantenimiento del orden y la conservación de la paz laboral se constituían en el primer objetivo nacional.

Un Monarca que nunca comprendió cabalmente los problemas de España ni pudo o supo afrontarlos, como lo demuestra que durante los veinte años de su reinado efectivo se sucedieron hasta treinta y dos gobiernos, a cual más inestable, siempre con la aureola de la polémica por su inclinación a determinados placeres y cortesías que eran vox populi.

Se inició, así, un período de paz social en el que desaparecieron, casi por completo, atentados, huelgas revolucionarias y gran parte de los conflictos laborales, tan prolijos entre 1921 y 1925, ocupando en esta misión a los militares que veían refrenado su ardor bélico y se “desmilitarizaban” al decaer la guerra africana, gracias a la voluntad pacificadora del dictador.

Sin embargo, esta bonanza social y política, auspiciada y alentada por el Monarca, dio pie a que Gabriel Maira escribiera que “es muy posible que ni él (Primo de Rivera) ni el rey se percatasen entonces, como positivamente no lo advirtió hasta mucho después el común de los españoles, que entre las instituciones derrocadas por el nuevo régimen se comprendía también la realeza”.

La dictadura de Primo de Rivera es el resultado de la incapacidad de gestión de los gobiernos constitucionales anteriores para resolver los problemas sociales y económicos del país, lo que explica el alivio con el que fue recibido el golpe de

Estado, en especial en aquellos estamentos sociales que estaban al límite de la conflictividad laboral, puesto de manifiesto por Fomento Nacional del Trabajo al apresurarse a informar a Primo de Rivera “su adhesión inquebrantable al programa de gobierno y de regeneración de nuestra patria, que traza con competencia innegable, con autoridad indiscutible, el manifiesto”; adhesión que, paradójicas de la vida, se extendió hasta organizaciones de industriales y terratenientes catalanes, como la Lliga Regionalista o el presidente de la Mancomunitat, Josep Puig i Cadafalch que, ante las promesas de Primo de Rivera de ampliar la autonomía de Cataluña a cambio de su apoyo al golpe, le envió una nota en la que le manifestaba “La lucha se establece, pues, entre un hecho extralegal y la corrupción. En el dilema, optamos por el primero”.

Sin embargo, con el paso del tiempo y la paz social impuesta, las tornas comenzaron a cambiar. Miguel de Unamuno pronto se dio cuenta de que la dictadura no era más que un proyecto de limpieza política a corto plazo, que encubría el objetivo principal de aplastar la revolución. A su voz se unieron otros intelectuales liberales insatisfechos como el novelista Vicente Blasco Ibáñez y los periodistas republicanos Carlos Escolá y Eduardo Ortega y Gasset, sin olvidar al estamento militar, en particular los generales Dámaso Berenguer y José Millán Astray.

A todo ello hay que unir la ofensiva militar de España sobre sus protectorados del norte de África, en especial contra el centro de operaciones de Abd el-Krim (político y líder militar rifeño, fundador y primer Presidente de la República del Rif - oficialmente la República Confederal de las Tribus del Rif -) que condujeron al desastre de Annual, haciendo insostenible los gastos que suponía mantener 115.000 soldados en Marruecos, lo que propició la ascensión militar de Franco hasta convertirse en el general más joven de Europa.

Sea como fuere, la presión de las organizaciones sindicales y políticas hacia una apertura sin límites del régimen dictatorial y el hundimiento de la peseta, obligando al gobierno a emitir bonos del Estado por valor de 350 millones de pesetas oro, en un esfuerzo vano por apuntalar la peseta, intento que fracasó al cabo de tres días al hacerse evidente que la estrategia más lógica hubiera sido vender pesetas y comprar libras y dólares, unido al agotamiento personal de Primo de Rivera que sufría de diabetes relacionada con su alcoholismo, a los disturbios estudiantiles y la escasa respuesta de apoyo que recibió por parte de los altos mandos del Ejército, la Armada y la Guardia Civil y, para colmo, la falta de confianza del mismo Alfonso XIII, le obligó a dimitir a finales de enero de 1930 y proponer al frente del nuevo gobierno al general Dámaso Berenguer, que recibió el visto bueno del Monarca y al que hizo entrega de un relevo envenenado.

Durante esta nueva etapa, popularmente conocida como la dictadura blanda, Berenguer mostró su lado más amable anulando sanciones a profesores universitarios, oficiales del Ejército y estudiantes, mientras los exiliados regresaban, restaurando en sus cargos a numerosas autoridades provinciales y municipales destituidas por el anterior dictador, prometiendo el restablecimiento de la Constitución de 1876 y la convocatoria de elecciones.

Sin embargo, el nuevo dictador y, lo que parecía aún peor e irremediable, la monarquía estaban abocados al fracaso ante los nuevos enfrentamientos entre la CNT y los sindicatos libres y la proclama del antiguo ministro de la Guerra, Niceto Alcalá Zamora que el 13 de abril de 1930 llamó a convocar elecciones libres y la instauración de una república, todo ello en un clima protagonizado por las acciones revolucionarias de las incipientes fuerzas republicanas, fusionándose para formar partidos políticos, como el Partido Radical de Lerroux, y los socialistas protagonizando un papel francamente gubernamental, como llegó a afirmar el general Bazán, por entonces director general de Seguridad.

Los acontecimientos se precipitaron a partir de noviembre de 1930 cuando las fuerzas de seguridad abrieron fuego y mataron a dos personas e hirieron a 409 en un cortejo fúnebre de cuatro trabajadores de la construcción muertos al derrumbarse un edificio en Madrid, dando lugar a la convocatoria de una huelga general de 48 horas de ámbito nacional, convocada por la UGT, que sacudió al gobierno y que condujo al fracaso inmediato el proyecto de Berenguer.

La presión social y política propició que el gobierno convocara elecciones municipales el domingo 12 de abril de 1931. Unas elecciones a las que poca relevancia se le dio entre los monárquicos, de modo que mientras las clases pudientes se fueron de campo y playa, la conjunción de republicanos y socialistas se alzó con la victoria en cuarenta y cinco capitales de provincia, en tanto que los monárquicos se impusieron solo en las zonas rurales donde imperaba el caciquismo.

La victoria de los republicanos hizo salir la gente a la calle mientras Berenguer daba órdenes a las capitanías generales no usar la fuerza militar. Desanimado, Alfonso XIII se creyó reprobado por sus súbditos y abandonó España, desde el puerto de Cartagena a bordo de un buque militar, separándose de su esposa y estableciendo su residencia en un hotel de Roma hasta su fallecimiento en 1941 a los 54 años de edad. Como expresó en un documento que aunque firmado por el Monarca fue redactado por el duque de Maura “Soy el rey de todos los españoles y también un español. Hallaría medios sobrados para mantener todas mis regias prerrogativas, en eficaz forcejeo con quienes las combaten. Pero resueltamente quiero apartarme de cuanto sea lanzar a un compatriota contra otro en fratricida guerra civil”. A las tres en punto de la tarde del día 13 de abril de 1931, se izó, en una torre del palacio de Comunicaciones, la bandera republicana.

Así es como España afrontaba una nueva etapa política, de ilusión colectiva, de lucha por unos ideales, tal como se reflejaba en los diarios al mostrar su entusiasmo con expresiones tales como “¡Pueblo admirable! ¡Glorioso pueblo español, de una madura y plena mayoría de edad, figurarás en la historia universal como el más consciente, el más capaz, el más digno!”.

Como dijera el insigne historiador Salvador de Madariaga, “España, en aquellos primeros días esplendorosos de la República, estaba rebotante de alegría – una alegría espontánea, como la de la naturaleza en primavera -. La revolución había sido tan limpia, tan sin tacha, tan pura de todos esos excesos que con demasiada

frecuencia empañan los momentos dramáticos de la historia humana, tan libre de toda intervención militar, tan clara expresión de una opinión pública sin asomo de violencia, que la primera emoción que su triunfo causó en el pecho de los republicanos fue una ufana alegría. España había demostrado al mundo cómo una de las monarquías seculares de Europa podía caer al primer golpe del hacha mental de la democracia sin que se rompiera todo el país ni tan solo un cristal. Bien había merecido la República, por su llegada sonriente y apacible, el nombre que sus fieles conspiradores le daban cariñosamente durante todo el siglo XIX: La Niña Bonita”.

El día 15 de abril la Gaceta de Madrid publicó un Decreto designando a Don Niceto Alcalá Zamora y Torres, andaluz de Priego, buen orador florido y un punto arcaizante, antiguo ministro de la Monarquía, católico, liberal de tendencia conservadora - como lo calificara Josep Pla - para el cargo de Presidente del Gobierno provisional de la República, seguido de otro Decreto en el que se adoptaron hasta seis decisiones de hondo calado político, entre las que destacan la decisión del gobierno provisional de declinar sus poderes ante las Cortes Constituyentes; respetar la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos; orientar su actividad no solo en el acatamiento de la libertad personal y cuanto ha constituido el régimen constitucional el estatuto de los derechos de los ciudadanos, sino que aspira a ensancharlos, adoptando garantías de amparo para aquellos derechos y reconociendo como uno de los principios de la moderna dogmática jurídica el de la personalidad sindical y corporativa, base del nuevo derecho social. Además, se garantizó la propiedad privada y la protección del derecho agrario vinculado a la función social de la tierra.

Mediante otro, y no libre de polémica, Decreto de 28 de abril de 1931 se dota a España de una nueva bandera nacional, formada por tres bandas horizontales de igual ancho, siendo roja la superior, amarilla la central y morada la oscura inferior.

Entre tanto, el nuevo presidente el Gobierno provisional, se dirige al país por radio señalando que “En nombre del gobierno de la República Española le saluda al pueblo su presidente, rendido por la emoción. La República no puede daros la felicidad, pero sí el restablecimiento de la ley. ¡Viva España! ¡Viva la República!”

De este ambiente de euforia se hizo eco un artículo publicado en el diario La Vanguardia, el 1 de mayo de 1931, firmado por el periodista Gaziel, dando noticia a sus lectores que “Hace unos veinte días que los españoles vivimos en un estado de exaltación pasional extraordinario. Todo son mudanzas públicas, cambios inverosímiles, fiestas cívicas, banderas, manifestaciones populares, imponentes desfiles y discursos inflamados. Lo cierto es que todavía está casi todo por arreglar, aunque nunca las circunstancias fueron tan favorables a un definitivo arreglo... Nos encontramos en un momento decisivo de la Historia de España. Ahora veremos si merecemos algo más de lo que teníamos”.

Sin embargo, nada más nacer la II República los extremismos de derechas defendieron la teoría de que el nuevo régimen era un títere en manos de una siniestra alianza extranjera, una conspiración judeo-masónica-bolchevique, un sucio contu-

bernio que había que exterminar. A ello se unía el reto de aprobar una nueva Constitución, aumentar los salarios y reducir el desempleo en un contexto internacional presidido por la Gran Depresión, y con la tensión siempre latente con Cataluña con sus aspiraciones de auto gobierno.

La nueva bandera, que dejaba de lado la tradicional escogida por Carlos III, fue el pistoletazo de salida para enfrentas callejeras entre radicales republicanos y partidarios monárquicos, acabando con la quema de más de doscientas iglesias y conventos, así como de obras de arte en unos pocos días. Como puso de manifiesto Josep Pla, se hizo tristemente famoso lo que dijo Azaña, en una de las reuniones ministeriales coetáneas con los incendios, de que “valía más la vida de un republicado que todas las iglesias y conventos de Madrid”.

Con todo, a criterio de Julián Marías, la opinión pública concedió un amplio crédito a la República, suscitando una enorme ilusión; entre los jóvenes, desde luego, pero no solo entre ellos, sino también entre los intelectuales como Unamuno, que había regresado de su destierro, u Ortega y Gasset que hacía gala de su inmensa admiración por la República.

Lo que aconteció a partir de su proclamación es tema más que suficiente para otro tipo de comentarios, aunque a nadie se le escapa que la República tenía numerosos frentes abiertos que resolver, como la cuestión catalana, vasca y gallega; los problemas religioso, militar, agrario u obrero; la enseñanza, y la beligerancia ideológica entre derechas e izquierdas.

Quizá fue la aprobación de la nueva Constitución el marco legal idóneo para cimentar los nuevos valores con que nacía la II República, reparando las injusticias sociales tan extendidas en el primer tercio del siglo XX, muy particularmente con los derechos de las mujeres, cuyo papel se había reducido al cuidado de la familia en una sociedad que la apartó de cualquier posibilidad de promoción social, cultural, profesional y económica.

Tengamos en cuenta que en 1931 el Código civil vigente era el de 1889, promulgado el 24 de julio, que seguía la tendencia del Código napoleónico, con influencia de la tradición jurídica castellana. Para las relaciones mercantiles, que también afectan a la situación jurídica femenina, estaba vigente el Código de comercio de 22 de agosto de 1885. En cuanto al derecho penal, el artículo 438 del Código de 1870 contemplaba el supuesto del marido que sorprende a la mujer en adulterio y queda exento de culpa si mata a la esposa o al amante.

En líneas generales, en esta época, las condiciones que sufrían las mujeres solteras y las casadas eran bastante diferentes. Se consideraba que el matrimonio era el estado social normal de la mujer casada. En defecto de estipulaciones matrimoniales, muy infrecuentes en la época, el marido además de ser el representante de la mujer era el único administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

Naturalmente, tenía absoluta disposición y administración sobre sus bienes priva-

tivos anteriores al matrimonio, pero también tenía absoluta disposición sobre los bienes gananciales de la sociedad conyugal, fruto de su propio trabajo o del trabajo de la mujer, si ésta lo ejercía, o de los frutos de los bienes aportados por ambos al matrimonio. También era el administrador de la dote aportada por la mujer (aunque en teoría debía conservarla). Sobre los bienes privativos de la mujer (los llamados parafernales), anteriores al matrimonio, tenía la prerrogativa de dar o no la licencia necesaria para que ella pudiera enajenar, hipotecar o litigar sobre ellos.

La mujer no podía comparecer en juicio sin la licencia del marido (a excepción de los pleitos contra el propio marido).

Con respecto al divorcio, consistía exclusivamente en una separación legal.

En materia de nacionalidad y vecindad civil, la mujer estaba obligada a adoptar la nacionalidad del marido y a vivir donde él fijara su residencia.

En cuanto a la paternidad y filiación se diferenciaban los hijos legítimos de los ilegítimos, que estaban clasificados en naturales (hijos de padres que se podían casar con la madre) y no naturales (adulterinos, incestuosos, sacrílegos e hijos de prostitutas). La ley prohibía la investigación de la paternidad de los hijos ilegítimos no naturales, es decir, de aquellos cuyo padre no hubiera podido casarse con la madre. Los hijos naturales tenían ventajas sobre los no naturales, ya que sólo ellos podían heredar y tenían derecho a vivir con sus padres y llevar sus apellidos.

Las leyes eran también muy desfavorables para las madres solteras, ya que la mujer no tenía ningún derecho frente al padre del hijo. En caso de violación podía exigir matrimonio al violador si era soltero y ella prefería esta opción al escándalo. Si el padre reconocía al hijo de madre soltera, tenía siempre la patria potestad, por lo que podía apartarlo de su madre al cumplir los tres años.

Y en relación con el testamento, las mujeres casadas o solteras no podían ser testigos, excepto en caso de epidemia.

No obstante, proclamada la II República el 14 de abril de 1931, se produjeron toda una serie de cambios radicales que propiciaron el acceso de la mujer a una vida participativa en todos los sectores que hasta entonces le habían sido vetados, solo accesibles a los varones, como el cultural, el político, el social o el laboral, tanto en su vertiente especializada, como en el terreno familiar, donde la mujer ya había demostrado su valía en todas las facetas, la maternal, en la lactancia, en la adolescencia, y que tan hábilmente había logrado compaginar con su trabajo, fuera y dentro del hogar.

En la Constitución de 1931, Título III (Derechos y deberes de los españoles) capítulo I (Garantías individuales y políticas), su art. 25 trata por vez primera de la igualdad ante la ley, en los siguientes términos: “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios”.

Continuando en el capítulo I, encontramos dos artículos más que favorecen la situación de igualdad, en el artículo 36: “Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”, seguido del artículo 40: “Todos los españoles sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen”.

Por su parte, el artículo 46, inserto en el Capítulo II (Familia, economía y cultura), hace referencia al mundo laboral, indicando que: “El trabajo en sus diversas formas es una obligación social, gozará de la protección de las leyes. La República asegura a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar...”.

De este modo, el Estado se propuso cubrir muchas de las necesidades asistenciales de los trabajadores y en el caso de la mujer, por primera vez, contemplando una protección a la maternidad.

Otro hito importante en las reivindicaciones de la mujer fue la Ley de Divorcio (Gaceta de Madrid núm. 72 de 11 y 12 de marzo de 1932) una de las más vapuleadas por la represión jurídica franquista que, junto con la Ley de Matrimonio Civil del 28 de junio de 1932, pusieron en jaque las ya reducidas parcelas de la Iglesia. La Capacidad Civil de la mujer en el matrimonio fue presentada por el Ministerio de Justicia en julio de 1932 pero se siguió aplicando el artículo 60 del Código Civil de 1889, bajo el cual se necesitaba permiso marital para comparecer a juicio la mujer sola o con procurador. Se le autorizó a la mujer ejercer la patria potestad sobre los hijos menores con su viudez, según orden ministerial de 4 de octubre de 1933. En la reforma del Código Penal de 27 de octubre de 1932 se igualaba a hombres y mujeres en penas por “delitos pasionales”.

Asimismo, en el Código Penal se suprimían el adulterio y el amancebamiento como delitos, en tanto que la prostitución fue abolida por decreto el 25 de junio de 1936, aunque no se llegaron a cerrar los prostíbulos, mientras que en el año 1936 el Gobierno de la Generalitat de Cataluña despenalizó y legalizó el aborto por causas eugenésicas el 25 de diciembre de 1936, permitiéndose la dispensación de anticonceptivos.

Sin embargo, muchas de estas leyes quedaron en mera letra impresa, sin una aplicación efectiva y, en cualquier caso, se truncaron en su desarrollo con el inicio de la guerra civil el 18 de julio de 1936.

Y como la igualdad entre mujeres y hombres, otros muchos aspectos se quedaron en simplemente un proyecto o un texto legal sin cumplir, ante una sociedad cada vez más dividida en el plano ideológico, germen del alzamiento nacional y el inicio de la guerra fratricida en julio de 1936.

Como afirmó Ortega y Gasset “Necesitamos estudiar toda la historia, no volver a caer en ella, sino ver si podemos escapar de ella. (...) El pasado no nos dirá lo que debemos hacer, pero sí lo que deberíamos evitar.

En esta conmemoración histórica, dejemos de lado las diferencias y aprovechemos las sinergias. La II República española fue el intento, fallido, de reconducir el panorama social y político español, sumido en una grave crisis institucional y de reencuentro con su propia historia, tras la I Guerra Mundial, las campañas militares africanas, las políticas balbuceantes de los diversos gobiernos arrojados por la Monarquía, especialmente por Alfonso XIII, y la manifiesta incompetencia para implantar una sociedad más justa, igualitaria y libre dentro del contexto internacional.

El fracaso de la empresa iniciada por los gobernantes republicanos exclusivamente se debe a su corteza de miras, sus ansias de poder o, simplemente, por la mala gestión de las iniciativas y recursos públicos, cuando no a la falta de autoridad ante los estallidos revolucionarios de los radicales. Pero lo anterior no empece la magnitud de su hazaña ni pone en tela de juicio los evidentes avances que se emprendieron, solo truncados, nuevamente, por un golpe de Estado militar que subyugó a los españoles durante más de 40 años.

Bibliografía

- ▶ Eslava, Galán. “La Familia del Prado”. Editorial Planeta, 2021.
- ▶ García de Cortázar, F. y Gonzalo Vesga, J.M. “Breve Historia de España”. Editorial Círculo de Lectores, 1994.
- ▶ G. Payne, Stanley. “En defensa de España”. Editorial Espasa, 2017.
- ▶ La Vanguardia, edición del 14 de abril de 1931
- ▶ Madariaga, Salvador. “España”. Editorial Espasa-Calpe, 1979.
- ▶ Marías, Julián. “Una vida presente. Memorias”. Editorial Páginas de Espuma, 2017.
- ▶ Peces-Barba, Gregorio. “La España civil”. Editorial Círculo de Lectores, 2005.
- ▶ Pla, Josep. “Història de la Segona República Espanyola”. Editorial Destino, 2020.
- ▶ Preston, Paul. “Un pueblo traicionado”. Editorial Debate, 2019.
- ▶ Preston, Paul. “Las tres Españas del 36”. Editorial Plaza y Janés, 1998

LEGISLACIÓN ESTATAL AUTONÓMICA



ESTATAL

Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal. [Ir a texto](#)

Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. [Ir a texto](#)

Ley 4/2021, de 12 de abril, por la que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. [Ir a texto](#)

Decreto-ley 1/2021, de 28 de enero, por el que se adoptan medidas excepcionales para facilitar el pago de determinadas deudas tributarias. [Ir a texto](#)

Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. [Ir a texto](#)

Real Decreto 200/2021, de 30 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado. [Ir a texto](#)

Resolución de 30 de marzo de 2021, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se modifica la de 19 de junio de 2020, por la que se establece el listado de los medicamentos considerados esenciales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. [Ir a texto](#)

Resolución de 13 de abril de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Generalitat de Catalunya, para el control de la incapacidad temporal durante el periodo 2021 a 2022. [Ir a texto](#)

Acuerdo de 24 de marzo de 2021, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se corrigen errores en el de 27 de enero de 2021, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, relativo a las normas sobre composición, funcionamiento y reparto de asuntos entre las secciones de la Sala de lo Social. [Ir a texto](#)

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Aragón

DECRETO 52/2021, de 7 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 173/2016, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales. [Ir a texto](#)

ORDEN HAP/320/2021, de 31 de marzo, por la que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Públicos. [Ir a texto](#)

Illes Balears

Decret 33/2021, de 9 d'abril, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual s'estableixen mesures temporals i excepcionals per raó de salut pública per a la contenció de la COVID-19 a totes les Illes Balears, a l'empara de la declaració de l'estat d'alarma, i de modificació del Decret 21/2020, de 14 de desembre, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual s'estableixen limitacions a l'entrada a les Illes Balears de persones procedents de la resta de comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla, com a conseqüència de la declaració de l'estat d'alarma i per fer front a la situació d'emergència sanitària provocada per la COVID-19. [Ir a texto](#)

Decret 34/2021, de 23 d'abril, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual s'estableixen mesures temporals i excepcionals per raó de salut pública per a la contenció de la COVID-19 a totes les Illes Balears, a l'empara de la declaració de l'estat d'alarma [Ir a texto](#)

Acord del Consell de Govern de 23 d'abril de 2021 pel qual s'estableixen els nivells d'alerta sanitària per illes que han de vigir a la comunitat autònoma de les Illes Balears, s'estableixen mesures excepcionals de prevenció del contagi de la COVID-19 aplicables temporalment a les illes i s'introdueixen modificacions puntuals al Pla de Mesures Excepcionals de Prevenció, Contenció i Coordinació per Fer Front a la Crisi Sanitària Ocasionalada per la COVID-19, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de les Illes Balears de 27 de novembre de 2020. [Ir a texto](#)

Acord del Consell de Govern de 9 d'abril de 2021 pel qual s'estableixen els nivells d'alerta sanitària per illes que han de vigir a la comunitat autònoma de les Illes Balears, s'estableixen mesures excepcionals de prevenció del contagi de la COVID-19 aplicables temporalment a les illes i s'introdueixen modificacions puntuals al Pla de Mesures Excepcionals de Prevenció, Contenció i Coordinació per Fer Front a la Crisi Sanitària Ocasionalada per la COVID-19, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de les Illes Balears de 27 de novembre de 2020. [Ir a texto](#)

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la que s'ordena la publicació del criteri interpretatiu en matèria de processos d'elecció a la representació legal de les persones treballadores en empreses en les que concorrin figures de treball a distància. [Ir a texto](#)

Castilla y León

ORDEN FAM/419/2021, de 9 de abril, por la que se modifica la Orden FAM/859/2010, de 11 de junio, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento de su expedición. [Ir a texto](#)

Catalunya

ORDRE TSF/83/2021, de 20 d'abril, de modificació de l'Ordre TSF/204/2020, de 30 de novembre, per la qual s'estableix el calendari de festes locals a Catalunya per a l'any 2021. [Ir a texto](#)

RESOLUCIÓ SLT/1178/2021, de 23 d'abril, per la qual es prorroguen i es modifiquen les mesures en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 al territori de Catalunya. [Ir a texto](#)

Extremadura

Resolución de 29 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 12 de noviembre de 2020, por la que se hace público el calendario laboral oficial de fiestas locales para la Comunidad Autónoma de Extremadura en el año 2021. [Ir a texto](#)

Resolución de 12 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 12 de noviembre de 2020 por la que se hace público el calendario laboral oficial de fiestas locales para la Comunidad Autónoma de Extremadura en el año 2021. [Ir a texto](#)

Madrid

Decreto 32/2021, de 23 de abril, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se modifica el Decreto 27/2021, de 9 de abril, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas temporales para hacer frente a la COVID-19, en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, del Consejo de Ministros, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. [Ir a texto](#)

Resolución de 5 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica parcialmente la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se declaran las fiestas laborales de ámbito local en la Comunidad de Madrid para el año 2021. [Ir a texto](#)

Resolución de 13 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se modifica parcialmente la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se declaran las fiestas laborales de ámbito local en la Comunidad de Madrid para el año 2021. [Ir a texto](#)

Navarra

LEY FORAL 3/2021, de 26 de marzo, para la regulación de las jornadas, horarios y retribuciones de la Policía Foral de Navarra. [Ir a texto](#)

DECRETO-LEY FORAL 3/2021, de 31 de marzo, por el que se determina la imputación temporal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de la regularización de las prestaciones percibidas por expedientes de regulación temporal de empleo y se modifica el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. [Ir a texto](#)

Euskadi

RESOLUCIÓN 15/2021, de 25 de marzo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueban los incrementos para el año 2021 de las retribuciones del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. [Ir a texto](#)

Valencia

LLEI 2/2021, de 26 de març, de la Generalitat, del Síndic del Greuges de la Comunitat Valenciana. [Ir a texto](#)





NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATAL AUTONÓMICA



ESTATAL

Resolución de 26 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el X Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias. [Ir a texto](#)

AUTONÓMICA

Andalucía

Resolución de 23 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se registra y publica el Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (Cód. 71000082011985), de 17 de febrero de 2021, por el que se modifica la letra g) del apartado 1 del artículo 33 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. [Ir al texto](#)

Resolución de 23 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se registra y publica el Acuerdo de la Comisión Negociadora

del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 17 de febrero de 2021, por el que se modifica parcialmente el sistema de clasificación profesional en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. [Ir al texto](#)

Asturias

Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo del sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad dependiente de la Dirección General de Empleo y Formación. [Ir a texto](#)

Resolución de 24 de marzo de 2021, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción de la actualización de la tabla salarial para el año 2021 del Convenio Colectivo de sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad de la Dirección General de Empleo y Formación. [Ir al texto](#)

Illes Balears

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears de l'Acord del Ple del Consell Insular de Mallorca de 9 de juliol de 2020 de suspendre l'aplicació dels articles 34, 35 i 37 del Conveni col·lectiu per al seu personal laboral i la seva publicació en el Butlletí Oficial de les Illes Balears (codi de conveni 07000912011989). [Ir a texto](#)

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual s'ordena la publicació de l'Acord pel qual es resol l'Acord de 2 d'octubre de 2020 de modificació de l'Acord de 2 de juliol de 2020 subscrit amb les organitzacions sindicals amb més representativitat de les Illes Balears sobre el reinici dels processos d'eleccions sindicals en les empreses i les administracions públiques de les Illes Balears. [Ir a texto](#)

Catalunya

RESOLUCIÓ TSF/1122/2021, de 22 de març, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu interprovincial del sector de la indústria d'hostaleria i turisme de Catalunya (codi de conveni núm. 79000275011992). [Ir a texto](#)

Extremadura

Resolución de 1 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del Acta de fecha 9 de noviembre de 2020, en la que se acuerda el calendario laboral para 2021 “Industrias de la madera de la provincia de Badajoz”. [Ir al texto](#)

Galicia

DECRETO 62/2021, do 8 de abril, polo que se aproba a oferta de emprego público correspondente a prazas de persoal funcionario e laboral da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2021. [Ir al texto](#)

Navarra

RESOLUCIÓN 53C/2021, de 17 de febrero, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector de la Acción e Intervención Social de Navarra. [Ir al texto](#)

RESOLUCIÓN 48C/2021, de 17 de febrero, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector Centros de Atención a Personas con Discapacidad de Gestión Privada Concertados con el Gobierno de Navarra. [Ir al texto](#)

Euskadi

RESOLUCIÓN del Director de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del «Convenio Colectivo de Centros de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2017-2021». [Ir al texto](#)

Valencia

LLEI 4/2021, de 16 d'abril, de la Generalitat, de la Funció Pública Valenciana. [Ir al texto](#)

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



DERECHO A LA INTIMIDAD Y PRUEBA NULA

STC 15-3-2021. [Ir a texto](#)

Recurso de amparo 6838/2019

Ponente:

SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA

Resumen: Prueba ilícita : no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) la interpretación que del art. 55.5 LET realiza dicha sentencia cuando - pese a confirmar que una de las pruebas ha sido obtenida con vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE)- califica el despido de improcedente en lugar de nulo. Cuando se desestima la solicitud de indemnización, se contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva del derecho a una respuesta motivada y razonada

NO puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una “consecutividad lógica y jurídica”. Dicho, en otros términos, no existe un derecho consti-

tucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE. Tampoco puede imputarse a la resolución impugnada una conculcación de los derechos de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, máxime cuando han sido los órganos judiciales quienes han reconocido que dicha vulneración se produjo con la monitorización del ordenador de la trabajadora

Tutela judicial efectiva: No existe vulneración: la sentencia impugnada distingue aquellos supuestos en que la decisión extintiva vulnera un derecho fundamental -en cuyo caso necesariamente procede la declaración de nulidad del despido-, de aquellos otros en que el despido no ha ocasionado dicha vulneración, al haberse derivado ésta del proceso de obtención de pruebas, por lo que podrá ser calificado como procedente o no, en función de que existan pruebas desconectadas de la obtenida con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 90.2 LRJS).

Dicha distinción, contraria a trazar una correlación entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido, no merece

ser calificada de arbitraria o de manifiestamente irrazonable. Ninguna de las partes lo ha hecho tampoco. Tan es así que, a falta de un pronunciamiento del máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1 CE), tal planteamiento es compartido por muchos pronunciamientos dictados por otros tantos tribunales superiores de justicia (sin ánimo exhaustivo, por citar algunas sentencias de las salas de lo social de dichos tribunales más recientes: STSJ de Canarias, de 24 de enero de 2020, recurso de suplicación núm. 899-2019; SSTSJ de Baleares, de 22 de enero de 2020, recurso de suplicación núm. 286-2019 y 12 de junio de 2020, recurso de suplicación núm. 378-2020; STSJ de Castilla la Mancha, de 12 de enero de 2018, recurso de suplicación núm. 1416-2017). Ahora bien, debe indicarse que dicha tesis dista de ser unánime en la jurisdicción ordinaria, pues la conclusión defendida por la recurrente y en parte por el ministerio fiscal, también tiene acogida en otros pronunciamientos de otras tantas salas de lo social de diversos tribunales superiores de justicia (por todos la STSJ de Cataluña, de 4 de junio de 2019, recurso de suplicación núm. 969/2019; y la STSJ del País Vasco, de 27 de febrero de 2018, recurso de suplicación núm. 226-2018).

La argumentación de la sentencia impugnada que desvincula la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. Tan es así que la recurrente no emplea tales calificativos al manifestar su discrepancia con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, y el propio ministerio fiscal refiere que no se considera errónea la tesis de la sentencia impugnada por la que se distingue entre el despido con violación de derechos fundamentales y la infracción de derechos

fundamentales para la obtención de prueba de los hechos que justificaron el despido.

Sobre la indemnización por vulneración de derechos fundamentales: ha supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, al desconocer el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso. En efecto, el argumento utilizado en la resolución impugnada para denegar la indemnización consistente en afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, al examinar el motivo tercero y el cuarto del recurso de la entidad empleadora, que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador. De este modo resulta que la sentencia afirma la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales a los efectos de confirmar la exclusión de la prueba derivada de la monitorización del ordenador, y al mismo tiempo niega esa vulneración cuando tiene que decidir sobre la indemnización solicitada.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STC 63/2021. [Ir al texto](#)

Resumen: Tutela judicial efectiva: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): resoluciones que, desatendiendo el Derecho transitorio y aplicando al caso el régimen de notificaciones a través de la sede electrónica, declararon la extemporaneidad del recurso de alzada en vía administrativa

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO



DELEGADOS DE PERSONAL

STS 24-3-2021 [Ir al texto](#)

Roj:STS1278/2021-ECLI:ES:TS:2021:1278

No de Recurso: 933/2018 No de Resolución: 338/2021

Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Delegados de personal: se desestima la pretensión de la demanda consistente en que se anule la decisión de la asamblea de trabajadores que revoca la designación del recurrente como suplente, porque implicaría que, revocado el mandato del delegado de personal titular por la misma asamblea, el suplente pasaría necesariamente a ocupar ese puesto, sin que los trabajadores allí reunidos pudieran, a su vez, manifestar su voluntad contraria a esta situación. El recurrente parece no tener en cuenta que, en la práctica, tal sustitución ya se había producido en este caso al causar baja en la empresa el titular, a lo que, en hipótesis, abocaría el éxito de la postura del recurso es a que hubiera de convocarse una nueva asamblea para la revocación de un mandato que se habría desplegado desde que el titular vio revocado el suyo.

Reitera doctrina de las STS/4ª de 2 de oc-

tubre de 2012 (rcud. 3046/2011) y 28 enero 2020 (rcud. 2884/2017).

DESEMPLEO

STS 24-3-2021 [Ir al texto](#)

Roj:STS1279/2021-ECLI:ES:TS:2021:1279

No de Recurso: 3951/2018

No de Resolución: 341/2021

Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen. Desempleo: procede reconocer la prestación de desempleo a un trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre, afiliado al RETA, en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo.

ERTE COVID

STS 17-3-2021 [Ir al texto](#)

Roj:STS1224/2021-ECLI:ES:TS:2021:1224

Id Cendoj: 28079149912021100012

No de Recurso: 14/2021

No de Resolución: 330/2021 Procedimien-

to: Recurso de casación

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: ERTE COVID-19 : Se impugna la decisión adoptada por COMSA SAU de suspensión temporal de contratos y de reducción de jornada (“ERTE”) por causa organizativa asociada a la pandemia provocada por la COVID- 19.

Se cuestiona la decisión empresarial (comunicada el 10 de abril de 2020) de suspender 457 contratos de trabajo, suspender y reducir la jornada de otros 190, y reducir la jornada del resto de la plantilla (34 personas), entre el 14 de abril y el 31 de julio de 2020. Se estima ajustado a derecho

Alcance del control judicial: Resumen jurisprudencia.

El control judicial de la decisión empresarial.

A) Desde la STS de 27 enero 2014 (Pleno, rc. 100/2013, Cortefiel), venimos recordando y aplicando a casos como el presente la siguiente doctrina:

“[...] aunque a la Sala no le correspondan juicios de “oportunidad” que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adopta-

da sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado “dumping” social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundamental de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros “la mejora de las condiciones de ... trabajo”, a la que incluso se subordina “la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión”; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE “.

B) La STC 8/2015 de 22 enero, al examinar la constitucionalidad de los preceptos sobre reestructuraciones empresariales ha sentado una doctrina frecuentemente tomada en cuenta por nuestras sentencias sobre novaciones no extintivas (modificaciones sustanciales, suspensiones, inaplicación de convenios), como es obligado, y que conviene recordar.

En efecto, sostiene el TC que en la interpretación de la norma de que tratamos - art. 41.1 ET, en redacción dada por el art. 12.1 de la Ley 3/2012- “se puede tomar en consideración la definición de las “razones económicas, técnicas, organizativas y de producción” que se lleva a cabo en otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores..., como son: el art. 47 (en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada), el art. 51 (con relación al despi-

do colectivo) o, en fin, el art. 82.3 (respecto de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo). De esta manera, el legislador no sólo ha orientado suficientemente la labor del aplicador, sino que ha otorgado suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial de la aplicación de la norma, como se ha dicho, pleno y efectivo” (STC 8/2015, de 22/Enero, FJ 4.b, “in fine”). Planteamiento con el que el intérprete máximo de la Constitución, haciendo una lectura del precepto ajustada a la tutela judicial efectiva, parece apuntar -en materia de MSCT- a la exigibilidad de los mismos presupuestos de “pérdidas”, “disminución de ingresos” y “cambios” [en medios o instrumentos de producción, sistemas y métodos de trabajo; y demanda de productos o servicios] a que se refieren los referidos arts. 47, 51 y 82.3 ET; siquiera -entendemos nosotros- el nivel de exigencia no puede ofrecer la misma intensidad en las MSCT que en los otros supuestos, tanto porque el TC atribuye un valor meramente orientativo a los preceptos a que se remite, cuanto por elemental respeto a la literal redacción del art. 41.1 ET, que califica como causas suficientes -económica, técnica, organizativa o de producción- a “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”.

En definitiva, tras la interpretación constitucional del precepto examinado, hemos de entender que la MSCT no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos -económico, productivo, técnico u organizativo- que el art. 41.1 ET contempla.

La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la deci-

sión empresarial supone la pérdida del empleo [“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”] que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo [“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”]. La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de la plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional.

C) En STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014, Pleno; King Regal, SA) o 422/2016 de 12 mayo (Rc. 3222/2014; Eured Colectividades, S.L .) y 1016/2016 de 30 noviembre (Rc. 868/2015; Hearst Magazines, SL) añadimos lo siguiente:

Queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario,

además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial.

Habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo.

D) Las SSTs 30 junio 2015 (rec. 2769/2014) y STS 361/2016 de 3 mayo (rec. 3040/2014) recopilan abundante doctrina y concluyen que: la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores.

E) La STS 26 enero 2016 (rc. 144/2015) resume doctrina en los siguientes términos:

Corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales

no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida “idónea”, ni censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial, por ejemplo, reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

F) La STS 841/2018 de 18 septiembre (rcud. 3451/2016) examina el acervo doctrinal ya recordado y concluye que el control judicial en orden a la calificación del despido incluye, necesariamente, el de apreciación de si concurre una causa real y verosímil. Los motivos alegados han de ser reales, actuales, proporcionales. La empresa no tiene un poder absoluto en orden a configurar el tamaño de su plantilla, sino que ha de actuar con respeto a todos los derechos e intereses en presencia.

3. Necesidad del control judicial.

A) A la luz de cuanto acabamos de exponer no cabe duda de que el control reclamado por la recurrente debe llevarse a cabo. La STS 746/2020 de 9 septiembre (Pleno, rc. 13/2018, MGO), precisamente al hilo de una suspensión colectiva de contratos de trabajo, considera aplicable la doctrina sobre despidos colectivos y subraya que el control de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad resulta imprescindible. “Ese examen, exigido por nuestra Constitución,

al tiempo que presupuesto por las propias normas cuya vulneración alega la recurrente, es inherente a la regulación de las facultades empresariales de reestructuración y a las consecuencias que de ello derivan (inclusive las que implican movilización de recursos de Seguridad Social, del Fondo de Garantía Salarial o de otros organismos públicos)”. control atribuiría a la empresa una facultad inmune a la revisión jurisdiccional, con grave quebranto de los derechos de la plantilla y difícil encaje con nuestro entramado institucional, comenzando por la propia Ley Fundamental.

B) Lo que está en discusión, por tanto, es si la SAN recurrida ha actuado con arreglo a esas exigencias. Antes de abordar la cuestión, sin embargo, se impone una nueva reflexión sobre el modo en que se articula el motivo de recurso. Como advierte el Ministerio Fiscal, el escrito interpositorio realmente no combate la sentencia, ni los argumentos concretos que se contienen en su Fundamento de Derecho Noveno para descartar la falta de proporcionalidad que la recurrente invoca. UGT-FICA se limita a reiterar las alegaciones ya aducidas en la demanda y el en el juicio oral, olvidando que las mismas ya han obtenido una respuesta judicial desestimatoria, y que es, esta respuesta, la que tenía que haber sido objeto de impugnación.

C) Con todo, apurando nuevamente la tutela judicial, consideramos evidente que no concurren las infracciones denunciadas. Primero, porque la sentencia recurrida ha efectuado el control de manera concienzuda. Segundo, porque los parámetros de ese control aparecen como sólidos y, en todo caso, no han quedado desvirtuados en este segundo grado jurisdiccional.

HUELGA

STS 17-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS 1028/2021 -
ECLI:ES:TS:2021:1028

No de Recurso: 118/2019 No de Resolución: 318/2021

Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Huelga. la actuación de la empresa demandada, comunicando a sus trabajadores servicios mínimos para la huelga convocada por la Central Sindical Independiente u de Funcionarios a través de sus representantes en la empresa, de forma indefinida a partir del día 15 de enero de 2019, supone una vulneración del derecho fundamental a la huelga .

INFRACCIONES Y SANCIONES ORDEN SOCIAL

STS 24-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS1246/2021-ECLI:ES:TS:2021:1246

No de Recurso: 3457/2019

No de Resolución: 342/2021

Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Infracciones y sanciones: Prescripción. El legislador ha otorgado efectos negativos al silencio administrativo en materia sancionadora y, por consiguiente, transcurrido el plazo de tres meses que marca el precepto, la empresa podía entender desestimado su recurso y tenía explícita la vía judicial procedente para combatir la desestimación, tal y como se desprende del art. 43.2 Ley 30/1992. Sin embargo, tal y como

resulta de las actuaciones, dicha resolución presunta fue consentida y no combatida por la interesada por lo que, no sólo se puso en marcha la prescripción de la sanción, sino que no hubo actuación procesal que pudiera provocar interrupción alguna del transcurso del plazo.

Este es nuestro criterio en relación al abordaje de situaciones como la presente que la sanción, confirmada por silencio, permanece sin ejecución por la inactividad de la administración durante un periodo de tiempo llamativamente extenso, generando una situación de inseguridad e incertidumbre sobre el sancionado que repele a la salvaguarda de las garantías que deben acompañar a toda potestad sancionadora o punitiva. Es cierto que la cuestión ha generado controversia doctrinal plasmada en anteriores sentencias de la Sala 3a de este Tribunal Supremo y en la STC 37/2012; más, las disquisiciones suscitadas han quedado solventadas con la precisión que lleva a cabo la Ley 40/2015 al introducir el texto del art. 30.3 con el que el legislador evidencia su voluntad de clarificar el alcance de la regulación al respecto, en línea con la interpretación que acabamos de exponer, con la eficacia retroactiva antes recordada.

JURISDICCION

STS 10-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS 1074/2021 -
ECLI:ES:TS:2021:1074

No de Recurso: 1482/2019

No de Resolución: 288/2021

Ponente: CONCEPCION ROSARIO
URESTE GARCIA

Resumen: Jurisdicción: competencia del or-

den social. La jurisdicción social es competente para reclamar a la empresa el importe correspondiente al IRPF por la suma percibida en virtud del acuerdo alcanzado en conciliación, por el que la misma ofrecía una cantidad neta (420.000 €) al trabajador en concepto de indemnización por la extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, constando en el certificado de ingresos y retenciones expedido por aquélla que dicha cantidad quedaba exenta del referido tributo. Sin embargo, la AET estableció una deuda a satisfacer por el trabajador de 76.864,66 € (más 3.149,85 € de intereses), al considerar que dicha cantidad debía tributar por IRPF en lo que excediera de 180.000 €, siendo esa cifra la reclamada por el trabajador frente a la empresa.

LIBERTAD SINDICAL

STS 10-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS 941/2021 - ECLI:ES:TS:2021:941

No de Recurso: 172/2019 No de Resolución: 294/2021

Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE
ESCARTIN

Resumen: Libertad sindical: se vulneró el derecho de libertad sindical de CC.OO por atribuírsele 8 delegados sindicales adicionales en la empresa en vez de 10 de tales delegados.

MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

STS 10-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS 984/2021 - ECLI:ES:TS:2021:984

No de Recurso: 4120/2018

No de Resolución: 283/2021

Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE
ESCARTIN

Resumen: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: la modificación que tuvieron en la distribución mensual del salario, permaneciendo invariable su cuantía anual, los trabajadores dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) que prestan sus servicios en el Consulado General de España en Bruselas y en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, no debió realizarse por el procedimiento del artículo 41 ET y no fue una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION

STS 2-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS1039/2021-ECLI:ES:TS:2021:1039

No de Recurso: 569/2019 No de Resolución: 251/2021

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE
NAVARRO

Resumen: Personal laboral Administración Pública: la extinción del contrato del personal indefinido no fijo (PINF) como consecuencia de la adjudicación, en un proceso de consolidación de empleo, de la plaza que viniera ocupándose, genera la indemnización de 20 días por año de servicio

Reitera STS nº 459/2010, de 16 de junio (RCUD 3621/2017)

PERMISOS

STS 10-3-2021. [Ir al texto](#)

Roj: STS 954/2021 - ECLI:ES:TS:2021:954

No de Recurso: 114/2019 No de Resolución: 290/2021

Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: ENAIRE: derecho de los controladores aéreos de ENAIRE a disponer de cuatro días anuales de ausencia por enfermedad que no den lugar a incapacidad temporal, pudiendo ser tres consecutivos, sin generar ningún descuento en la nómina del trabajador. Deben someterse al reconocimiento por los servicios médicos que facilite ENAIR.

SALARIO

STS 10-3-2021. [Ir al texto](#)

STS 1026/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1026

No de Recurso: 157/2019 No de Resolución: 293/2021

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE
NAVARRO

Resumen: Complementos salariales: el salario base sobre el que ha de aplicarse el 5% a efecto de abonar el complemento por funciones asistenciales, recogido en el art: 180.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral para la Comunidad de Madrid, debe incorporar la parte proporcional del salario base de las pagas extraordinarias, en los términos expuestos en la Fundamentación de esta sentencia.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA



Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Rec. 160/2020

[Accede a la sentencia](#)

DESPIDO NULO. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

La Sala de lo Social del TSX de Galicia aplica, por primera vez en España, la discriminación por apariencia de discapacidad para anular un despido y condenar a una empresa a la readmisión de un trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir. Los magistrados consideran acreditado que

un empresario de Ourense vulneró la prohibición de discriminar por apariencia de discapacidad al despedir a un empleado el mismo día que sufrió un accidente laboral, tras haberlo visitado en el hospital y comprobar que, aparentemente, sus lesiones no se curarían a corto plazo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

[Accede a la sentencia](#)

CONFLICTO COLECTIVO. COVID. PREVENCIÓN RIESGOS LABORALES

En esta Sentencia la Sala analiza la protección de la salud de los trabajadores afectados por el Conflicto Colectivo enjuiciado en el que la parte actora considera que las demandadas han incumplido sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, al no haber valoración de puestos de trabajo, ni en relación a la carga de trabajo del colectivo afectado –que excede de la razonablemente asumible-, ni en relación a la protección

del nuevo riesgo biológico introducido por el COVID-19. La Sala tras estimar la excepción de falta de legitimación del Ministerio de Sanidad, declara que la Comunidad de Madrid está vulnerando los derechos de los médicos de atención primaria y pediatras en materia de integridad física y salud al no haberles dotado de forma completa de los medios y medidas de protección en su centro de trabajo e incumplir con sus obligaciones

en materia de prevención de riesgos laborales, de valoración de la carga de trabajo de dicho colectivo y evaluación de los riesgos de sus puestos de trabajo, y condena a la demandada a efectuar de forma inmediata un plan de prevención de riesgos laborales con la valoración de los puestos de trabajo de los médicos de atención primaria y pedia-

tras, evaluación de riesgos de los mismos y determinación de la carga de trabajo fijando los cupos, número máximo de pacientes a atender por jornada de trabajo y tiempo mínimo de dedicación a cada uno, así como al establecimiento de una plantilla acorde con ello y a la cobertura de las vacantes existentes en la misma.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Rec. 940/2020

[Accede a la sentencia](#)

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. PERSPECTIVA DE GÉNERO E INFANCIA

Novedosa Sentencia de la Sala Social del TSJ de Canarias que interpreta el concepto de familia numerosa recogido en el artículo 352 LGSS integrando la perspectiva de género y la perspectiva de infancia. Tras hacer un detallado recorrido por la normativa internacional, europea e in-

terna aplicable, atiende a la interpretación literal, sistemática y finalista de la prestación para confirmar la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de las Palmas de Gran Canaria que partía del concepto de familia numerosa contenido en la Ley 40/2003.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Rec. 1157/2020

[Accede a la sentencia](#)

CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL. REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE FAMILIARES (SUEGRO). DERECHO INDIVIDUAL. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

La Sala estima el recurso de la trabajadora y estima que tiene derecho a la jornada reducida que reclamaba a la empresa para atender a su suegro, pues tiene mermaid las posibilidades de autocuidado y concurre el grado de parentesco por afinidad que fija la Ley. Indica que se trata de un derecho individual, bastando con que se den las premisas previstas en la norma y sin que haya que ponderar que el apoyo a aquella persona lo puedan ofrecer otros

familiares, recordando que la normativa antidiscriminatoria por razón de género ha de utilizarse al interpretar las normas aplicables, ponderando los valores constitucionales en juego. Finalmente, fija una indemnización por daño moral causado con la negativa al reconocimiento del derecho, fijándola por aplicación analógica del importe de las sanciones administrativas previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en 626.

JURISPRUDENCIA

JUZGADOS DE LO SOCIAL



Sentencia de lo Social nº 15 de Madrid

[Accede a la sentencia](#)

PERSPECTIVA DE GÉNERO E INFANCIA.

La magistrada de instancia, integrando la perspectiva de género e infancia, aplica a la jornada anual prevista en Convenio Colectivo la reducción proporcional al tiempo en el que la demandante ha ejercitado su derecho a reducción de jornada por cuidado de menor a cargo, para determinar el módulo a partir del cual calcular el exceso de jornada realizada durante los periodos en los que no ha disfrutado de reducción de jornada.

Juzgado de lo social nº23 de Madrid

[Accede a la sentencia](#)

COVID. PROCESO LABORAL. PREVENCIÓN RIESGOS LABORALES

En este auto, en materia de atribución competencial, se analiza la aparente contradicción entre los artículos 9.4 LOPJ y 2 e) LJCA con el artículo 2 LRJS y, tras precisar el concepto de pretensión respecto del concepto de acción, desestima las excepciones de incompetencia de jurisdicción e indebida acumulación de acciones en un supuesto en el que la parte actora solicita la tutela judicial efectiva de ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la situación de IT con diagnóstico de Covid 19 derivados de actos u omisiones imputados a las co-demandadas al no cumplir con diligencia sus deberes en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA



DERECHO A LA VIDA PRIVADA STDH 8-4-2021

(Vavrika y otros vs Chequia)

[Ir al texto](#)

Resumen: Art 8 • Vida privada • Multa a los padres y exclusión de los niños del preescolar por negarse a cumplir con la obligación legal de vacunación infantil • Consenso general europeo para lograr el mayor grado posible de cobertura vacunal • Solidaridad social hacia los más vulnerables requiriendo al resto de la población asumir un riesgo mínimo en forma de vacunación • Enfoque obligatorio que responde a una necesidad social apremiante de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y para protegerse contra cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación infantil • Política obligatoria consistente con la mejor intereses de los niños, para ser considerados tanto individualmente como en grupo y requiriendo proteger a todos los niños de enfermedades graves a través de la inmunización • Sistema doméstico que permite exenciones y va acompañado de garantías procesales • Se toman las precauciones necesarias, incluido el monitoreo de la seguridad

de las vacunas en uso y la comprobación de posibles contraindicaciones en cada caso individual • Multa no excesiva y sin repercusiones para la educación de los niños en edad escolar • Efectos en los niños solicitantes limitados en el tiempo, la admisión a la escuela primaria no se ve afectada por el estado de la vacuna • Medidas impugnadas proporcionales a los objetivos legítimos perseguidos • Amplio margen de apreciación no sobrepasado.

RESUMEN DE LA SENTENCIA

Multa a los padres y exclusión de los niños del preescolar por negarse a cumplir con la obligación legal de vacunación infantil: no existe violación del CEDH.

Hechos - El caso, que parte de 6 demandas, se refiere a la obligación legal de vacunar a los niños contra enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y las consecuencias para los demandantes de su incumplimiento. La primera solicitud la presentó un padre en su propio nombre, quejándose de haber sido multado por no haber vacunado debidamente a sus hijos en edad escolar. Las demás solicitudes fueron presentadas por los padres en nombre de sus hijos menores de edad después de que se les denegara el permiso para inscribirlos en centros preescolares o guarderías.

Cuestiones jurídicas- Artículo 8: Según la jurisprudencia establecida por el Tribunal, la vacunación obligatoria, como intervención médica involuntaria, es una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque no se haya realizado ninguna de las vacunaciones impugnadas, la obligación de vacunación y las consecuencias directas del incumplimiento de la misma también constituyen tal injerencia. La injerencia ha sido lícita y perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud y los derechos de los demás. Al evaluar si la injerencia en los derechos de los demandantes ha sido necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal sopesó los siguientes factores:

a) El margen de apreciación del Estado: se consideró amplio por los siguientes motivos:

- No se habían administrado vacunas contra la voluntad de los solicitantes, ni podrían haberse administrado, ya que el cumplimiento no podría haberse impuesto por la fuerza con arreglo a la legislación nacional pertinente.
- Existía un consenso general entre las Partes Contratantes, fuertemente apoyado por organismos internacionales especializados, de que la vacunación era una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables y que cada Estado debería aspirar a lograr el nivel más alto posible de vacunación.
- Sin embargo, no hubo consenso sobre un modelo único de vacunación infantil, sino más bien un espectro de políticas, que van desde una basada totalmente en la recomendación, pasando por aquellas que hacen que una o más vacunaciones sean obligatorias, hasta aquellas que la convierten en una cuestión de deber legal. para asegurar la vacunación completa de los niños. Tres de los gobiernos intervinientes habían compartido el enfoque más prescriptivo de la República Checa y varios otros Estados Miembros lo habían seguido recientemente debido

a una disminución de la vacunación voluntaria y la consiguiente disminución de la inmunidad colectiva.

- el carácter sensible del deber de vacunación infantil no se limitaba a la perspectiva de quienes no estaban de acuerdo con este deber, sino que también englobaba el valor de la solidaridad social, siendo el deber el propósito de proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular de aquellos que eran especialmente vulnerables frente a determinadas enfermedades y en cuyo nombre se pidió al resto de la población que asumiera un riesgo mínimo en forma de vacunación.
- cómo se sostuvo anteriormente, los asuntos de política sanitaria quedaron dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales que estaban en mejor posición para evaluar las prioridades y necesidades sociales.

La cuestión por determinar no es si se podría haber adoptado una política diferente y menos prescriptiva, como en algunos otros Estados europeos. Más bien, se trataba de si, al lograr el equilibrio particular como lo habían hecho, las autoridades checas se habían mantenido dentro de su amplio margen de apreciación en este ámbito.

b) Necesidad social apremiante y razones pertinentes y suficientes: la política de vacunación obligatoria fue la respuesta de las autoridades a la necesidad social urgente de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión y de prevenir cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación infantil. Se fundamentó en razones pertinentes y suficientes. Además del importante fundamento de salud pública, el consenso general entre los Estados y los datos de los expertos pertinentes, la Corte también tuvo en cuenta la cuestión del interés superior del niño. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, en todas las decisiones relativas a los niños, su

interés superior reviste la máxima importancia; esto reflejó el amplio consenso expresado en particular en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De ello se desprende que los Estados tienen la obligación de colocar el interés superior del niño, y también el de los niños como grupo, en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo. En lo que respecta a la inmunización, el objetivo debe ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves; esto se logró, en la gran mayoría de los casos, cuando los niños recibieron el programa completo de vacunaciones durante sus primeros años. Aquellos a quienes no se les podía administrar dicho tratamiento estaban indirectamente protegidos contra enfermedades contagiosas siempre que se mantuviera el nivel requerido de cobertura de vacunación en su comunidad, es decir, su protección provenía de la inmunidad colectiva. Por lo tanto, cuando una política de vacunación voluntaria no se considera suficiente para lograr y mantener la inmunidad colectiva, o dicha inmunidad no es relevante debido a la naturaleza de la enfermedad, se podría introducir razonablemente una política de vacunación obligatoria para lograr un nivel adecuado de protección contra la enfermedad. enfermedades serias. Sobre la base de esas consideraciones, la política de salud del Estado demandado era compatible con el interés superior de los niños.

c) Proporcionalidad - En primer lugar, el Tribunal examinó las características relevantes del sistema nacional:

- la obligación de vacunación se refería a diez enfermedades contra las que la comunidad científica consideraba que la vacunación era eficaz y segura.
- aunque obligatoria, la tasa de vacunación no es absoluta y permite exenciones por contraindicación permanente o por motivos de conciencia. De acuerdo con

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las circunstancias de cada caso individual debían evaluarse rigurosamente. Sin embargo, ninguno de los solicitantes se había basado en ninguna de las exenciones.

- el cumplimiento de la obligación de vacunación no podía imponerse directamente pero, al igual que en los arreglos adoptados en los Estados intervinientes, la obligación se cumplía indirectamente mediante la aplicación de sanciones. En la República Checa, la sanción fue relativamente moderada y consistió en una multa administrativa única. En el caso del primer solicitante, la cantidad se había aproximado al extremo inferior de la escala pertinente y no podía considerarse excesivamente severa u onerosa. En lo que respecta a los niños solicitantes, su no admisión a la educación preescolar tiene como objetivo salvaguardar la salud de los niños pequeños y, por lo tanto, tiene un carácter esencialmente protector más que punitivo.
- Las garantías procesales están previstas en la legislación nacional y los demandantes han podido hacer uso de los recursos administrativos y judiciales.
- el enfoque legislativo empleado permitió a las autoridades reaccionar con flexibilidad ante la situación epidemiológica y los avances en la ciencia médica y la farmacología.
- no se ha mostrado ningún problema sobre la integridad del proceso de formulación de políticas o la transparencia del sistema nacional.
- con respecto a la seguridad, reconociendo un riesgo muy improbable, pero sin duda muy grave para la salud de una persona, el Tribunal reiteró la importancia de las precauciones necesarias antes de la vacunación, incluido el control de la seguridad de las vacunas en uso y la verificación de posibles contraindica-

ciones en cada caso individual. En cada uno de esos aspectos, no había motivos para cuestionar la idoneidad del sistema nacional. Además, se permitió cierto margen de maniobra con respecto a la elección de la vacuna y el calendario de vacunación.

- aunque como propuesta general, la disponibilidad de compensación en caso de daño a la salud causado por la vacunación era relevante para la evaluación general de un sistema de vacunación obligatoria, esta cuestión no podía tener una importancia decisiva en el contexto de las presentes solicitudes, ya que no se habían administrado vacunas. Además, los demandantes no habían planteado esta cuestión en los procedimientos internos y, para la mayoría de ellos, los hechos ocurrieron en un momento en que se disponía de indemnización en virtud de la legislación nacional.

En segundo lugar, la Corte procedió a considerar la intensidad de la impugnada injerencia en el disfrute de los demandantes de su derecho al respeto de la vida privada:

- En lo que respecta al primer demandante, la multa administrativa que se le impuso no había sido excesiva dadas las circunstancias y no había tenido repercusiones en la educación de sus hijos.
- En cuanto al resto de demandantes, su exclusión de la educación preescolar significó la pérdida de una importante oportunidad para desarrollar su personalidad y comenzar a adquirir habilidades sociales y de aprendizaje en un entorno formativo y pedagógico. Sin embargo, esto había sido consecuencia directa de la decisión de sus padres de no cumplir con la obligación de vacunación, cuyo propósito era proteger la salud, particularmente en ese grupo de edad. Además, la posibilidad de asistencia al preescolar de los

niños que no podían ser vacunados por razones médicas dependía de una tasa de vacunación muy alta entre otros niños contra enfermedades contagiosas. Por lo tanto, no puede considerarse desproporcionado que un Estado exija a aquellos para quienes la vacunación representa un riesgo remoto para la salud que acepten esta medida de protección practicada universalmente, como una cuestión de deber legal y en nombre de la solidaridad social, por el bien del pequeño número de niños vulnerables que no pudieron beneficiarse de la vacunación. Por lo tanto, el poder legislativo checo tuvo la posibilidad de hacer esta elección de manera válida y legítima, que es plenamente coherente con el fundamento de proteger la salud de la población. La disponibilidad teórica de medios menos intrusivos para lograr este propósito, como sugirieron los demandantes, no restó valor a esa constatación. Además, los solicitantes no se habían visto privados de toda posibilidad de desarrollo personal, social e intelectual, incluso con un esfuerzo y gasto adicionales por parte de sus padres, y las consecuencias habían sido limitadas en el tiempo, ya que su posterior admisión a la escuela primaria no se había logrado. afectados por su estado de vacuna.

En conclusión, las medidas denunciadas por los demandantes, evaluadas en el contexto del sistema interno, se encontraban en una razonable relación de proporcionalidad con los fines legítimos perseguidos por el Estado demandado, que no había excedido su margen de apreciación, a través de la tasa de vacunación. . Por tanto, podrían considerarse “necesarios en una sociedad democrática”.

Conclusión: sin violación (dieciséis votos contra uno)

El Tribunal también, por mayoría, declaró inadmisibile la denuncia de los demandan-

tes en virtud del artículo 9 por ser incompatible *ratione materiae* con esta disposición. En particular, no han fundamentado que su opinión crítica sobre la vacunación sea suficientemente convincente, seria, cohesiva e importante como para constituir una convicción o creencia que atraiga las garantías del artículo 9.

(Véase también *Baytüre y otros contra Turquía* (dec.), 3270/09, 12 de marzo de 2013, Resumen legal; *Hristozov y otros contra Bulgaria*, 47039/11 y 358/12, 13 de noviembre de 2012, Resumen legal; *Solomakhin c. Ucrania*, 24429/03, 15 de marzo de 2012; *Boffa y otros c. San Marino*, 26536/95, decisión de la Comisión de 15 de enero de 1998; *Association of Parents c. Reino Unido*, 7154/75, decisión de la Comisión de 12 de julio de 1978)

STDH 22-4-2021 **(F.O: VS Ucrania)**

[Ir al texto](#)

Resumen: Derecho a la vida privada: vulneración existente.

El caso trata sobre al presunto acoso al demandante por parte de un maestro en una escuela pública y la falta de respuesta efectiva de las autoridades estatales a sus denuncias de acoso

Basándose en particular en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convención, el demandante denunció de que había sido acosado por un maestro, que eso había sido tolerado por las autoridades escolares pertinentes

LIBERTAD DE EXPRESION **STDH 6-4-2021**

[Ir al texto](#)

Art 10 • Libertad de expresión • Condena injustificada y multa por colocar accesorios de Papá Noel en la estatua del líder comunista como un gesto simbólico, en el contexto de protestas políticas a nivel nacional • Se requiere consideración matizada de la necesidad de sancionar actos que no destruyen o dañan físicamente monumentos, teniendo en cuenta la naturaleza y la intención del acto, el mensaje transmitido y el significado social del monumento

LIBERTAD DE INFORMACION **STDH 1-4-2021** **(Sedletska vs. Ucrania)**

[Ir al texto](#)

La demandante, Nataliya Yuriyivna Sedletska, es una ciudadana ucraniana que nació en 1987 y vive en Kiev.

El caso se refería a la autorización judicial del acceso a los datos telefónicos del solicitante, un periodista de Radio Free Europe / Radio Liberty, por las autoridades investigadoras, que supuso una amenaza para la protección de sus fuentes periodísticas.

Basándose en particular en el artículo 10 (libertad de expresión) de la Convención, la demandante denunció, de una injerencia injustificada en el derecho a la protección de las fuentes periodísticas.

Violación del artículo 10 CEDH

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO



OIT NEWS

Protección de la salud mental de los trabajadores sanitarios durante la pandemia de COVID-19.

[Ir a texto](#)

Invertir en la educación sobre el clima a fin de preparar mejor a una fuerza de trabajo para un futuro más verde. [Ir a texto](#)



Accede a todas nuestras publicaciones a través nuestra web

f t G+

Juezas y Jueces *para la* Democracia

[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Informes](#) [Publicaciones](#) [Buzón del juez/a](#) [Blogs](#)
[Contacto](#) [Acceso área restringida](#) [Rincón del opositor/a](#)

Igualdad
Defendemos con firmeza la lucha contra la desigualdad y reclamamos una democracia en la que estén más presentes los valores que nos conduzcan a la igualdad real de hombres y mujeres.

www.juecesdemocracia.es

ADMINISTRACIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL



MINISTERIO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

El paro se reduce en 59.149 personas, el tercer mejor dato en un mes de marzo en la serie histórica. [Ir a texto](#)

CALENDARIO ESTADÍSTICO

Índice de cifra de negocio empresarial. ICNE. Enero 2021. [Ir a texto](#)

Cuentas trimestrales no financieras de los sectores institucionales. CTNSFSI. Cuarto trimestre 2020. [Ir a texto](#)

Encuesta de ocupación en alojamientos turísticos y precios. EOAT. Febrero 2021. [Ir a texto](#)

Índices de producción industrial. [Ir a texto](#)

Estadística de Transporte de Viajeros (TV)

Enero 2021. Datos provisionales

El número de usuarios del transporte público disminuye un 51,1% en enero respecto al mismo mes de 2020

El transporte urbano baja un 51,9% en tasa anual y el interurbano un 54,2%

[Ir a texto](#)

Estadística de sociedades mercantiles. SM. Febrero 2021. [Ir a texto](#)

Índice de precios al consumo. IPC Marzo 2021. [Ir a texto](#)

Índice de precios al consumo armonizado. IPCA. Marzo 2021. [Ir a texto](#)

Contratación equitativa. Trabajo decente. [Ir a texto](#)

Estadística de transmisiones de derechos de propiedad. ETDP.

Febrero 2021. [Ir a texto](#)

Índices de cifras de negocios en la industria. [Ir a texto](#)

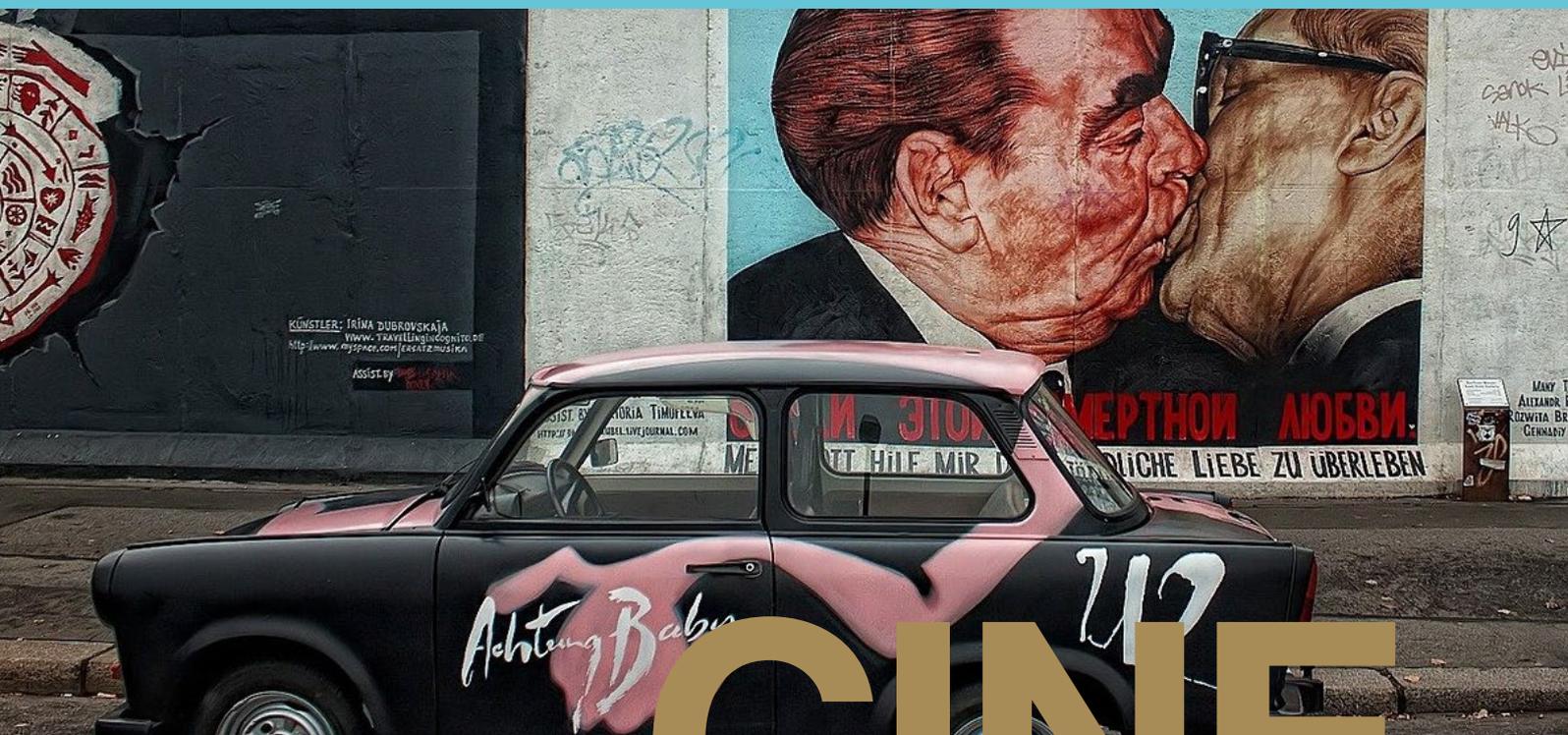
Indicadores de actividad del sector servicios. [Ir a texto](#)





El rincón de la conTraCultura

Silvia Ayestarán y
AG Stakanov



CINE

OSCAR PRIMERA ENTREGA

LOS 7 DE CHICAGO

(130 min.)
5 nominaciones.
Dir. y Guion:
Aaron Sorkin.
Producida por Amblin,
Dreamworks, Paramount
y Cross Creek. 2020.
Disponible en Netflix.

[\(Trailer\)](#)

MANK

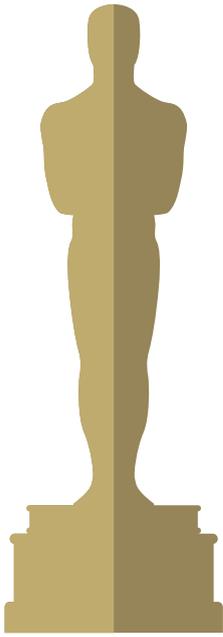
(104 min.).
10 nominaciones.
Dir. David Fincher.
Guion: Jack Fincher.
Producida por Netflix.
Disponible en Netflix.

[\(Trailer\)](#)

SOUND OF METAL

(120 min.)
6 nominaciones.
Darius Marder.
Guion: Darius
y Abraham Marder.
Producida por Caviar
Films. Disponible en
Amazon Prime.

[\(Trailer\)](#)



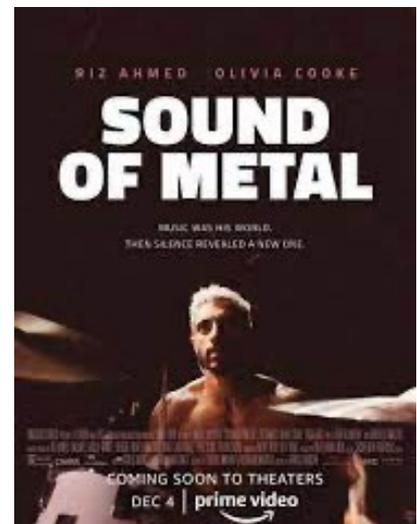
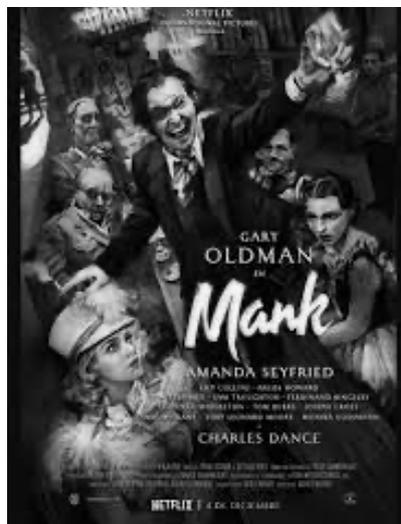
CINE

Al igual que hicimos la vez pasada, comentaremos las películas nominadas al Oscar a la mejor película entre este mes y el que viene.

El juicio de los 7 de Chicago pertenece a un género que ha proporcionado grandes joyas a lo largo de la historia del cine, pudiéndose recordar aquí *“El sargento negro”*, *“Matar a un ruiseñor”*, *“Testigo de cargo”*, *“La caja de música”*, *“Vencedores o vencidos”*, *“Anatomía de un asesinato”* o *“Algunos hombres buenos”*.

Aaron Sorkin, el Ferrari de todos los guionistas, nos presenta uno de los procesos más populares en EEUU, celebrado a finales de los 60, donde jóvenes activistas de toda especie son emplumados por el inefable John Mitchell (Fiscal general con Nixon, ex compañero de despacho, especialista en recoger fajos por debajo de la mesa, artífice principal del Watergate y uno de los primeros en caer cuando Triky Dick comenzó a soltar lastre en 1974). Pese a apenas conocerse entre sí, el conjunto será acusado de conspiración para alterar la convivencia, presentando como excusa su reunión en Chicago para influir sobre la Convención Nacional Demócrata de 1968 (librada entre el vicepresidente con Johnson, Hubert Humphrey, alineado a favor de la guerra en Vietnam y el outsider Eugene McCarthy, partidario de salir zumbando del avispero asiático).

Un ritmo notable y diálogos estimulantes respaldados por un curioso racimo de vario-



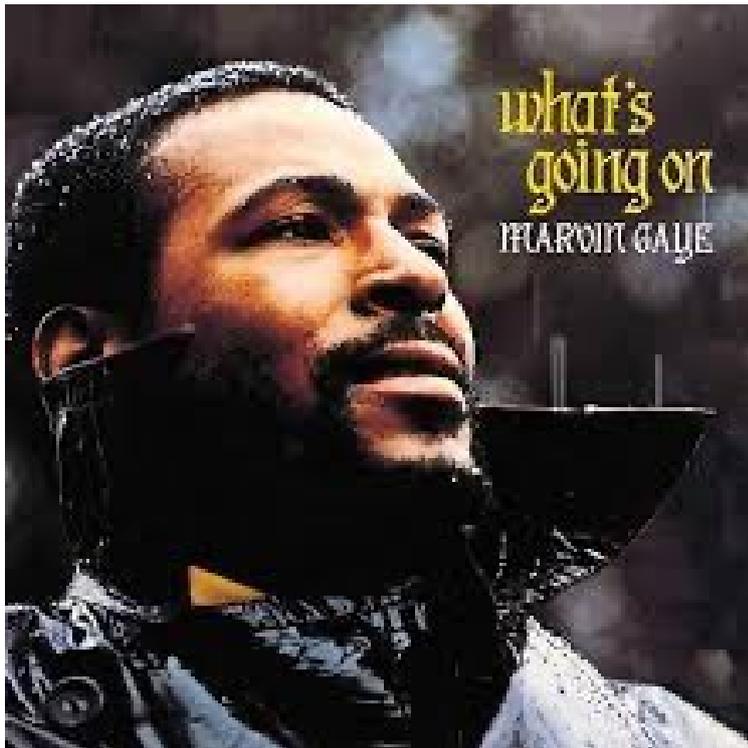
pintos protagonistas, todos muy bien interpretados, componen un drama judicial apreciable. Es inevitable pensar en que habrá en una España cada vez más despistada quien, conmovido por la emotividad a que conduce el relato, observe similitudes entre nuestro sistema judicial y la trama de la película y, en especial, con el carácter político del juicio y la previsible falta de imparcialidad del Juez en la instancia. Una figura que aquí actualiza de forma extrema el arquetipo del hombre solo, encarnado en un magistrado Frank Langella, cuya filmografía acumula ya tres villanos de manual, Drácula, el propio Nixon (cuya sombra planea en esta), y este Julius Hoffman, un hombre de otro tiempo llamado a naufragar sin remedio cuando decide enfrentarse, auxiliado por media docena de sicarios habilitados como agentes de sala y pertrechado de su humilde malleto, con todo lo que trajeron los sesenta (desde los inofensivos hippies lisérgicos a las asambleas AntiVietnam, pasando por los aseados New Lefties que poblarán la Administración Clinton, a los colectivos de autodefensa "Panteras negras" nacidos tras el asesinato de Malcolm X).

Mank apunta otras pretensiones y forma parte de aquellas películas que hablan sobre cine. En este caso, el ejercicio metafílmico (que antes llevaron a cabo películas como *Cazador blanco corazón negro* -Eastwood- sobre *La reina de África* o, recientemente, *La invención de Hugo* -Scorsese-, asomada al universo pionero de Georges Méliès), acaba preparando un plato únicamente "apto para cinéfilos". Requisito imprescindible: haber visto *Ciudadano Kane* no menos de 15 veces (esto no es tan raro) y estar iniciado en los entresijos y personajes de la fábula sobre el famoso trineo (¿o Rosebud era la otra cosa?). Porque esto es lo que te va a contar la película a través de uno de los personajes menos conocidos: su (único) guionista Herman Mankiewicz. *Mank* -así llamado para evitar el trabalenguas eslavo- convierte su trabajo en un suicida ajuste de cuentas con el magnate retratado por Welles en su obra icónica. Ese blanco y negro y la magnífica ambientación evoca los entresijos de la era dorada de Hollywood y pretende sintonizar con el propio lenguaje expresionista empleado por Welles para recrear el oscarizado guion de Mankiewicz, recreado al gusto por un Gary Oldman en la cima de su éxito, legítimo sucesor de Jack Nicholson en el retrato del malditismo. Haberse iniciado con el biopic de Syd Vicious no podían llevarle a otro lugar.

Cambiando completamente de tercio, en *Sound of metal* nos encontramos con una película *indie* de superación que el documentalista Darius Marder centra en un músico que pierde la audición y con ello, todo el mundo que le sustentaba; toda una conmoción que el británico pakistaní Riz Ahmed (candidato al Oscar a la mejor interpretación) muestra en su expresiva mirada. Película áspera, sin adornos y rodada con mucha autenticidad, en la que el protagonista tiene que optar entre la disyuntiva de aceptar su situación y permanecer en la comunidad de sordos que le acoge o vivir en un mundo distinto, metalizado. Los Oscars en no pocas ocasiones ha premiado historias de este tipo, nos vienen a la mente *Hijos de un Dios menor* -cuánto echamos de menos las apariciones de William Hurt-, *Mi pie izquierdo*, *El milagro de Ana Sullivan*, *Belinda*, y la madre de todas, aunque sin premio de la Academia, *Johnny cogió su fusil*. Tampoco logró estatua una película que debería ser de obligada visión en todos los colegios: *La historia de Marie Heurtin* (2014), la hermosísima historia de una joven sorda, muda y ciega en la Francia del siglo XIX y la monja que desarrolló un lenguaje para comunicarse con ella.

MÚSICA

BLUES/ROCK/SOUL.
LOS TRES COLORES BÁSICOS...



ESTE MES

Whats going on: MARVIN GAYE
(Tamla Motown, Soul, 1971)

Si *Highway 61 revisited* abrió el rock a los temas que forjaban el cambio generacional en los 60, *What's going on* hizo lo propio con el Soul, un género normalmente encasillado en la temática amorosa (como sucede con los intérpretes que cantan en francés). Era el 11º trabajo de un renovado Marvin Gaye, que hasta entonces no pasaba de ser uno de los cantantes destacados dentro del muestrario de la Motown, esa factoría que manufacturaba hits aplicando los principios del *fordismo* (equipo de compositores, equipo de

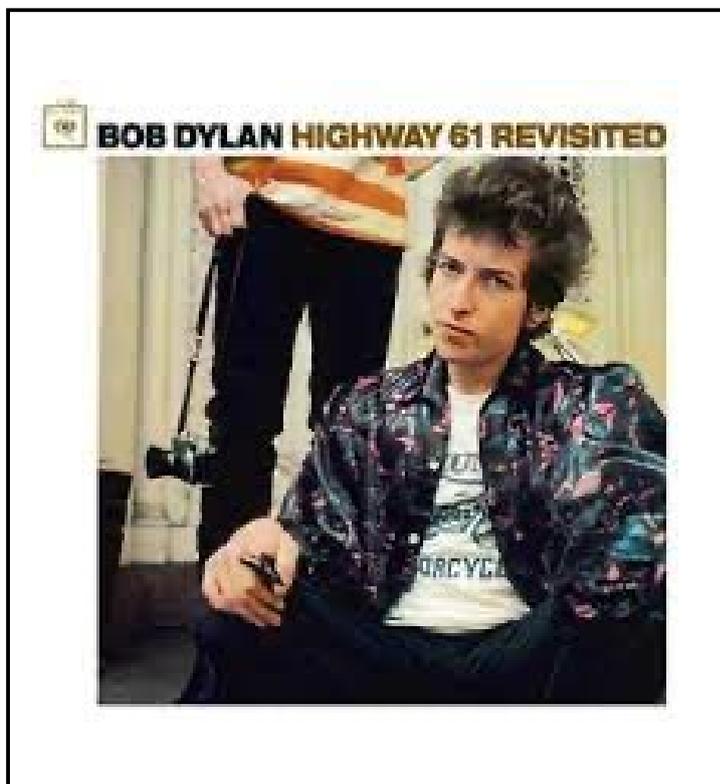
arreglistas, equipo de músicos, equipo de productores, equipo de intérpretes, equipo de publicistas), concebida por el inmortal Berry Gordy en Detroit. Si alguien quiere saber como se hacía eso puede echar una tarde de domingo viendo [Hitsville; the making of Motown](#) en Netflix. Así no pecáis.

Marvin da un paso adelante en los años 70 tras sufrir un proceso autodestructivo causado por varios reveses en su vida personal y profesional. Impactado por los relatos que su hermano le traslada desde Saigón, resuelve crear un producto monográfico inspirado en los horrores de la guerra. Al jefe del sello esto le pareció una muy mala idea y estuvo a punto de cortarle las alas. Pero Gordy siempre ha sido un hombre de apuestas y aceptó el envite de Marvin de condicionar el lanzamiento al éxito del primer single. El incontable éxito de *Whats going on*, el primer sencillo del LP homónimo, hizo el resto. Y de ahí al nº 1, mejor LP de la historia, que le reconoce hoy la revista Rolling Stone.

Ese momento cenital precede a un descenso a los infiernos sin viaje de regreso que culmina, qué otro remedio, con el oscuro episodio de su muerte, cerrando así el círculo

que lo ligaba a su gran referente, Sam Cooke, del que ya hablamos en estas páginas. Antes del final, los años 80 le pillaron en Europa por asuntos fiscales. De esta época data su último gran éxito, un mantecado insoportable orientado a la MTV que, a buen seguro, ha eclipsado para el gran público el valor de la enorme joya que hoy os hemos presentado. Si este post sirve para que dejéis de asociar al infeliz de Marvin Gaye con *Sexual Healing* nos damos por complacidos.

...Y SUS DERIVADOS (COMBINACIONES, PERMUTACIONES Y PERVERSIONES)



ESTE MES: BOB DYLAN “*Highway 61 revisited*” (Columbia, 1965. Folk Rock).

El biopic sobre Dylan, *Going electric*, previsto para su estreno en 2021, informará al gran público acerca del punto de inflexión en la carrera del viejo búho, llamado en su día a heredar, con ligera ventaja sobre Joan Baez y hasta el puñetero Donovan, el panteón de los Woody Guthrie o Pete Seeger, verdaderos brahmanes del último mester de juglaría. Exacto, no nos gusta el folk. De hecho, no creemos que le guste a nadie en realidad. Otra cosa es que existan individuos a los que les parezca bien decir que les gusta. El meta-lenguaje y sus matices.

Tras hacerse con el principal cartel del festival de Newport, *meeting* de la escena folkie mundial, Dylan tuvo en su edición de 1965 la genial ocurrencia de enchufar una guitarra eléctrica. En la época de la televisión, ninguna carrera que merezca ser recordada nace sin un escándalo previo. Los Beatles y la histeria de fans desmayadas, los Stones y el consumo drogas, los Who y el destrozo inmisericorde del mobiliario hotelero, Dylan y su famosa traición... en realidad montajes apoteósicos, más o menos espontáneos, que consiguen hacer global el producto. En 1960 nadie podría imaginar que un cantautor de guitarra y armónica pudiera llegar a premio Nobel, ni incluso permitirse una jubilación desahogada. A propósito, ¿qué se sabe de Donovan?. Pues que se hizo psicodélico para sobrevivir a una muerte segura por inanición.

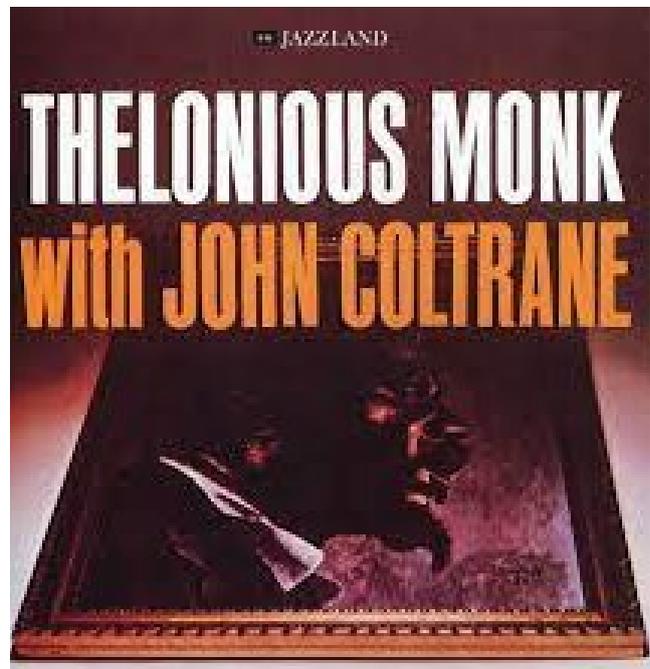
Highway 61 revisited es la piedra angular que permitirá al futuro emplear la música rock para la reflexión, abandonando el aspecto lúdico y urgente del primer *rock and roll* (esas *silly love songs* que anatemizó Lennon después de hacerse millonario cantando *All you need is love, u, uu, uu*). Hipocresías aparte, Dylan diseñó con ese simple gesto (eléctrico) la plataforma sobre la que otros lanzarán sus mensajes al exterior en una época en la que los poetas y los literatos contemplarán consternados el ocaso de su arte, definitivamente postergado por la fiebre audiovisual.

Muchos en Argentina tienen a Miguel Hernández y a Machado como letristas de Serrat.

Jazz/Experimental

ESTE MES: THELONIOUS MONK.
 “*With John Coltrane*” (Impulse!, 1961;
Classic Jazz).

Al hablar de John Coltrane enumeramos la que podría tenerse por quinteto titular del Jazz, citando a los que, sin discusión, ocupan la alta magistratura del género. No obstante, cualquier aficionado tiene el suyo propio, que habrá de incluir a alguno o ninguno de los aceptados mayoritariamente. Si seguimos insistiendo en asimilar Jazz con Basket, y obvias son muchas de las coincidencias, podríamos plantearnos el elegir ese sexto hombre al que se recurre para dar el primer relevo. Y creo que semejante honor habría de corresponder a Thelonius Monk, por encima de Charles Mingus, Evans o Gillespie. Otro dirá otra cosa.



Quienes deseen adentrarse en el personaje tienen a su disposición el filme [Straight no chaser](#), en realidad un documental de 1989 que retrata la evolución de uno de los músicos más influyentes del género, impulsor del bebop sobre el piano, trasladando al rey de los instrumentos el legado de Dizzy y Bird.

Coltrane y Thelonius eran originarios del mismo Estado (sus localidades de nacimiento estaban a tres horas por carretera) pero no tocaron juntos hasta que el saxofonista vio en Monk una puerta mágica para explorar nuevas direcciones. Componen una de las duplas icónicas del género, solo comparable con la ya citada de Gillespie y Parker o la más reciente de Davis y Shorter. Este LP incluye un resumen de su colaboración entre 1956 y 1960.



CARTA SOCIAL EUROPEA

ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Traducido por **Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH**
Magistrado especialista del Orden Social.
Doctor en Derecho Social



Artículo 17 Derecho de los niños, niñas y adolescentes a la protección social, jurídica y económica

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección social, jurídica y económica adecuada.

17.1 En aras de asegurar que los niños, niñas y adolescentes ejerzan efectivamente el derecho a crecer en un entorno propicio para el desarrollo de su personalidad y el desarrollo de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a tomar, ya sea directamente, bien en cooperación con Organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a:

- ★ a. asegurar a los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, el cuidado, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular, previendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes para tal fin;
- ★ b. proteger a los niños, niñas y adolescentes del abandono, la violencia o la explotación;
- ★ c. Garantizar una protección y asistencia especial por parte del Estado frente a los niños, niñas o adolescentes privados temporal o permanentemente del sustento familiar.

Anexo: Se entiende que esta disposición se aplica a todas las personas menores de 18 años, salvo que la mayoría de edad se haya alcanzado antes en virtud de la legislación que les sea aplicable, sin perjuicio de las demás disposiciones específicas previstas en la Carta, en particular el artículo 7.

Esto no implica la obligación de impartir educación obligatoria hasta la edad antes mencionada.

El artículo 17 § 1 incorpora los derechos garantizados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en la Carta y se interpreta a la luz de este texto.^{1 2}

Cubre los siguientes aspectos:

- ▶ la situación jurídica del niño;
- ▶ el derecho a la educación;
- ▶ los derechos de los niños confiados a la asistencia pública;
- ▶ la protección de los niños contra la violencia, los malos tratos y los abusos;
- ▶ niños en conflicto con la ley
- ▶ el derecho a la asistencia.

Situación legal del niño

El artículo 17 de la Carta no permite ninguna discriminación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, en particular en lo que respecta a las obligaciones alimenticias y los derechos de herencia³.

El artículo 17 garantiza el derecho de los niños, en principio, a conocer sus orígenes. El Comité examina los procedimientos para determinar la maternidad y la paternidad; en particular, examina situaciones en las que no es posible establecer la paternidad y en las que el derecho del niño a conocer su origen está sujeto a restricciones⁴.

En cuanto a la edad mínima requerida para contraer matrimonio, los casos en los que es diferente para mujeres y hombres han suscitado interrogantes sobre la base de que esta situación podría ser discriminatoria y que, si la edad mínima para las mujeres es baja, estas pueden no estar suficientemente protegidas.^{5 6}

Derecho a la educación

El artículo 17, tanto en su primer párrafo como en su segundo párrafo, reconoce el derecho de todos los niños a la educación⁷. Sin embargo, cuando los Estados han aceptado los dos párrafos del artículo 17, la cuestión se examina con arreglo al párrafo 2 del artículo 17.

1. Conclusiones XV-2, Comentario interpretativo del artículo 17

2. Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) v. Irlanda, Demanda No. 18/2003, Decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2004, §§ 61-63

3. Conclusiones XVII-2, Malta

4. Conclusiones 2003, Francia

5. Conclusiones 2003, Francia

6. Conclusiones 2011, Ucrania

7. Centro para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, decisión sobre el fondo de 3 de junio de 2008, § 34

Niños bajo custodia pública

Cualquier restricción o limitación de los derechos de custodia parental debe basarse en criterios establecidos por el legislador y no puede ir más allá de lo necesario para la protección y el interés superior del niño, así como para la restauración familiar⁸.

El cuidado a largo plazo del niño fuera del hogar debe tener lugar, en primer lugar, en una familia de acogida capaz de criarlo; sólo se debe recurrir a una institución cuando sea necesario⁹.

Los niños acogidos en instituciones deben tener derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades emocionales y su bienestar físico, en la mayor medida posible, y se les debe brindar protección y asistencia específicas. Estas instituciones deben asegurar que promuevan el desarrollo de todos los niños que son colocados allí. Las unidades que se instalen dentro de las instituciones de acogida de menores deben presentar un marco cercano al entorno familiar y en principio no tener más de diez hijos¹⁰.

Los derechos y libertades fundamentales como el derecho a la integridad, la privacidad, la propiedad y la oportunidad de reunirse con familiares deben garantizarse a los niños que viven en instituciones¹¹.

La legislación nacional debe prever recursos contra decisiones que tengan el efecto de restringir los derechos de los padres, colocar al niño en la asistencia pública o limitar el derecho de acceso de la familia inmediata del niño¹².

Debe haber también un procedimiento que permita cuestionar la atención y el tratamiento en una institución. El sistema de protección de la infancia, y en particular las instituciones interesadas, deben estar debidamente supervisados¹³.

La colocación debe ser una medida excepcional y solo está justificada si se basa en las necesidades del niño, es decir, si mantenerlo en el entorno familiar lo pone en peligro. Por otro lado, considera que las condiciones económicas o las circunstancias materiales de la familia no deben ser el único motivo de la acogida. En todos los casos, las alternativas a la colocación deberían haberse buscado de antemano y teniendo en cuenta las opiniones y deseos expresados por el niño, sus padres u otros miembros de la familia¹⁴.

8. Conclusiones XV-2, Comentario interpretativo del artículo 17

9. Conclusiones XV-2, Comentario interpretativo del artículo 17

10. Conclusiones 2005, República de Moldova

11. Conclusiones XV-2, Comentario interpretativo del artículo 17

12. Conclusiones XV-2, Comentario interpretativo del artículo 17

13. Conclusiones 2005, Lituania

14. Conclusiones 2011 (XIX-4), Observación interpretativa de los artículos 16 y 17

Protección de los niños contra la violencia, el abuso y el abuso

El derecho interno de los Estados Parte debe contener disposiciones que permitan prohibir y sancionar todas las formas de violencia contra los niños, incluidos los castigos corporales, en el hogar familiar, en las escuelas y en las instituciones, todo acto o comportamiento que pueda socavar la integridad física, dignidad, desarrollo o realización psicológica del niño. Estas disposiciones deben ser lo suficientemente claras, vinculantes y precisas para no dejar al juez la posibilidad de negarse a aplicarlas a la violencia contra los niños. Además, el Estado debe actuar con diligencia para eliminar concretamente la violencia proscrita¹⁵.

Niños en conflicto con la ley

La edad de responsabilidad penal no debe ser demasiado baja^{16 17}. Los procesos penales de niños, niñas y adolescentes deben adecuarse a su edad y los procesos que involucran a menores deben desarrollarse con celeridad. Los menores sólo deben ser puestos en prisión preventiva con carácter excepcional, por infracciones graves y por períodos breves,^{18 19} y, en tales casos, deben ser separados de los adultos.

La condena de menores delincuentes a penas de prisión debe ser algo excepcional. Estas condenas deben ser breves²⁰ y su duración debe ser fijada por un tribunal. Además, los jóvenes infractores no deben cumplir sus condenas con reclusos adultos.^{21 22}

Derecho a asistencia

El artículo 17 garantiza el derecho de los niños, incluidos los niños en situación irregular, incluidos los menores no acompañados, a recibir atención y asistencia, incluida asistencia médica y una vivienda adecuada^{23 24 25}.

15. Association for the Protection of Children (APPROACH) Ltd v. Francia, denuncia n ° 92/2013, decisión sobre la admisibilidad de 20 de enero de 2015

16. Conclusiones 2011, Irlanda

17. Conclusiones 2011, Reino Unido

18. Conclusiones 2005, Francia

19. Conclusiones 2011, Dinamarca

20. Conclusiones 2011, Noruega

21. Conclusiones 2011, Bélgica

22. Conclusiones XV-2 (2001), Observación interpretativa del artículo 17 §1

23. Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) c. Francia, denuncia n° 14/2003, decisión sobre el fondo del 8 de septiembre de 2004, §36

24. Defensa de los Niños Internacional (DCI) v. Países Bajos, denuncia No. 47/2008, decisión sobre el fondo del 20 de octubre de 2009, §§70-71

25. Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, Demanda No. 86/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014, §50

El artículo 17 se refiere a la asistencia que debe proporcionar el estado si el menor no está acompañado o si los padres no pueden proporcionar dicha asistencia. La falta de aplicación del artículo 17, párrafo 1 (b), expone a varios niños, niñas y adolescentes a un grave riesgo para su vida o su integridad física²⁶.

Los Estados Parte tomarán las medidas necesarias y adecuadas para asegurar que los menores en cuestión reciban el cuidado y la asistencia que necesitan, así como para protegerlos contra el abandono, la violencia o la explotación, causando graves riesgos para el goce de sus derechos más fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad psicofísica y al respeto de la dignidad humana²⁷.

El sistema de acogida de menores extranjeros no acompañados debe respetar la dignidad de los menores y la detención de un menor en las salas de espera, junto con los adultos, y / o alojados en hoteles, privados de la asistencia de un tutor no puede ser en el mejor interés del niño²⁸

Las evaluaciones médicas de la edad pueden tener graves consecuencias para los menores y que el uso de pruebas óseas para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados es inapropiado y poco confiable. Por lo tanto, el uso de tales pruebas viola el artículo 17 § 1 de la Carta²⁹.

La atención inmediata es fundamental porque permite ver las necesidades materiales del joven, la necesidad de atención médica o psicológica para establecer un plan de apoyo al niño.

17.2 Con miras a asegurar que los niños, niñas y adolescentes ejerzan efectivamente el derecho a crecer en un ambiente propicio para el desarrollo de su personalidad y el desarrollo de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a tomar directamente, ya sea en cooperación con el público. u organizaciones privadas, todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar la educación primaria y secundaria gratuita para niños y adolescentes, así como para promover la asistencia regular a la escuela.

Anexo: Se entiende que esta disposición cubre a todas las personas menores de 18 años, salvo que la mayoría de edad se haya alcanzado antes en virtud de la legislación que les sea aplicable, sin perjuicio de las demás disposiciones específicas previstas en la Carta, en particular el artículo 7.

26. Defensa de los Niños Internacional (DCI) v. Bélgica, denuncia n ° 69/2011, decisión sobre el fondo de 23 de octubre de 2012, §73

27. Defensa de los Niños Internacional (DCI) v. Bélgica, denuncia n ° 69/2011, decisión sobre el fondo de 23 de octubre de 2012, §82

28. Comité Europeo para la Acción Prioritaria en el Hogar para el Niño y la Familia (EUROCEF) v. Francia, denuncia No. 114/2014, decisión sobre el fondo de 24 de enero de 2018.

29. Comité Europeo para la Acción Prioritaria en el Hogar para el Niño y la Familia (EUROCEF) v. Francia, denuncia No. 114/2014, decisión sobre el fondo de 24 de enero de 2018

Esto no implica la obligación de impartir educación obligatoria hasta la edad antes mencionada.

Los Estados Partes tienen la obligación de establecer y mantener un sistema educativo que sea accesible y eficiente. Un sistema educativo accesible y eficiente presupone, entre otras cosas, la existencia de estructuras operativas de educación primaria y secundaria, con un número suficiente de escuelas que deben respetar una distribución geográfica equitativa (en particular entre áreas rurales y urbanas). El número de niños en la escuela debe corresponder al número total de niños en el margen de edad. El tamaño de la clase y la proporción maestro / alumno deben ser razonables. Debe existir un mecanismo que permita controlar la calidad de la educación brindada y los métodos de enseñanza utilizados. La educación debe ser obligatoria hasta la edad mínima de admisión al empleo³⁰.

Dado que debe garantizarse la igualdad de acceso a la educación para todos los niños, se debe prestar especial atención a los grupos vulnerables, como los niños pertenecientes a minorías, los niños solicitantes de asilo, los niños refugiados, los niños hospitalizados, los niños en hogares de guarda, las adolescentes embarazadas, las madres adolescentes, los niños privados de su libertad, etc. Los niños que pertenecen a estos grupos deben integrarse en el sistema de educación general y en las corrientes principales. Cuando sea necesario, deben tomarse medidas especiales para garantizar la igualdad de acceso a la educación para estos niños³¹. Sin embargo, las medidas especiales para los niños romaníes no deben prever la creación de escuelas o clases separadas reservadas para ellos.³²

Con respecto a los niños con discapacidad, su derecho a la educación está garantizado tanto por los párrafos 1 y 2 del artículo 17, como por el párrafo 1 del artículo 15³³ y por el artículo 10; sin embargo, dadas las peculiaridades de estas diversas disposiciones, es prioritario el artículo 15 el que se aplica. La Carta no deja a los Estados Partes un amplio margen de apreciación a la hora de elegir el tipo de escuela en la que promoverán la independencia, integración y participación de las personas con discapacidad, ya que claramente debe ser una escuela ordinaria. El margen de apreciación no aplica únicamente a los medios que los Estados consideren más apropiados para garantizar que se brinde dicha asistencia³⁴.

El acceso a la educación es de vital importancia para la vida y el desarrollo de todos los niños. Negar el acceso a la educación a un niño en situación irregular los hace aún más vulnerable. En consecuencia, ya sea que se encuentren en una situación regular o irregular, los niños están comprendidos en el ámbito personal

30. Conclusiones 2003, Observación interpretativa del artículo 17, véase, por ejemplo, Francia

31. Centro para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, decisión sobre el fondo de 3 de junio de 2008, §34

32. Conclusiones 2011, República Eslovaca

33. Conclusiones 2003 Bulgaria

34. European Disability Action (AEH) c. Francia, denuncia n° 81/2012, decisión sobre el fondo del 11 de septiembre de 2013, §§ 24-30

del artículo 17 § 2.³⁵ Además, los Estados Partes están obligados, en virtud del artículo 17.2 de la Carta, a garantizar que los niños situación irregular en su territorio tienen acceso efectivo a la educación como cualquier otro niño, incluso para aquellos que han superado la edad escolar obligatoria³⁶.

Calidad de la enseñanza³⁷

Los Estados Partes deben establecer y mantener un sistema de calidad. Para ello, es necesario establecer estructuras operativas de educación primaria y secundaria con un número suficiente de establecimientos y clases correctamente distribuidos por todo el territorio, con una proporción numérica profesor / alumno, adecuada.

Además, debe existir un mecanismo para verificar la calidad de la educación brindada y los métodos de enseñanza utilizados en las instituciones públicas y privadas.

Costo de la educación³⁸

Según el artículo 17 § 2, la educación primaria y secundaria deben ser gratuitas. Esto cubre la educación básica. Todos los cargos ocultos: manuales, ropa, etc. - debe ser razonable y debe ofrecerse ayuda para limitar su impacto en las categorías más vulnerables.

Asistencia a la escuela³⁹

Deben tomarse medidas para fomentar la asistencia a la escuela, reducir efectivamente el número de niños que abandonan o no completan la educación obligatoria y reducir la tasa de absentismo⁴⁰.

Los Estados Partes gozan de un margen de apreciación a la hora de determinar e implementar medidas para combatir el absentismo.

Sin embargo, el artículo 17 § 2 implica que todos los costos ocultos, como libros de texto o ropa, deben ser razonables y que se debe ofrecer ayuda para limitar su impacto en las categorías más vulnerables de la población, para no interferir con el objetivo. perseguido.⁴¹

35. Conclusiones 2011, Observación interpretativa del artículo 17 § 2

36. Médicos del Mundo - Internacional v. Francia, denuncia n° 67/2011, decisión sobre el fondo del 11 de septiembre de 2012, §128.

37. Conclusiones 2003, Bulgaria

38. Conclusiones 2003, Bulgaria

39. Conclusiones 2011, República de Moldova

40. Conclusiones 2003, Bulgaria

41. Comité europeo de acción especializada para los niños y las familias en su entorno de vida (EUROCEF) c. Francia, denuncia n° 82/2012 decisión sobre el fondo del 19 de marzo de 2013, §31