



Vniversitas  
ISSN: 0041-9060  
ISSN: 2011-1711  
revistascientificasjaveriana@gmail.com  
Pontificia Universidad Javeriana  
Colombia

## Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la covid-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo\*

 Cajas Sarria, Mario Alberto

 Sarmiento Erazo, Juan Pablo

Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la covid-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo\*

Vniversitas, vol. 71, 2022

Pontificia Universidad Javeriana

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82570824019>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prvo>




Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.


Artículos

# Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la covid-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo\*

Proportionality and Reasonableness of Mandatory Vaccination against  
COVID-19: Approaches from Contemporary Constitutionalism

*Mario Alberto Cajas Sarria*  
*Universidad Icesi, Colombia*  
mcajas@icesi.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0003-4070-0135>

*Juan Pablo Sarmiento Erazo*  
*Universidad de La Sabana, Colombia*  
 <https://orcid.org/0000-0002-7303-3300>

Vniversitas, vol. 71, 2022  
Pontificia Universidad Javeriana  
Recepción: 18 Marzo 2022  
Aprobación: 04 Abril 2022  
Publicación: 30 Junio 2022  
DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prvo>

**Resumen:** La pandemia de la covid-19 ha desafiado a la comunidad científica, la economía, los sistemas sanitarios y, por supuesto, al derecho. Un número importante de Estados ha impuesto medidas de restricción y confinamientos generales y localizados para el control de la enfermedad y su expansión. No obstante, la vacunación aparece como una de las herramientas más eficaces para combatir su propagación y letalidad, de ahí que se haya abierto un debate jurídico sobre su obligatoriedad. En este artículo se argumenta que, muy a pesar de la afectación de algunos derechos fundamentales, las medidas restrictivas para incentivar la vacunación podrían superar el juicio de ponderación. Para soportar este argumento, se proponen unos “escenarios” constitucionales y se examina la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas más comunes identificadas en la experiencia comparada.

**Palabras clave:** Vacunación obligatoria, test de proporcionalidad y razonabilidad, restricciones a libertades públicas, pandemia de la covid-19, confinamientos obligatorios.

**Abstract:** The COVID-19 pandemic has challenged the scientific community, the economy, health systems and of course, the Law. A significant number of States have imposed general and localized restriction and lockdown measures to control the disease and its spread. However, vaccination appears as one of the most effective tools to combat its spread and lethality, which is why a legal debate has been opened about its mandatory nature. In this article it is argued that, despite the affectation to some fundamental rights, restrictive measures to promote vaccination could overcome the weighting judgment. To support this argument, we will proceed to develop some constitutional “scenarios” and address the reasonableness and proportionality of the most common measures identified in the comparative experience.

**Keywords:** Mandatory vaccination, proportionality and reasonableness test, restrictions on public liberties, COVID-19 pandemic, mandatory confinements.

## Introducción, discusión y problema

La lucha contra la pandemia del virus SARS-CoV-2 (covid-19), se ha concentrado en la vacunación, que se administra desde diciembre del 2020, cuando ya se registraban más de 70 millones de personas contagiadas y 1,5 millones fallecidas en el mundo<sup>1</sup>. Así, el control del virus parece desplazarse desde los confinamientos y otras restricciones, que han tenido amplios debates jurídicos y políticos, hacia los programas de vacunación y su función preventiva<sup>2</sup>.

Ahora bien, los programas masivos de vacunación colectiva y su regulación por el derecho no son nuevos: a modo de ejemplo, de tiempo atrás se han desarrollado programas y políticas públicas para enfrentar enfermedades, tales como: poliomielitis, meningitis tuberculosa, hepatitis B, difteria, influenza, sarampión y fiebre amarilla, y, en varios de estos casos, se han establecido medidas que imponen la inoculación. Aunque los antecedentes legales y judiciales más recientes se centraron en garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de la vacunación, en la actualidad se discute la imposición obligatoria de la vacuna contra la covid-19. En efecto, varios países han empezado a tomar medidas que limitan ciertos derechos a quienes no se vacunen, ya se producen las primeras decisiones judiciales sobre la constitucionalidad de algunas de estas restricciones, al tiempo que la literatura jurídica sobre el campo es aún escasa<sup>3</sup>.

Entre los antecedentes de la regulación legal de la vacunación obligatoria, el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1960 muestra un interesante panorama a propósito de la inmunización contra la viruela y la difteria. Según el reporte, sesenta países, con algunas excepciones, establecían la vacunación obligatoria contra la viruela, aunque había diferencias entre ellos, dependiendo de aspectos tales como: edad de las personas, si eran primeras dosis o refuerzos, medidas de emergencia en casos de epidemia, o acceso a la educación (colegios). También daba cuenta de excepciones como la objeción de conciencia o las razones médicas. En cuanto a la difteria, indicó que casi treinta países habían establecido la obligatoriedad de la vacuna desde 1940. Como dato de contraste, ofreció ejemplos de países que, como el del Reino Unido, tenían alta cobertura en vacunación contra este virus, pese a que no era obligatoria. El informe, además, ofrece una conclusión valiosa para nuestro tiempo: que así se opte por la vacunación obligatoria o voluntaria, la educación en salud es fundamental para enfrentar a quienes se oponen a la inmunización<sup>4</sup>.

Estados Unidos también registra antecedentes de medidas de vacunación obligatorias que se remontan a sus tiempos fundacionales<sup>5</sup>. Por ejemplo, George Washington presionado por el ejército ordenó la vacunación contra la viruela en 1777. Por su parte, en el contexto escolar, en 1855, el estado de Massachusetts ordenó

que todos los niños debían vacunarse contra ese virus para ingresar al colegio<sup>6</sup>.

Una de las sentencias más importantes en la historia jurídica estadounidense es *Jacobsen vs. Massachusetts* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 1905, que incluso ha pervivido como precedente judicial para enfrentar la pandemia de la covid-19. El caso se originó por un brote de viruela en 1902, que obligó a las autoridades de Cambridge (Massachusetts) a ordenar la vacunación o revacunación de los habitantes que habían sido inoculados en la infancia. Un pastor se negó a revacunarse porque consideraba que la vacuna en su niñez le había causado reacciones adversas. Las autoridades de la ciudad le impusieron una multa, pero él no la pagó porque argumentó que la ciudad vulneraba sus derechos a la vida, la libertad y a “perseguir la felicidad” de la Enmienda 14. La Corte Suprema decidió que la medida no vulneraba ningún derecho porque la Constitución no consagraba un derecho absoluto a cada individuo “en todos los tiempos y circunstancias a ejercer su libertad sin restricciones, pues el bien común exigía fijar algunos límites, y porque una sociedad organizada no podía existir sin la seguridad de sus miembros”<sup>7</sup>.

En el Reino Unido también hay una larga trayectoria de disputas por la vacunación obligatoria. En 1853, el *Vaccination Act* hizo obligatoria la inoculación contra la viruela. La legislación causó el rechazo de muchas personas y protestas callejeras porque la consideraron invasiva y violatoria de derechos, así como también por razones religiosas o preocupaciones sobre la salud. Al parecer, la medida generó mayor resistencia ciudadana a la vacuna. En 1898, una reforma legal permitió la objeción de conciencia a los renuentes<sup>8</sup>.

En Colombia también hay antecedentes de regulación de vacunación obligatoria bajo la Constitución de 1886. A modo de ejemplo, los artículos 9 y 10 de la Ley 99 de 1922 establecieron la obligación de la vacuna antivariolosa “en el curso del primer año de edad” y la revacunación a los once y los veintiún años, y fijaron la responsabilidad de la infracción de la medida en los “tutores o patrones” cuando se tratara de menores de edad. De igual modo, determinaron que los directores de los establecimientos educativos exigirían a padres y acudientes el certificado de la mencionada vacunación, y les fijó la misma obligación a “jefes o directores de los cuarteles, hospitales, asilos, casas de salud, prisiones, etc., y los patrones y directores de los establecimientos de o fabricas industriales”. Por último, “determinó que los directores que no cumplieran tal función serían multados”.

Posteriormente, el Decreto 3026 del 18 de noviembre de 1955 determinó que dicha vacuna era obligatoria a partir de los tres meses de edad y exceptuó de la vacunación antivariólica a quienes no pudieran recibirla por razones médicas. La medida amplió la obligación de contar con un certificado de dicha vacuna a: “los viajeros que entren o salgan del país; b) Para ser admitido en cualquier empleo u ocupación, sea de carácter oficial, semioficial o privado; c)

Para ser admitido en los establecimientos oficiales o particulares de enseñanza elemental, secundaria o profesional; d) Para efectuar cualquier acto civil” y “e) Para los manipuladores de alimentos”. Finalmente, el Decreto 780 del 11 de abril de 1977 limitó la exigencia del certificado de vacunación a los viajeros procedentes de países declarados por la OMS como “infectados por la viruela”, aunque dejó abierta la posibilidad de que el Ministerio de Salud exigiera el certificado cuando lo considerara conveniente “para controlar o evitar la propagación de la enfermedad”.

Pero la rápida expansión de los programas de vacunación contra la covid-19 enfrenta un nuevo desafío: los ciudadanos renuentes a la inoculación del biológico, que argumentan en defensa de su libertad, o tienen desconfianza o temor a efectos adversos, o desconocimiento. Es por esto que el debate es novedoso, pues el problema actual no parecería centrarse en la eficacia instrumental del Estado y de los programas de prevención en salud pública —aunque las deficiencias en la disponibilidad y accesibilidad persisten—, sino en la renuencia del ciudadano a la vacunación.

Así, proponemos abordar la obligatoriedad de la vacunación a partir de unos “escenarios constitucionales”, y de esta manera evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de algunas medidas que con ese propósito se han tomado en el mundo. Aunque el debate axial estará centrado en la experiencia colombiana, considerando la amplitud de derechos y valores constitucionales, se incluirán aportes de otras experiencias foráneas. Por supuesto, no nos comprometemos a realizar una descripción exhaustiva sobre las medidas tomadas para imponer la vacunación, puesto que somos conscientes de que se trata de una cuestión en pleno desarrollo, y por las incertidumbres que la propia pandemia genera para la ciencia, la sociedad, el Estado y el derecho<sup>9</sup>.

Para desarrollar este argumento, el texto se estructura de este modo: en primer lugar, dará cuenta de las tensiones más relevantes entre la salud pública y la autodeterminación, reflejando experiencias foráneas, para construir así el juicio de proporcionalidad de las restricciones a la libertad individual (1) para luego examinar los “escenarios constitucionales” con las medidas restrictivas más comunes, que han limitado ciertos derechos con la pretensión de incentivar la vacunación (2).

## **La tensión entre salud pública y autodeterminación, el juicio de proporcionalidad de las restricciones a la libertad individual**

Tal como lo mencionamos, desde antes de la pandemia actual han existido programas de vacunación obligatoria para prevenir diferentes enfermedades. Según Katie Gravagna et al., 105 de 193 países examinados hasta el 2018 exigen la vacunación en actividades públicas o privadas, y fijan consecuencias. 62 contemplan al menos una sanción por no permitir la vacunación; la más común es limitar el

ingreso de los niños a los colegios, que aparece en 43 países; en 35 de estos incluso se niega el ingreso a la educación a quienes no se vacunen, y 32 imponen multas a los renuentes. En casos como el de Italia, los padres que no velan por la vacunación de sus hijos pueden exponerse a perder la custodia temporalmente. 12 países imponen penas de restricción de la libertad por renuencia a la vacunación<sup>10</sup>.

El trabajo de Gravagna et al. también arroja resultados que podrían servir para evaluar la vacunación obligatoria contra la covid-19, pues, si bien destacan los beneficios de que la población esté vacunada, ponen de presente las consecuencias adversas que sufre la población vulnerable. Por ejemplo, el caso de Australia y la legislación: “No Jab no Pay” y “No Jab no Play”, habría producido un impacto económico negativo en las familias de menores recursos y migrantes, cuyas ayudas financieras o de cuidado de los niños dependían de la vacunación obligatoria<sup>11</sup>. También recuerdan otras barreras de acceso, como la falta de biológicos o barreras de lenguaje en comunidades rurales que hacen más gravosas las sanciones a los más desaventajados que no se vacunan. Por último, los autores mencionan otras barreras: como la falta de adecuada información sobre cronogramas de vacunación en países como Estados Unidos o las brechas de acceso a la vacuna para los migrantes en Alemania.

Como dijimos al inicio, el debate actual sobre la vacunación obligatoria contra la covid-19, se ha extendido a un número importante de países<sup>12</sup>. No obstante, la OMS ha manifestado sus observaciones a la obligatoriedad de la vacuna, pues considera que es mejor trabajar en campañas de información y en accesibilidad del biológico, e incluso ha expresado que los gobiernos no deberían establecer medidas como el requisito de la vacuna en los viajes internacionales. También ha hecho valiosas recomendaciones para evaluar la vacunación obligatoria, como es el caso de su “Policy Brief” del 13 de abril de 2021, en el que, si bien expresa que su carácter es ético y no legal, es innegable el vínculo —y la guía— que ofrece para examinar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos<sup>13</sup>.

Para la OMS, las decisiones sobre vacunación obligatoria deben balancear el interés general con el respeto a las libertades individuales, aunque advierte que no toda limitación de ellas puede considerarse como “éticamente injustificada”. Así, la obligatoriedad debe entenderse solo si es necesaria y proporcionada para lograr un objetivo público en salud identificado por una autoridad legítima de salud. Dentro de esos objetivos se incluyen los socioeconómicos y algunos ejemplos podrían ser: la inmunidad de rebaño, la protección de vulnerables o garantizar la capacidad de atención del sistema de salud. Lo anterior siempre y cuando el objetivo no se pueda alcanzar con políticas menos coercitivas e intrusivas. Así, no sería aceptable la imposición si se puede lograr la misma meta con mecanismos que no afecten desproporcionadamente la libertad y la autonomía con una relación de “costo-beneficio” más favorable<sup>14</sup>.

De igual modo, que dada la afectación de esas libertades, la obligatoriedad de la vacuna debe considerarse solo si puede prevenir

riesgos significativos de enfermedad, mortalidad y promueve beneficios para la salud pública. Si no se puedan lograr importantes objetivos de salud sin recurrir a la medida, por ejemplo, si una proporción sustancial de personas puede vacunarse, pero no lo hace y de esto resulta un riesgo significativo de daño “sus preocupaciones deben atenderse, de modo proactivo, de ser posible”. Si atender esas preocupaciones no resulta eficaz y estas se constituyen en barreras para lograr los objetivos de la salud pública “y/o los bajos índices de vacunación en la ausencia de obligatoriedad pone a otros en significativo riesgo de seria afectación, un mandato puede ser ‘necesario’ para lograr los objetivos públicos”<sup>15</sup>. Así, en caso de que sea absolutamente necesario recurrir a las medidas limitantes, se deben comunicar las decisiones a la comunidad afectada y encontrar los modos para que estas se ajusten a las preocupaciones razonables que ellas tengan. También debe garantizarse la continua revisión de las circunstancias a fin de que las restricciones solo sean temporales y, además, que tengan en cuenta aspectos como la necesidad de refuerzos de las vacunas, pues esto desafía la posibilidad de que las medidas logren los objetivos de salud pública que se pretenden<sup>16</sup>.

De igual modo, según la OMS, la falta de evidencia de que la vacuna sea segura pondría en duda que la obligatoriedad logre los objetivos de salud pública. Asimismo, someter a la población a riesgos contradeciría las obligaciones éticas de evitar esa afectación, cuando el daño que podría causar la vacuna sería superior al riesgo de salud que se tiene sin esta. Incluso plantea que dicha obligatoriedad, a pesar de que el biológico sea suficientemente seguro, obliga a plantear un esquema de compensación para quienes resulten afectados por esta<sup>17</sup>.

Según la OMS, para establecer la obligatoriedad debe haber suficiente evidencia sobre la eficacia de la vacunación para prevenir los contagios o reducir la hospitalización de otras personas. Asimismo, se debe garantizar el pleno acceso a quienes requieren el biológico, pues si esto no se cumple, el mandato no sería aceptable. De igual modo, considera que los hacedores de políticas en salud deben evaluar los riesgos de credibilidad de las autoridades y de los científicos ante la opinión pública, y sugiere tener precaución con los casos de “objeción de conciencia” por el riesgo de pérdida de confianza que puede provocar la medida, aunque estos debían balancearse con el interés de preservar la salubridad pública. También propone una actitud dialógica con los sectores que pudieran verse afectados con la obligatoriedad.

En cuanto a la vacunación obligatoria para toda la población, la OMS considera que debe evaluarse la proporcionalidad —finalidad— de la medida en términos de salubridad pública. Además, recomienda considerar las inequidades, pues estos mandatos podrían llevar a mayor marginalización. En el caso de la vacunación de trabajadores de la salud llama a observar el contexto local, así como la proporcionalidad y la necesidad de la medida. En general, considera que toda medida de vacunación obligatoria debe ser antecedida por un gran esfuerzo de los actores institucionales y los gobiernos por

impulsar la inoculación voluntaria, y que solo después de evaluar este y otros factores debía decidirse al respecto<sup>18</sup>.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha abordado tensiones entre derechos por la vacunación obligatoria, y aunque no se ha pronunciado de fondo sobre el caso de la covid-19 ha desestimado solicitudes de suspensión provisional de algunas restricciones<sup>19</sup>. En primer lugar, 672 bomberos franceses le solicitaron suspender la Ley 1040 del 5 de agosto de 2021<sup>20</sup> —cuya medida más severa consistía en la suspensión de los empleados públicos renuentes—, porque consideraron que esta contrariaba los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en especial el derecho a la vida, el respeto a la privacidad y la vida familiar. La Corte desestimó la solicitud el 24 de agosto de 2021 porque consideró que su competencia para dictar órdenes urgentes solo procedía cuando se demostraba que había un riesgo real o daño irreparable, aunque advirtió que ese pronunciamiento no afectaba una eventual decisión de fondo en el futuro<sup>21</sup>.

De igual modo, el 2 de septiembre, la Corte desestimó dos solicitudes de 30 empleados de la salud de Grecia que pedían la suspensión de la Ley n.º 4820-2021, que los obligaba a vacunarse e impedía continuar con sus labores si se resistían a ello<sup>22</sup>. Los solicitantes plantearon cargos similares al francés, pero agregaron que también se afectaba la “prohibición de recibir trato inhumano y degradante; la prohibición de esclavitud y trabajo forzado; el derecho a la libertad a un juicio justo, y la prohibición de discriminación” — arts. 3, 4, 5, 6 y 14 de la CEDH—<sup>23</sup>. La Corte decidió en igual sentido del caso de Francia.

Aunque ambos fallos no son de mérito, un precedente de la Corte del 7 de abril de 2021 parece augurar un fallo desfavorable a los recurrentes<sup>24</sup>. En *Vavříčka and others vs. The Czech Republic*<sup>25</sup> determinó que la vacunación obligatoria contra el virus que causaban varias enfermedades, en el caso de niños que asistían a guarderías (preescolares), no violaba el derecho a la vida privada; que tal medida estaba justificada porque “se requería para proteger a los demás y la salud pública”, y que el Estado checo había obrado dentro de su “margen de apreciación”<sup>26</sup>.

Para la Corte, incentivar la vacunación obligatoria incentivada por medio de sanciones satisface el “mejor interés” de los menores, dado que esto los protegía de enfermedades contagiosas<sup>27</sup>. Además, estimó que la ley era respetuosa con las excepciones, como las contraindicaciones médicas o la objeción de conciencia. Cabe anotar que los casos revisados incluían los de niños inadmitidos por no cumplir con la vacunación a quienes se les había cancelado la matrícula, e incluso padres que fueron multados por no vacunar a sus hijos<sup>28</sup>. Sobre esto último, el tribunal encontró que la sanción era leve y proporcionada<sup>29</sup>.

Ahora bien, los Estados justifican las medidas restrictivas de algunas libertades, principalmente por el objetivo de alcanzar la

cobertura universal o ante la amenaza de nuevas variantes del virus, y por la necesidad de proteger la salud pública. Tal imposición ha provocado que miles de personas se movilen y protesten porque consideran que se trata de una grave afectación de sus libertades y el derecho a decidir sobre su propio cuerpo<sup>30</sup>, y en varios casos han empezado a acudir a los tribunales en busca de protección. Esto ocurre en medio de tensiones políticas e incluso en coyunturas electorales de varios países, como en Europa<sup>31</sup>, así como también por las diversas posturas partidistas sobre las medidas<sup>32</sup>. Además, las nuevas variantes del virus, al poner sobre la mesa nuevos confinamientos y restricciones, han hecho más evidente la necesidad de recurrir a la vacunación, y con ello que se impulse con mayor potencia su obligatoriedad<sup>33</sup>.

Distintos gobiernos y empleadores confían en que la vacunación obligatoria es la mejor herramienta para lograr la inmunización universal y garantizar la salud, en especial de las personas expuestas a mayores riesgos, y han establecido medidas en esa línea<sup>34</sup>. Por ejemplo, en Alemania, tan pronto el nuevo gobierno entró en funciones en diciembre de 2021, el Parlamento aprobó restricciones de acceso a sitios de ocio y sitios públicos, así como la obligatoriedad para los trabajadores de la salud, que deben cumplir con la vacunación el 15 de marzo de 2022, o correrán el riesgo de ser suspendidos de sus puestos de trabajo<sup>35</sup>.

Estas medidas de restricción han sido similares, casi constantes, en la experiencia comparada<sup>36</sup>. Por ejemplo, en Estados Unidos, autoridades federales y varios estados han establecido la obligatoriedad de la vacuna. El Departamento de Asuntos de Veteranos (VA) fue uno de los primeros en ordenarla para todos sus trabajadores de la salud en julio de 2021<sup>37</sup>, y poco después el gobierno federal anunció que todos sus empleados y contratistas debían vacunarse o recibir test semanales de la covid-19<sup>38</sup>.

En estados como Nueva York y California, empleadores particulares han fijado plazos para que sus trabajadores se vacunen y han establecido consecuencias para quienes se nieguen a ello. Por ejemplo, terminando sus vínculos laborales. Nueva York endureció las medidas para controlar la amenaza de la variante “Ómicron”, pues, desde el 27 de diciembre de 2021, los empleadores particulares debían exigir a sus trabajadores la vacuna, lo que se suma a la imposición que existe para los trabajadores de la salud y servidores públicos, incluyendo profesores, policías y bomberos<sup>39</sup>.

La justicia se ha empezado a pronunciar sobre las demandas de los renuentes. Por ejemplo, la Corte del Distrito Occidental de Luisiana suspendió el 30 de noviembre de 2021 la orden de vacunación obligatoria del Head Start Mandate para algunos trabajadores y contratistas federales, ante la demanda presentada por veinticuatro estados de la Unión<sup>40</sup>. De igual modo, la *U.S District Courts for the Eastern District Court of Missouri* suspendió la ejecución de la medida a nivel nacional ante la demanda de diez estados. En ambos

casos, de manera preliminar, los tribunales determinaron que la autoridad federal no tenía competencia para fijar la imposición, pues esto debía ser realizado por el Congreso, y que esta parecía “caprichosa” en tanto que no ofrecía alternativas.

*Indiana University, Connecticut University* y el sistema de *California State University* están entre las primeras entidades educativas en establecer la vacunación obligatoria de empleados y estudiantes<sup>41</sup>. En el caso de Indiana, un grupo de estudiantes consideró que la orden era inconstitucional, dado que los obligaba a recibir un tratamiento médico que no deseaban<sup>42</sup>. Los jueces federales determinaron que la medida era razonable porque buscaba proteger la salud pública para estudiantes, profesores y empleados<sup>43</sup>.

Para Erwin Chemerinsky y Michele Goodwin, los jueces invocan el precedente de *Jacobson vs. Massachusetts* como parámetro para evaluar las medidas restrictivas de derechos en la pandemia actual, lo que es problemático porque se confiere un amplio poder al gobierno y se amenazan libertades. En su criterio, según el fallo, la acción del Estado en pandemia debe respaldarse si tiene una “relación real y sustancial para detener la expansión de una enfermedad contagiosa”, de modo que su base es un “test de base racional”, cuando el derecho constitucional contemporáneo exige que las restricciones a los derechos fundamentales deben reunir un “escrutinio estricto”: es decir, que deben cumplir una finalidad. En ese sentido, critican que no exija un “balanceo”, como se requiere para algunos derechos constitucionales, de manera que demandan que la acción del Estado sea necesaria y la “alternativa menos restrictiva”, o que el Estado deba demostrar un “interés sustancial” como lo plantea un “escrutinio intermedio”. De ahí que proponen que se aplique el nivel de escrutinio del “test” según el derecho involucrado<sup>44</sup>.

Por último, la Corte Suprema tomó dos decisiones sobre la vacunación obligatoria el 13 de enero de 2022. En *Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al., vs. Missouri, et al.*,<sup>45</sup> determinó que el gobierno federal sí podía establecer la vacunación a los empleados de la salud de instituciones que reciben fondos de Medicare y Medicaid, pues tal potestad estaba entre las competencias que le otorgaba el legislador para garantizar la salud y la seguridad de tales entidades. Además, recordó que antes de la pandemia de la covid-19 también existían vacunas obligatorias para proteger a estos empleados contra otras enfermedades. No obstante, en *National Federation of Independent Business vs. Occupational Safety And Health Administration*<sup>46</sup> determinó que el gobierno había excedido sus competencias al fijar tal obligatoriedad en las empresas privadas con cien o más empleados, pues el Ejecutivo extendió su competencia sobre la salud ocupacional hasta regular la salud pública, pero sin gozar de autorización legislativa<sup>47</sup>.

Por su parte, Canadá estableció que los empleadores de los servicios de transporte aéreo, marítimo y terrestre, regulados a nivel federal, debían exigir la vacunación a sus empleados desde el 30 de octubre del 2021. De igual modo, determinó que los pasajeros del transporte

aéreo y ferroviario —VIA RAIL y Rocky Mountaineer— debían acreditarla para hacer uso de esos servicios<sup>48</sup>.

La Corte Superior de la Provincia de Ontario (Canadá) falló el 22 de noviembre de 2021 en contra de la solicitud del más grande sindicato de la Comisión de Transporte Público de Toronto, que se oponía a la orden de suspensión o despido para los renuentes a vacunarse, y pedía que la medida quedara sin efectos hasta que se resolviera una demanda en contra de la Comisión, pues consideraba que había una alternativa a la vacunación obligatoria: la toma regular de muestras de exámenes de Covid<sup>49</sup>. El tribunal determinó que había un interés público en la medida, además tuvo en cuenta el incremento en los contagios; que muchos usuarios eran personas vulnerables; que había casos de corte del servicio por el contagio; que cuatro empleados habían muerto por la covid-19, y que aún si un pasajero o trabajador moría o enfermaba gravemente por contagiarse por un empleado no vacunado, eso sería un daño irreparable<sup>50</sup>. Por último, aunque admitió las consecuencias laborales de la medida, señaló que los afectados podían buscar las compensaciones monetarias en el respectivo proceso laboral.

También en Canadá, una Corte Superior de Quebec rechazó, el 13 de noviembre, una solicitud de trabajadores de la salud que se oponían a vacunarse<sup>51</sup>. Para el tribunal, los demandantes no lograron demostrar que la medida no satisfacía el interés público. Por último, el gobierno de esa provincia, que registra el mayor número de muertes por la covid-19 en el país, y cuya población está vacunada en más de un 80%, anunció en enero de 2022 que cobrará un “impuesto de salud” a los no vacunados<sup>52</sup>.

Con todo, en países con cierta tradición autoritaria como China, gobiernos locales han ordenado restricciones de ingreso a distintos sitios, actividades y servicios a quienes no se hayan vacunado<sup>53</sup>. También se reportan casos de “vacunación forzada”, pues algunas autoridades habrían conducido a ciudadanos para obligarlos a vacunarse, o amenazado con retirar apoyos sociales o servicios de salud a los renuentes<sup>54</sup>. Por su parte, varios de países, como Rusia, Túnez, Ucrania, Indonesia, Micronesia, Arabia Saudita y Turkmenistán, han fijado plazos para exigir la vacuna a los trabajadores del Estado<sup>55</sup>. Singapur, desde finales de 2021, pese a que su población vacunada ya alcanzaba más del 90%, determinó que los no vacunados deberán pagar sus propias cuentas de salud derivadas del contagio de la covid-19<sup>56</sup>. En cuanto a la exigencia de carné de vacunación para ingresar a sitios de esparcimiento y restaurantes, la medida se ha extendido por países como Bulgaria, República Checa, Holanda, Rumania, Líbano, Marruecos e Israel. Kenia ha ido más allá porque lo exige también para los colegios, el transporte público y algunas oficinas, en un país en el que la tasa de personas vacunados no llegaba al 10% al terminar el 2021<sup>57</sup>.

Algunos países europeos han girado hacia la imposición de multas para sancionar a los renuentes. Grecia anunció que a partir del 16 de

enero de 2022 la vacuna sería obligatoria para personas mayores de 60 años y que los renuentes tendrán que pagar 100 euros mensuales, que irían a un fondo para financiar hospitales. El Consejo de Estado decidió, el 3 de diciembre de 2021, que era constitucional la obligatoriedad fijada previamente por el gobierno griego para empleados como los bomberos y trabajadores de la salud. En este último caso, consideró que la vacunación de médicos y enfermeras era una muestra de “solidaridad social”<sup>58</sup>. Austria anunció que todos los ciudadanos deberían vacunarse obligatoriamente a partir de febrero de 2022 y que quien no lo hiciera tendría que pagar multas. Por último, Eslovenia impuso la restricción al empleo para los no vacunados, pero la Corte Constitucional suspendió la medida el 6 de diciembre de 2021, mientras decide de fondo<sup>59</sup>.

En Latinoamérica también hay experiencias de restricciones a quienes no se vacunen. Brasil cuenta con una trayectoria de regulación legal que se remonta a 1904, cuando se estableció la obligatoriedad de la vacuna contra la viruela, así como planes nacionales posteriores de inmunización<sup>60</sup>. El país ha sido uno de los más afectados por el covid-19, su gobierno inicialmente tuvo una postura negacionista al virus y luego se ha opuesto a la vacunación en defensa de la libertad individual<sup>61</sup>. No obstante, algunas ciudades y estados han establecido la vacunación obligatoria y han exigido pasaportes sanitarios para ciertas actividades. De igual modo, el Tribunal Supremo decidió, el 17 de diciembre de 2020, que era constitucional la Ley 12979 de 2020<sup>62</sup>, que permite al Estado establecer la obligatoriedad de la vacuna contra la covid-19<sup>63</sup>, pues consideró que las autoridades sí podían fijar “medidas restrictivas como multa, impedimento para asistir a determinados lugares o matricularse en la escuela”, pero no “vacunar a la fuerza”. Es decir, restricciones indirectas, razonables y proporcionadas que respeten la dignidad humana y los derechos de los renuentes<sup>64</sup>.

Por su parte, el gobierno de Costa Rica dictó el Decreto n.º 43249-S el 11 de octubre de 2021, que amplió la obligatoriedad del biológico<sup>65</sup> para los servidores públicos y habilitó a los empleadores privados a exigirla a sus empleados si así lo consideran pertinente<sup>66</sup>. La obligación ya existía para los empleados de la salud. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto recursos de amparo de personas renuentes a la vacunación: el 24 de agosto de 2021 decidió el amparo formulado por un ciudadano que invocaba la objeción de conciencia en contra de la vacuna para “el sector salud, público y privado, y para los empleados del Instituto Nacional de Seguros”<sup>67</sup>. En esa decisión, el tribunal recordó que la Ley Nacional de Vacunación le permitía al Ejecutivo dictar medidas como fijar tal obligatoriedad del biológico, que en este caso lo había hecho la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, y consideró que esta era razonable y proporcionada.

Para la Corte, la medida era *idónea*

(pues se protege a los funcionarios, coadyuva a lograr una pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a la situación, además se previene que los hospitales e instituciones de salud sean una fuente de contagio), *necesaria* (no existe otra alternativa o herramienta con igual o mayor eficacia para la consecución de estos propósitos: más de un año de medidas restrictivas, distanciamiento social y uso de mascarillas, en medio de tres olas pandémicas, lo confirman) y además es *proporcionada en sentido estricto* (en el tanto los beneficios que se genera a la sociedad en su conjunto —respecto del derecho a la vida, a la salud y el mejoramiento de las condiciones económicas, según se desprende de los objetivos de la medida— son mayores que la afectación que podría recibir el personal del servicio de salud; en este sentido, no debe perderse de vista la posición particular y especial que tienen los funcionarios de los servicios de salud, quienes se encuentran en la primera línea de la lucha y el tratamiento de la enfermedad, expuestos a un riesgo muchísimo mayor de contagio que la generalidad).<sup>68</sup>

Por su parte, Chile estableció el “pase de movilidad”, un documento que se entrega a las personas con su esquema de vacunación contra la covid-19, que se exige para realizar viajes interregionales en medios de transportes públicos, y “otorga mayores libertades para las personas que lo tengan, pero, sobre todo, diferencia los aforos en reuniones particulares y espacios públicos como comercio, restaurantes, gimnasios, eventos con y sin interacción de público, etc.”<sup>69</sup> El 19 de octubre de 2021 la Corte Suprema de Justicia confirmó una sentencia de un recurso de protección que un grupo de ciudadanos interpuso contra la resolución del Ministerio de Salud que estableció el Pase. Según el tribunal, “las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonables, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores”<sup>70</sup>. La decisión confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, que estimó que la medida se ajustaba a la Constitución y la ley chilenas, pues el Código Sanitario facultaba al gobierno para actuar con el fin de propagar enfermedades transmisibles en caso de epidemias y fijar ciertas restricciones; que además estas se habían tomado con base en estudios científicos que no le correspondía evaluar a ese tribunal, y mucho menos fijar medidas técnicas que suplantarán a las autoridades sanitarias<sup>71</sup>.

Cabe anotar que la Corte Suprema chilena también falló el 6 de diciembre de 2021 con respecto a la obligatoriedad de la vacunación contra la influenza y determinó que la autoridad sanitaria no actuaba arbitrariamente al establecer la inoculación obligatoria a grupos de la población objetivo:

las medidas que ordenan vacunaciones masivas se orientan no sólo a proteger la vida y salud de quien recibirá dicha inoculación, sino también la de las demás personas que integran la sociedad, quienes podrían enfermar e incluso morir tras el contagio de un virus portado por un ser humano no inmunizado y vector del mismo.

La Corte incluso citó el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalando que toda persona tenía deberes

y que los derechos de cada quien estaban limitados por “los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”<sup>72</sup>.

Colombia no ha escapado a la tendencia de imposición de restricciones a quienes no se vacunen contra la covid-19. Aunque existen algunas barreras de acceso al biológico<sup>73</sup>, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1615 del 30 de noviembre de 2021, en el marco de la emergencia sanitaria que se ha venido prorrogando desde el 12 de marzo de 2020<sup>74</sup>, que exige presentar un carnet de vacunación como requisito para el ingreso “a (i) eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y, (ii) bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias”<sup>75</sup>. El cumplimiento de la medida se dejó a cargo de los “propietarios, administradores u organizadores de eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y en aquellos lugares antes señalados”. Cabe anotar que una circular del Ministerio del Trabajo del 12 de enero de 2022 “instó” a los empleadores de las actividades que se mencionan en el citado decreto, a exigir a sus trabajadores el carnet con el esquema de vacunación completo<sup>76</sup>.

El citado Decreto 1615 fue demandado con los cargos de invasión de competencias legislativas, la “discriminación y segregación social” que generaba entre vacunados y no vacunados, así como la restricción de derechos y libertades fundamentales constitucionales. Sin embargo, el Consejo de Estado negó la solicitud de suspensión provisional, anticipando varios argumentos sobre razonabilidad y proporcionalidad, junto a la subsunción de las medidas en las facultades de policía que se activaron con ocasión a la emergencia sanitaria, que no es un Estado de excepción<sup>77</sup>.

Por otra parte, en general, quienes se niegan a vacunarse contra la covid-19 parecen defender distintos argumentos. Una inmensa mayoría invoca el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su sentido más absoluto. En otras palabras, que el Estado no puede imponer el autocuidado por ser una medida de tipo “paternalista”<sup>78</sup>. Este tipo de juicios se respaldan en el texto del artículo 16 de la Constitución Política<sup>79</sup> y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha pronunciado sobre los alcances de este derecho en ciertos escenarios constitucionales. Tal postura entraña una tensión con el derecho a la salud de los demás —art. 49—<sup>80</sup>, si se entiende que la vacunación es el mejor vehículo disponible hasta ahora para disminuir la posibilidad de contagio de quienes interactúan con las personas no vacunadas, y con mayor razón ante la aparición de nuevas variantes del virus. Otros invocan razones de tipo religiosas para negarse a la vacuna e incluso motivos relacionados con su salud, como consecuencia de posibles efectos secundarios atados a su condición concreta de salud.

Sin duda la obligatoriedad de la vacuna plantea escenarios que ameritan diferentes aproximaciones. A modo de ejemplo, si la consecuencia de no vacunarse consiste en la terminación de un contrato laboral entre particulares es importante mencionar la Circular del Ministerio del Trabajo, según la cual el Código Sustantivo del Trabajo no permite invocar la renuencia a la vacuna como una justa causa para el despido<sup>81</sup>. No obstante, en el contexto laboral también habría que considerar que negarse a la vacunación origina tensiones con otros derechos, de modo que sería necesario plantear un debate más amplio acerca de la constitucionalidad de la medida. El primero de esos derechos es la vida: un retorno al trabajo en condiciones de normalidad solo parece posible si todos se vacunan. En ese sentido, en principio no vacunarse incrementaría el riesgo de muerte para quien se contagia. A esto se podría oponer el argumento de que el empleador no puede obligar a su empleado a cuidarse, pero también es cierto que existen condiciones de bioseguridad y salud en el trabajo a las que el trabajador está obligado.

Pero la dignidad humana y el derecho al trabajo también tendrían que armonizarse con otros derechos en tensión, como el derecho a la salud de los demás. En efecto, las personas vacunadas que comparten espacios laborales o interactúan con compañeros de trabajo que no quieren vacunarse parecerían asumir un mayor riesgo de contagio y, por tanto, de afectación de su derecho a la salud. En ese sentido, si bien es razonable proteger la libre determinación de quien opta por no vacunarse, habría que evaluar el impacto que comporta esa decisión para la salud de los demás. Por ejemplo, sería necesario hacer un juicio a las actividades y el tipo de labor, de modo que se puedan determinar las situaciones de mayor riesgo de contagio para así juzgar la pertinencia de exigir la vacunación. Este podría ser el caso de los trabajadores de sectores de la salud, el transporte o la educación, y según las prácticas de otros países que hemos descrito previamente.

Para resolver la colisión entre los valores constitucionales en juego, y de modo muy general, propondremos, a continuación, la aplicación del test de proporcionalidad, en el marco de las doctrinas constitucionales más extendidas en el continente americano. Para ello, se ha identificado la tensión transversal a todos los escenarios constitucionales que serán analizados más adelante, a saber, salubridad pública (derecho colectivo) y la libertad y autonomía (derecho fundamental). En efecto, la renuencia a la vacunación puede tener consecuencias en el sistema de salud y en la integridad individual y colectiva. Empero, la “inmunidad de rebaño” solo sería alcanzable desde la vacunación individual, que, de no realizarse, implica un riesgo de contagio, de asistencia hospitalaria y quizá de muerte.

Es aquí donde se reafirma la primera novedad en el debate constitucional, en la medida en que un derecho prestacional (salud y salubridad pública) colisiona con un derecho individual (libertad individual y autonomía). En efecto, los precedentes judiciales se han orientado constantemente a la exigencia y eficacia de los derechos fundamentales y DESCAs, pues al tratarse de acciones jurídicas

afirmativas, que dependen de acciones fácticas positivas y de la eficacia instrumental del Estado, pocas veces se han encontrado tensiones con las libertades individuales o la renuencia a las prestaciones del Estado.

Así, podemos tomar, como punto de partida, el juicio de ponderación, ampliamente conocido y extendido, desde la propuesta de Juan Carlos Castillo et al.<sup>82</sup>, Robert Alexy<sup>83</sup> y Carlos Bernal<sup>84</sup>, con su también conocida pretensión de racionalización del discurso jurídico. Los autores citados proponen una ponderación en sentido estricto, que se puede resumir en una expresión lógico-racional, y que cuenta con las siguientes variables:

- $GP_{i,jC}$
- Peso concreto de la intervención de  $P_i$  en  $P_j$ ;
- $P_i$
- Es el principio cuya vulneración se examina
- $P_j$
- Es el principio que está colisionando con el principio sobre el cual se está examinando su vulneración
- $IP_iC$
- Es la intensidad de la intervención en  $P_i$  en el caso (C)
- $WP_jC$
- Es la importancia concreta de satisfacción (W) de  $P_j$  en el caso (C)
- $GP_iA$  y  $GP_jC$
- Corresponden al peso abstracto de  $P_i$  y  $P_j$ , respectivamente
- $SP_iC$  y  $SP_jC$
- Significa “la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida para la no realización de  $P_i$  y para la realización de  $P_j$  en el caso concreto”, y viceversa para el caso de  $SP_jC$ .

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_iC * GP_iA * SP_iC}{WP_jC * GP_jC * SP_jC}$$

El valor numérico que se asigna a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios se realiza de acuerdo a la siguiente escala:

- Escala tríadica, del siguiente modo:
- leve  $2^0$ , es decir, 1
- medio  $2^1$ , es decir, 2
- grave  $2^2$ , es decir, 4
- La seguridad de las apreciaciones empíricas
- Cierto  $2^0$ , es decir, 1
- Plausible  $2^{-1}$ , es decir,  $\frac{1}{2}$
- Falso  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$

Lo antedicho, aplicado al asunto que ahora nos ocupa, puede resumirse de la siguiente manera:

- Salud y salubridad pública: Pi. Libertad y autonomía: Pj.
- IPiC: la imposición de medidas de restricción y de policía, que limitan la locomoción, el trabajo o cualquier otro bien colectivo, constituyen intervenciones en la libertad de conciencia y autonomía individual, por lo cual la intensidad de la intervención (IPiC) es 4.
- WPjC: la libertad y autonomía es un derecho constitucional fundamental que garantiza al individuo el desarrollo de su proyecto vital, pero que tiene limitaciones constitucionales, luego la importancia concreta de su satisfacción (WPjC) es 2.
- GPiA: la salud y salubridad pública es un derecho colectivo y prestacional, que supone acciones jurídicas afirmativas y fácticas positivas, que cuenta con un ámbito de protección amplio, limitado por razones de disponibilidad de recursos, definido en el artículo 49 de la Carta, y reforzado por la prevalencia del interés general sobre el particular; el peso abstracto (GPiA) del principio es de 4.
- GPjC: la libertad y autonomía es un derecho esencial en las democracias contemporáneas y cuenta con un ámbito de protección relativo a las convicciones y creencias, que implica la prohibición intervenciones que provengan del Estado y de otros conciudadanos. El peso abstracto (GPjA) de estos valores constitucionales es 4.
- SPiC, SPjC: Seguridad de las apreciaciones empíricas

- La Salud y salubridad pública, garantizada a través de la vacunación masiva, asequible, pero obligatoria, produce necesariamente una vulneración cierta de la libertad y autonomía, por lo que la seguridad de las apreciaciones empíricas (SPiC) es 1.
- Con todo, la libertad de conciencia y autonomía constituiría un ámbito de justificación-restricción, que conduce a que se incumplan las metas de inmunización colectiva y de rebaño, y con ello, se supere la pandemia, lo que lleva a que la seguridad de las apreciaciones empíricas (SPjC) sea 1.

$$GPi, jC = \frac{4 * 4 * 1}{2 * 4 * 1} = \frac{16}{8}$$

Si bien el peso abstracto de ambos derechos podría considerarse idéntico, quizá el factor que determina la ecuación sea la importancia concreta de la satisfacción del derecho a la libertad y autonomía. Lo antes dicho podría encontrar compensada su carga argumentativa, entre otras, en la Sentencia T-365/17, en la que la Corte Constitucional no accedió a la pretensión de suspender el programa de vacunación contra el Virus del Papiloma Humano (VPH) en la medida en que las pruebas, informes científicos y conceptos académicos recaudados o conducían a demostrar con grado de certeza un perjuicio en la salud humana<sup>85</sup>. No obstante, el tribunal advirtió al Ministerio de Salud y Protección Social que tal vacuna no puede imponerse contra la voluntad de las personas que por disposición legal son destinatarias de esta. Aunque esta segunda orden parecería imponer una clara restricción a la vacunación forzosa, en realidad se encuentra enfocada en la necesidad de obtener el consentimiento previo del destinatario de la vacuna.

De allí que la citada sentencia se convierta en uno de los pocos referentes en el problema constitucional objeto de análisis en la experiencia colombiana, pues indica que la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón suficiente para postergar la adopción de medidas eficaces que protejan los derechos fundamentales, de conformidad con la Constitución. No obstante, el mismo fallo indica que la facultad del paciente de tomar decisiones relativas a su salud es derecho de carácter fundamental reconocido por la jurisprudencia constitucional, como concreción del principio constitucional de pluralismo y de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad —cláusula general de libertad del ordenamiento jurídico colombiano—, a la integridad personal y a la salud. Por ello, afirma que en sociedades fundadas en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (Arts. 1 y 16 de la Constitución), toda intervención en el cuerpo de

un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado (principio de autonomía) —Sentencia SU-337 de 1999, citada por la Sentencia T-365 de 2017—<sup>86</sup>.

No obstante, el juicio de ponderación que parecería haberse construido en la citada sentencia del 2017, se podría considerar que la seguridad de las premisas empíricas, relativas a la falta de inmunización, sería diferente, tratándose de la covid-19. En efecto, la transmisión y letalidad del Virus del Papiloma Humano (VPH) es notoriamente inferior al de la pandemia por la covid-19. Por esta razón, la negativa a vacunarse contra el VPH podría considerarse inocua o menos nociva a la salubridad pública de lo que podría resultar la renuencia a inmunizarse contra la covid-19.

Con todo, la prevalencia de la libertad individual podría poner en duda la ponderación propuesta. En efecto, la Corte ha indicado en la Sentencia T-365/17 que si uno de los contenidos protegidos por el principio de la dignidad humana es la autonomía, entendida como la “posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)”, resulta lógico que, en lo que toca con los procedimientos médicos, incluso preventivos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos, de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido por conducto de sus propias convicciones. Específicamente, el Tribunal indicó que “del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud” — Sentencia T-365/17, cita los fallos SU-337/99, T-1019/06 y T-216/08—. Continúa la Corte, “nadie puede disponer sobre otro” toda vez que, “si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud”<sup>87</sup>. En otras palabras, continúa la Corte,

toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cuál opción seguir, entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. De acuerdo con esto, la Constitución reconoce que dentro de los límites que ella misma traza, existen diferentes concepciones de bien y de mundo, igualmente válidas, desde las cuales toda persona puede construir legítimamente un proyecto de vida.<sup>88</sup>

Para la Corte, el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad “implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico”. De esta manera, la libertad del paciente para decidir si se somete o se rehúsa a la administración de una vacuna atenta contra otro de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana cual es la “intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”, el cual se relaciona de forma innegable con el derecho a la integridad personal. En este sentido, ha manifestado la Corte que

si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso [...] el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito.

Para soportar estas afirmaciones, la Corte se ampara en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Según la (Observación General Número 14), es claro que el derecho a la salud incluye el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo y a no ser sometidas a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

Quizá, el argumento más contundente de la Corte Constitucional corresponde a que el “deber estatal de suministrar la vacuna con un carácter obligatorio se encuentra en cabeza del Gobierno Nacional, sin embargo, dicho deber no significa la existencia de otro correlativo para la población frente a su libre administración” —Sentencia T-365/17, cita la Sentencia C-752 de 2015—<sup>89</sup>.

Con todo, como dijimos, el Consejo de Estado en su auto del 23 de febrero de 2022 negó la suspensión provisional del Decreto 1615, que impuso la restricción condicionada de portar el carné de vacunación para algunas actividades, pero anticipó algunos argumentos sobre la ponderación y razonabilidad de esta<sup>90</sup>. La demanda centró los cargos en la ilegalidad, en tanto desconoció la reserva de ley estatutaria, la violación de derechos y libertades fundamentales, y la discriminación y segregación contra los ciudadanos que decidieron no vacunarse. Empero, en lo que interesa al argumento de esta investigación, el tribunal determinó la idoneidad de la medida abarcando las consideraciones materiales que sustentaron el acto administrativo, según las cuales un contacto cercano entre las personas en lugares cerrados y mal ventilados, así como la conglomeración de personas en determinados lugares, aumentan exponencialmente la probabilidad de contraer covid-19. Así mismo, el Consejo correlacionó la medida restrictiva con la efectividad de la vacunación, en tanto ésta impacta positivamente en: i) el número de contagios; ii) el número de enfermedades respiratorias graves; iii) la hospitalización y ocupación de las unidades de cuidados intensivos, y iv) el número de personas fallecidas.

Por otra parte, el Consejo de Estado identificó la *necesidad* de la medida, puesto que las restricciones de acceso a lugares cerrados era la más efectiva para contener la propagación del virus y estuvo asociada al confinamiento total de las personas. Incluso, el principio de solidaridad refuerza el argumento, pues, según el Tribunal, este vincula el propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo, bajo el deber correlativo de proteger la salud propia y el de la comunidad. Así, el Consejo mantiene la firmeza del acto administrativo, al considerar que las limitaciones relativas impuestas a las personas que no se vacunen son necesarias para garantizar el derecho a la salud pública de la población y el

derecho colectivo que tiene una incidencia directa en la vida y salud individual de las personas<sup>91</sup>.

Por último, el tribunal apreció la *proporcionalidad* de la medida en tanto identificó que esta no comporta una restricción total del derecho a la libre circulación o recreación de las personas, pues estas pueden seguir ejerciendo plenamente sus derechos. Los lugares de ocio y de recreación en los cuales se exigen el carné de vacunación o certificado de vacunación, se resalta, no son de obligatoria asistencia<sup>92</sup>.

Como se constata, la ponderación realizada por el Consejo de Estado puede contradecir algunos alcances de lo indicado por la Corte Constitucional en 2017<sup>93</sup>. No obstante, con el ejercicio que se presentará a continuación, se precisarán las cargas argumentativas y demostraríamos que, en ningún escenario, el Estado colombiano —y en general, un Estado liberal occidental que comparta los mismos valores— podría imponer la vacunación forzosa. Empero, como pasaremos a examinar, puede ser plausible que la construcción de otros mecanismos de presión e incentivos arriben al resultado esperado, pero que en ningún caso podrían llegar a medidas forzadas de inoculación de biológicos para la inmunización de toda la población. Para la Corte, una decisión de dichas dimensiones —imposición forzada y contraria a la voluntad del individuo— implicaría la instrumentalización de la persona.

A continuación, abordamos con detalle los escenarios en los cuales podría proponerse un debate constitucional en caso de que se dispusieran medidas de vacunación obligatoria.

## Escenarios constitucionales

En este apartado, nos aproximaremos al debate a partir del juicio de ponderación, según “escenarios constitucionales”, desde los cuales podemos anticipar algunos argumentos, de acuerdo con el precedente y con las restricciones y medidas de policía que se han venido tomando en varios países. Como anticipamos, tomaremos el caso colombiano al tratarse de un marco normativo amplio, que cuenta con una consignación expresa de ciertos derechos y valores constitucionales como la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la libertad individual, la salubridad y salud pública y la prevalencia del interés general, resultado del constitucionalismo transformador<sup>94</sup> y, con ello, reflejo de un amplio marco del Estado de derecho liberal occidental.

De esta manera, tomaremos tres escenarios para determinar con ellos el grado de intensidad de la intervención: la importancia concreta de satisfacción, el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si bien el resultado dista de ser preciso, se aproximará a cuáles son los principios que podrían colisionar, así como los argumentos de razonabilidad y proporcionalidad que podrían explorarse, de cara a esta nueva realidad constitucional: la disponibilidad y asequibilidad del servicio garantizada por el Estado,

pero la renuencia de la vacunación contra la covid-19 por parte del ciudadano.

Como mencionamos, los escenarios constitucionales son tres, a saber: el acceso al espacio público y lugares de espectáculos y escenarios de entretenimiento; las medidas de terminación del contrato para servidores públicos y trabajadores; y los confinamientos selectivos para no vacunados. Por supuesto, en la medida en que se extiendan las medidas de policía y las restricciones a la locomoción o el acceso a ciertos servicios o espacios, las tensiones con otros principios y las tensiones constitucionales podrían variar; sin embargo, en el estado actual de cosas, estas serían las principales tensiones que se identifican, en consideración a las restricciones que se han tomado en la experiencia comparada.

### ***Razonabilidad en el acceso a espacio público y de entretenimiento***

Como describimos, varios Estados han optado por restringir el ingreso de los no vacunados a los establecimientos públicos y privados que tienen propósitos sociales y de entretenimiento. Esta medida ha sido frecuente y quizá, por su legitimidad e intensidad en la intervención a los derechos fundamentales en juego, ha generado pocos conflictos. Probablemente, también por ello podría ser la medida de menor eficacia, pues serían pocos los incentivos para el ciudadano renuente a vacunarse, cuando genuinamente considere que la inoculación del biológico podría significar riesgos para su salud, y además ha optado por un aislamiento voluntario.

Incluso, su legitimidad podría darse por descontada, pues el constitucionalismo liberal, pero no libertario, podría estar dispuesto a condicionar el acceso a los derechos a la recreación y el deporte —art. 52 de la C.P.—, así como el acceso a la cultura —art. 70—, a la vacunación efectiva. Allí, los principios de necesidad y razonabilidad pueden dar alguna luz sobre el alcance de dichas restricciones, en el marco de los derechos constitucionales antes mencionados. Los aportes de Martin Borowski pueden contribuir con las herramientas para identificar la justificación constitucional de estas restricciones:

$$(x)[(Sx \wedge Ex) \wedge \neg VRx \leftrightarrow ORx]^{[95]}$$

El objeto de la discusión se encuentra en dos aspectos de la razonabilidad. Primero, aquel relativo a la justificación constitucional o necesidad ( $VRx$ ) y, el segundo, en la idoneidad de la intervención ( $Ex$ ). La idoneidad de la intervención, en términos de Carlos Bernal Pulido<sup>96</sup>, indicaría que la medida adoptada sobre un derecho fundamental (no) es idónea, cuando (no) contribuye (de ningún modo) a la obtención de su fin inmediato. Esto se puede precisar desde la eficacia y la intensidad de la intervención, indicando que, con una mayor o menor probabilidad, la medida podría contribuir con la

finalidad que persigue, que en este caso, se trataría de incentivar y para algunos, forzar la vacunación para quienes quieran disfrutar de espacios sociales y de entretenimiento.

La idoneidad estaría vinculada con una relación causal —positiva o negativa— con la finalidad, que en cualquier caso, se someten a los subprincipios de necesidad y proporcionalidad<sup>97</sup>. Con todo, la relación positiva que debe guardar la medida (N) con el fin inmediato (FI), con independencia al grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad, parecería estar satisfecho en este escenario constitucional. Para Bernal<sup>98</sup>, la medida es idónea si, en abstracto o en teoría, contribuye a la obtención del objetivo, pero esto no implica que sea necesario demostrar que efectivamente, la medida haya contribuido a alcanzar el objetivo, pues para sostener la idoneidad de la medida es suficiente establecer la virtualidad para obtener el resultado esperado. Finalmente, los medios alternativos para incentivar la vacunación parecerían escasos, considerando además los límites fiscales que impone el contexto, así como los límites constitucionales a un medio de coacción o presión más fuerte.

Aunque la experiencia colombiana, hasta donde sabemos, no cuenta con antecedentes sobre restricciones para el acceso a espacios sociales y de entretenimiento por razones de salubridad y salud pública, el Consejo Constitucional francés podría aportar algunas nociones relevantes para ello. En la experiencia gala, el legislador determinó que las personas deberán demostrar que están vacunadas o presentar un resultado negativo al virus si desean ingresar a lugares de recreación y cultura con un aforo superior a cincuenta personas (teatros, cines, discotecas parques temáticos, salas de conciertos, festivales, salas de deportes, etc.). Desde agosto de 2021, también se restringió el acceso a bares, cafés, restaurantes, centros comerciales, ancianatos, establecimientos médico-sociales y también para los viajes en tren, bus o avión de larga distancia. Según el Consejo, la medida consigue una “conciliación equilibrada” entre la libertad individual y la protección a la salud<sup>99</sup>.

Al final de cuentas, el Tribunal Constitucional francés parecería apreciar y ponderar —equilibrar— la salud pública con la libertad individual, limitando, solo parcialmente, el acceso a ciertos espacios sociales y culturales. Si tomásemos como referencia los artículos 52 y 70 de la Constitución colombiana, podríamos llegar a la misma consecuencia advertida líneas atrás, en la medida en que son derechos económicos, sociales y culturales, que llaman a las acciones afirmativas del Estado y, con ello, no suelen tener abstenciones o restricciones. Empero, el debate transversal anticipado, respecto a la tensión entre libertad y autonomía y salubridad pública, nos conduce nuevamente a la ponderación y complementan el ejercicio realizado en este título.

### ***Razonabilidad en las medidas para la imposición de la vacuna por medio de restricciones a servidores públicos. Derecho al trabajo***

En varios países se ha considerado la renuencia a la vacunación como una causa de terminación de contratos con el Estado o el

vínculo laboral con entidades públicas y privadas. Esta restricción, mucho más intensa que la descrita en el título anterior, tiene importantes objeciones, algunas constitucionales y otras de eficacia. Las objeciones que versan sobre la eficacia de la medida, se construyen en premisas empíricas propias de aquellas economías que tienen una amplia base de ocupación, concentrada en trabajos informales o independientes. Al final de cuentas, el propósito de incentivar o forzar la vacunación no sería alcanzado, eficiente y óptimamente, por la medida que condicione el vínculo laboral a la inmunización, cuando la mayor parte de la población obtiene su sustento de actividades informales o independientes, pero sí desestabilizaría al trabajador formal.

Volviendo sobre lo dicho, en principio obligar a las personas a vacunarse, so pena de la afectación de derechos como el trabajo, supondría imponer el autocuidado, lo cual estaría proscrito por la Constitución según la interpretación que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha atribuido al derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>100</sup>. No obstante, dado que la medida busca la protección de la salud de los demás trabajadores y, en general, de las demás personas, también podría argumentarse que la exigencia de la vacuna (y sus consecuencias laborales), si bien limita la libertad, garantizaría la salud de los demás<sup>101</sup>. La misma finalidad aplicaría para la defensa del argumento de la ampliación de la inmunización de la población.

También sobre la adecuación, un argumento que podría usarse en contra del mandato sería el posible riesgo para la salud que tendrían las personas que se vacunen. En ese sentido hay que recordar que, pese a la premura con que se implementó la vacunación a nivel mundial, tan pronto esta se desarrolló y se probó, hoy la comunidad científica internacional la considera segura<sup>102</sup>.

El siguiente paso sería evaluar la necesidad de fijar consecuencias de no vacunarse en el contexto laboral. Por ejemplo, habría que preguntarse si la obligatoriedad sería el único medio para garantizar la inmunización de las personas en el sitio de trabajo, lo cual obligaría a revisar otros caminos para ampliar la cobertura de las personas inmunizadas, como las campañas y otros incentivos. En este sentido, se podría pensar en focalizar el requisito a quienes tienen mayor grado de exposición al virus o mayor riesgo y requieren regresar a la presencialidad en sus actividades. A su vez, si hablamos de que unos empleados sí requieren vacunación pero otros no, esto podría dar lugar a otros debates como la justificación de la distinción para evitar el trato discriminatorio.

El último paso sería la proporcionalidad en estricto sentido. De modo resumido, se evaluaría si las consecuencias de no cumplir con el requisito producen un mayor beneficio a la vida, la salud y otros derechos como para limitar la libertad individual, la dignidad humana y el trabajo. En este sentido, la ganancia, en términos de control de la pandemia, de la vida y la salud de miles de personas, parecería superar la limitación de la libertad, aunque haría un poco más difícil de

justificar la consecuencia de la pérdida del trabajo para lograr esa finalidad. El punto sería si se debe recurrir a esa medida tan gravosa para el empleado con el fin de lograr el beneficio de los otros derechos.

Ahora bien, como en algunos países, se podría pensar en la obligatoriedad de la vacunación para quienes trabajan en sectores de mayor exposición, tales como la salud o educación. Anunciar ese tipo de medidas con suficiente antelación, como “*ultima ratio*”, fijar alguna gradualidad, e incluso analizar casos concretos con criterios diferenciados (razones religiosas o de salud) ayudaría a hacer más razonable la medida. De nuevo, el debate estaría dado por cuáles son las consecuencias constitucionalmente aceptables de no vacunarse.

Si la restricción se impusiese solo a trabajadores oficiales y contratistas del Estado, la medida no encontraría justificación constitucional, pues provocaría una diferenciación —discriminación— irrazonable y desproporcionada. Incluso el Consejo Constitucional francés, en la decisión antes comentada, coincidió en considerar desproporcionada la posibilidad de despedir a un trabajador renuente a vacunarse<sup>103</sup>. En otras palabras, la intensidad de la intervención, la necesidad y la idoneidad se encontrarían en entredicho, dada la eficacia de la medida, los medios alternativos y quizá, el más relevante, el mínimo vital y el derecho al trabajo. Aunque el ámbito de justificación constitucional permite limitar el derecho a los títulos de idoneidad, así como medidas de seguridad laboral, la imposición de la vacuna como condición para desarrollar actividades y prestar el servicio dependiente se encuentra en aprietos para soportarse constitucionalmente.

Con todo, como se anticipó este escenario constitucional ha sido revisado previamente por el Ministerio del Trabajo colombiano<sup>104</sup> y ha conceptuado que, si bien el empleador puede exigir el retorno al trabajo presencial, restringe claramente la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo al empleado renuente a la vacunación. Así, el medio alternativo que implica una intervención de menor intensidad se condensa en la campaña pedagógica y de sensibilización que debe adelantar el empleador, de cara a inducir, pero no imponer la inmunización contra la covid-19.

### ***Los confinamientos selectivos para no vacunados***

Varios países han ensayado restricciones selectivas a la población renuente a ser vacunada. Aunque este escenario también es novedoso, podría encontrar un caso análogo revisado en otras oportunidades por jueces constitucionales, cuando iniciada la pandemia, se tomaron medidas para restringir la locomoción de adultos mayores de 70 años. En el caso colombiano, se presentó una acción de tutela contra las resoluciones 464 y 844 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 749 del 28 de mayo de 2020 y 847 del 14 de junio de 2020 proferidos por el Gobierno Nacional, que establecían el aislamiento obligatorio preventivo para mayores de 70 años, con algunas excepciones y definía horarios específicos para abandonar sus lugares de residencia. El

juzgado 61 Administrativo de Bogotá, en decisión ratificada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, determinó que las medidas no eran necesarias para garantizar el valor constitucional que se pretendía hacer prevalecer, pues

las autoridades públicas se encuentran en capacidad de implementar otro tipo de medidas que garanticen la protección de la vida y la salud del grupo etario y de la población general en medio de la crisis del COVID y que impliquen menor sacrificio de los derechos fundamentales de este grupo etario.<sup>105</sup>

Para el juez de tutela en el caso citado, la medida vulneraba los derechos fundamentales de esta población, pues

1. La discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores. 2. Los derechos humanos de autonomía referidos a la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez. 3. Los derechos humanos de participación vinculados a la familia, la inclusión social y la participación política. 4. Los derechos sociales fundados en las exigencias de la igualdad material de las personas mayores.

Podríamos considerar algunas diferencias con el escenario constitucional que se plantea, en la medida en que la protección al adulto mayor cuenta con otras fuentes normativas, como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores y las Observaciones Generales 6 de 1995 y 14 de 2000, No obstante, la analogía permisible nos permitiría anticipar varios argumentos relativos a los confinamientos selectivos para ciudadanos renuentes a la vacunación.

En primer lugar, el juez acudió a la decisión del Juzgado de la Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n.º 14, de Buenos Aires (Argentina), del 20 de abril de 2020, sobre medidas idénticas que limitaban la locomoción de adultos mayores de 70 años, en tanto la herramienta planteada reducía la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad. No obstante, es la amalgama de los derechos a la libertad de locomoción, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, la que conduce a que el juez de tutela colombiano haya suspendido dichas medidas, pues si bien encuentra probado que los adultos mayores son más propensos a sufrir complicaciones de salud a raíz de la covid-19 —como en nuestra analogía lo sería una persona no vacunada, respecto a quien sí lo está—, al restringir su derecho a la libertad de locomoción en forma mucho más severa que al resto de la ciudadanía, el Estado “está actuando en forma discriminatoria, pues usa un paternalismo inaceptable frente a los adultos mayores, que no emplea con el conjunto de la población, por lo cual el objetivo perseguido por la medida no es válido y es inconstitucional”<sup>106</sup>.

En el fallo comentado, el juez utilizó varios insumos probatorios y fuentes —Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, International Association of Gerontology and Geriatrics, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriátrica, Academia Nacional de Medicina, etc.—, que lo condujeron a considerar que, si

bien la salud parecería justificar la medida, las pruebas mostraban que no era tan cierto que el aislamiento selectivo tendría suficientes beneficios e incluso podría ser contraproducente para ese mismo valor constitucional: esto por los efectos derivados de la disminución de actividad física, así como consecuencias en la salud mental, tales como ansiedad, depresión, trastornos del sueño, estrés posaislamiento, que podrían resultar especialmente nocivos para las personas que tienen de base enfermedades mentales.

## Conclusión

Como se puede apreciar a lo largo de este artículo, en primer lugar, la vacunación obligatoria entendida como las restricciones a ciertos derechos o libertades, principalmente, ocurre de modo indirecto (como la exigencia de un carné de vacunación para acceder a ciertas actividades o desempeñar algunas labores), y es creciente el número de países que la están adoptando.

En segundo lugar, hasta el momento, tanto las Cortes internacionales como nacionales y locales, en general, han adoptado posturas diferentes sobre las medidas restrictivas que se han impuesto como modo para presionar la vacunación de la población contra la covid-19, unas más deferentes que otras con respecto al poder del Ejecutivo para establecer las limitaciones. Cabe anotar que algunas de ellas han recurrido a los juicios de proporcionalidad para evaluar las medidas.

En este trabajo hemos propuesto que el mejor camino para enfrentar la pandemia en el orden constitucional liberal contemporáneo consiste en tomar medidas respetuosas de los derechos fundamentales, y que para ello las herramientas hermenéuticas más adecuadas son el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la vacunación obligatoria. Para esto hemos propuesto escenarios en los que aplicamos tal enfoque: el acceso al espacio público y lugares de espectáculos y escenarios de entretenimiento; las medidas de terminación del contrato para servidores públicos y trabajadores; y los confinamientos selectivos para no vacunados.

Aparte de la mencionada aproximación, consideramos que cualquier decisión sobre la vacunación obligatoria que sea respetuosa de los derechos, incluyendo la revisión judicial, se beneficiaría de acoger las recomendaciones de la OMS que sintetizamos al inicio de este trabajo, así como también de tomarse en serio los aportes de disciplinas distintas al derecho cuya evidencia empírica muestra los límites de esos mandatos a la población, como lo hemos puesto de presente en este artículo.

En cualquier caso, los límites —ámbitos de protección— marcan una importante restricción a las medidas de los Estados, de cara a hacer forzosa la vacunación. Como se constató en el caso de la vacunación contra el VPH, la Corte Constitucional colombiana enfatizó en que la inoculación no puede imponerse contra la voluntad de las personas que por disposición legal son destinatarias de esta. Al

final de cuentas, el Tribunal indicó que la facultad del paciente de tomar decisiones relativas a su salud ha sido considerada un derecho de carácter fundamental, como concreción del principio constitucional de pluralismo y de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal y a la salud. Por ello, la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas limita toda intervención en el cuerpo de un individuo. No obstante, la posición asumida por el Consejo de Estado de Colombia, en el Auto del 23 de febrero de 2022, anticipa un giro jurisprudencial, o al menos, una tensión entre ambas cortes, pues en el juicio de ponderación realizado por este Tribunal, la medida restrictiva resultaba idónea, proporcionada y necesaria, agregando el ingrediente normativo del principio de solidaridad. Por esto, aunque el propósito de la investigación es aportar al debate y arrojar algunas conclusiones preliminares, resultaría apresurado indicar cuáles serían las decisiones judiciales más atinadas.

Lo anterior se hace más nítido, si consideramos que el juicio de ponderación de los antecedentes citados en este texto varían significativamente, si consideramos la transmisión y letalidad de la covid-19 en comparación con virus tales como el papiloma humano (VPH), la poliomielitis, meningitis tuberculosa, hepatitis B, difteria, tétanos, influenza, el sarampión, la rubéola parotiditis, meningitis o meningococcia, y cuando, por demás, la aparición de nuevas variantes, o por qué no, otro virus cuya letalidad sea superior a la de la covid-19 modifican el peso dado a la seguridad de las premisas empíricas. Para el constitucionalismo colombiano —y probablemente latinoamericano— resulta lógico que el paciente tenga la facultad de asumir o declinar cualquier tratamiento médico, de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido por conducto de sus propias convicciones, entendiendo que el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo.

Ahora bien, es claro que el debate no ha perdido de vista que hay un deber del Estado de suministrar la vacuna con un carácter obligatorio, pero dicho deber no significa la existencia de otro correlativo de la población a recibirla. No obstante, como se expuso al realizar el análisis de los escenarios constitucionales propuestos, es plausible que la construcción de otros mecanismos de presión e incentivos logre el resultado esperado, pero que en ningún caso, podrían tomarse medidas forzadas de inoculación de biológicos para la inmunización de toda la población. Para la Corte Constitucional, una decisión de dichas dimensiones —imposición forzada y contraria a la voluntad del individuo— implicaría la instrumentalización de la persona, pero ciertas restricciones como las analizadas, de acuerdo con el Consejo de Estado, resultan suficientes, proporcionales y necesarias.

## Bibliografía

- 7.<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals, *Klassen, et al. v. Trustees of Indiana University, No. 21-2326* (agosto 8, 2021). Juez: Damon R. Leichty.
- Allie Reed, *High Court Vaccine Mandate Case Puts Agency Power to the Test (1)*, Bloomberg Law (diciembre 29, 2021).
- Andrea Hsu, *Thousands of workers are opting to get fired, rather than take the vaccine*, NPR (octubre 24, 2021). <https://www.npr.org/2021/10/24/1047947268/covid-vaccine-workers-quitting-getting-fired-mandates>.
- Anne McMillan, *Mandatory vaccination: legal, justified, effective?*, International Bar Association (marzo 19, 2021). <https://www.ibanet.org/article/70E1F93E-A23B-4F1A-A596-AEEF84750241>.
- BBC News, *Quebec to impose health tax on unvaccinated Canadians*, BBC News (enero 11, 2022). <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-59960689>
- Bruce Haring, *Anti-Vaccination Protests Go Worldwide as Backlash to Mandates Grows*, Deadline (septiembre 19, 2021). <https://deadline.com/2021/09/anti-vaccination-protests-worldwide-backlash-to-mandate-grows-1234839338/>
- Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 4.<sup>a</sup> ed., 779-1018 (Universidad Externado de Colombia, 2014).
- Casey Smith & Tom Davies, *Appeals court upholds Indiana University's vaccine mandate*, Ap News (agosto 2, 2021). <https://apnews.com/article/health-courts-education-indiana-coronavirus-pandemic-eb1408814f3d3c7921fa371675f8c617>
- Centers for Disease Control and Prevention, *Omicron Variant: What You Need to Know*, (diciembre 6, 2021), <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/variants/omicron-variant.html>
- Colombia. Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sentencia de Tutela n.º 061 del 02 de julio de 2020, Rad. 110013343-061-2020-00111-00.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 99 del 7 de diciembre de 1922 “por la cual se adicionan las leyes sobre higiene pública”.
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, febrero 23, 2022, M.P.: R. Serrato, Radicación: 11001-03-24-000-2021-00884-00, Auto del 23 de febrero de 2022, [Colom.].

- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Acción de Tutela M.P.: L. Alberto Álvarez Parra. Radicación 11001-03-15-000-2022-01235-00, Sentencia del 17 de marzo de 2022 [Colom].
- Consejo Constitucional francés, Decisión n.º 2021-828 DC, noviembre 9, 2021.
- Corte Constitucional Colombiana [C.C.], junio 2, 2017, Sentencia T-365/17, [Colom.].
- Corte Constitucional Colombiana [C.C.], noviembre 28, 2005, Sentencia T-1229/05, [Colom.].
- Corte Europea de Derechos Humanos, Q&A on the case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic (abril 8, 2021). [https://www.echr.coe.int/Documents/Press\\_Q\\_A\\_Vavricka\\_Others\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Vavricka_Others_ENG.pdf). El fallo completo en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución n.º 18800-2021 (agosto 24, 2021).
- Daniel Wei Liang Wang et al: *Is Mandatory Vaccination for COVID-19 Constitutional under Brazilian Law?*, 23 Health And Human Rights Journal 163-174 (2021).
- David McLoone, *EU Commission president suggests for mandatory COVID vaccination throughout the continent*, Lifesite News (diciembre 1, 2021). <https://www.lifesitenews.com/news/eu-commission-president-suggests-for-mandatory-covid-vaccinat>.
- DW, *German court rules coronavirus vaccine mandate for health workers can proceed*, (11 de febrero de 2022). <https://www.dw.com/en/german-court-rules-coronavirus-vaccine-mandate-for-health-workers-can-proceed/a-60740138>
- EFE, *Bolsonaro reafirma que no será obligatoria la vacuna y el pasaporte sanitario*, EFE (octubre 22, 2021).
- El País, *El Supremo de Brasil declara obligatoria la vacuna contra la COVID-19*, El País (diciembre 17, 2020). <https://elpais.com/sociedad/2020-12-18/el-supremo-de-brasil-declara-obligatoria-la-vacuna-contra-la-COVID-19.html>
- Erwin Chemerinsky & Michele Goodwin, *Civil Liberties in a Pandemic: The Lessons of History*, 106 Cornell Law Review 820 (2021).
- European Court of Human Rights, *Requests for interim measures from 672 members of the French fire service concerning the Law on the management of the public health crisis fall outside the scope of Rule 39 of the Rules of Court*. Agosto 25, 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-7100478-9611768%22>.

- France 24, *Inició la campaña de vacunación contra la covid-19 en Estados Unidos* (diciembre 14, 2020). <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20201214-covid19-inicia-vacunaci%C3%B3n-estados-unidos>
- Germán López Daza & Carlos Gómez, *Estado de excepción y restricción al derecho a la educación en Colombia por la COVID-19*, 40 *Opinión Jurídica* 163-186 (2020).
- Gilad Abiri & Sebastian Guidi, *The Pandemic Constitution*, 60 *Colum. J. Transnat'L L.*, 69-131 (2021).
- Gobierno de Chile, *Pase de movilidad*. <https://www.gob.cl/yomevacuno/pasemovilidad/>
- Government of Canada, *Mandatory COVID-19 vaccination requirements for federally regulated transportation employees and travellers* (octubre 6, 2021). <https://www.canada.ca/en/transport-canada/news/2021/10/mandatory-COVID-19-vaccination-requirements-for-federally-regulated-transportation-employees-and-travellers.html>
- Hindustan Times, *Forced resignation, penalties: Here's how nations are making Covid vaccines must*, *Hindustan Times* (septiembre 11, 2021). <https://www.hindustantimes.com/india-news/forced-resignation-penalties-here-s-how-nations-are-making-covid-vaccines-must-101631322366446.html>
- Jason Brennan, *A libertarian case for mandatory vaccination*, 44 *Medical Ethics* 37 (2018). <https://jme.bmj.com/content/44/1/37>
- Jeff King & Octavio Motta, *Legal, Constitutional, and Ethical Principles for Mandatory Vaccination Requirements for COVID-19*, *Lex-Atlas COVID 19* (2021). <https://lexatlas-c19.org/vaccination-principles/>
- Jemima Mc Evoy, *United Airlines Firing 232 Employees Who Refused Covid Vaccine, CEO Says*, *Forbes* (octubre 13, 2021). <https://www.forbes.com/sites/jemimamcevoy/2021/10/13/united-airlines-firing-232-employees-who-refused-covid-vaccine-ceo-says/?sh=9a6c3a64399b>
- Jim Wilson, *Ontario court rejects request to block TTC's vaccination mandate* *HRR Canadian Reporter* (noviembre 23, 2021). [https://www.hrreporter.com/employment-law/news/ontario-court-rejects-request-to-block-ttcs-vaccination-mandate/361979?tu=&utm\\_campaign=Editorial%20-%20Canadian%20HR%20Reporter%20-%20NS&utm\\_content=188871443&utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter&hss\\_channel=tw-27805737](https://www.hrreporter.com/employment-law/news/ontario-court-rejects-request-to-block-ttcs-vaccination-mandate/361979?tu=&utm_campaign=Editorial%20-%20Canadian%20HR%20Reporter%20-%20NS&utm_content=188871443&utm_medium=social&utm_source=twitter&hss_channel=tw-27805737)
- Jorge Galindo, *La vacunación pierde ritmo en Colombia*, *El País* (septiembre 21, 2021).
- Jorge Roa Roa, *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*, *MPIL Research Papers Series* (2020).

- Juan Carlos Cantillo & Alfredo Bula, *Eutanasia activa directa y consentimiento del sujeto pasivo como eximente de responsabilidad penal en eventos de enfermedades incurables no terminales. Una aproximación interdisciplinaria desde el test de proporcionalidad en sentido estricto*, 19(1) Estudios Socio-Jurídicos 13-41. (2017).
- Julia O' Driscoll, *Which countries have mandated vaccines against COVID-19? Compulsory vaccination rules have been both praised and criticized*, The Week (diciembre 1, 2021), <https://www.theweek.co.uk/news/science-health/954905/which-countries-have-mandated-vaccines>
- Katie Gravagna et al., *Global assessment of national mandatory vaccination policies and consequences of non-compliance*, 38 Vaccine 7868 (2020).
- Lauren Zazzara, *Mandates to Vaccinate: A Brief History*, Heinonline (octubre 5, 2021), <https://home.heinonline.org/blog/2021/10/mandates-to-vaccinate-a-brief-history/>.
- Manuel V. Gómez, *La presión por la nueva ola de contagios y la aparición de la ómicron elevan la tensión política en Europa por las restricciones*, El País (diciembre 1, 2021). <https://elpais.com/sociedad/2021-12-02/la-presion-por-la-nueva-ola-de-contagios-y-la-aparicion-de-omicron-elevan-la-tension-politica-en-europa-por-las-restricciones.html>
- Martin Borowski, *Derechos de defensa como principios de derecho fundamental. La teoría principialista de los derechos fundamentales*, en *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* 93-118 (Marcial Pons, 2011).
- Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 385 (marzo 12, 2020).
- Nicholas Tampio, *Weakness in the argument for vaccine mandates the Supreme Court decision allowing the government to require vaccines came before dozens of other cases allowing people autonomy over their bodies*, The Boston Globe (agosto 15, 2021), <https://www.bostonglobe.com/2021/08/25/opinion/weak-constitutional-case-vaccine-mandates/>
- Nuria González & Diego Valadés, coord., *Emergencia sanitaria por covid 19*, 20 Derecho Constitucional Comparado, IIJ (UNAM, 2020).
- Octavio Luis Motta, *Brazil: Compulsory (but not forced) vaccination is constitutional, says Supreme Federal Tribunal*, Lex-Atlas: COVID-19 (abril 29, 2021). <https://lexatlas-c19.org/compulsory-but-not-forced-vaccination-is-constitutional-says-brazilian-supreme-federal-tribunal/>
- Ontario Superior Court of Justice. *Amalgamated Transit Union, Local 113 vs. Toronto Transit Commission*, 2021 ONSC 7658 (CanLII)

(noviembre 13, 2021). <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2021/2021onsc7658/2021onsc7658.html>

Phillip Bump, *The biggest divide on vaccination isn't race or income but party - and the divide is growing*, The Washington Post (noviembre 16, 2021).

Poder Judicial de Chile, *Corte de Santiago rechaza recurso de protección contra vacunación obligatoria contra la influenza* (diciembre 7, 2021). <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/66148>

Presidencia de Costa Rica, *Firmado decreto que hace obligatoria la vacuna contra COVID-19 en el sector público* (octubre 11, 2021). <https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2021/10/firmado-decreto-que-hace-obligatoria-la-vacuna-contra-COVID-19-en-el-sector-publico/>

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 3026 del 18 de noviembre de 1955.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 780 del 11 de abril de 1977.

Reuters, *Slovenia's top court rejects vaccination rule for public sector employees*, Reuters (diciembre 6, 2021).

Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.<sup>a</sup> ed., 173-245, 433-503 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).

Ruaridh Owens, *European Court of Human Rights Rejects Requests to Suspend Mandatory COVID-19 Vaccinations*, *Human Rights Pulse* (noviembre 4, 2021). <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/european-court-of-human-rights-rejects-requests-to-suspend-mandatory-COVID-19-vaccinations>

Sahil Kapur, *Senate Republicans divided on effort to shut down government over vaccine mandates*, NBC News (diciembre 2, 2021): <https://www.nbcnews.com/politics/congress/senate-republicans-divided-effort-shut-down-government-over-vaccine-mandates-n1285255>

Sandrine Amiel, *Resist, resign and playing for time: French health workers bid to avoid compulsory COVID vaccination*, Euronews (septiembre 16, 2021). <https://www.euronews.com/2021/08/11/resist-resign-and-play-for-time-french-health-workers-bid-to-avoid-compulsory-covid-vaccin>

Sidhartha Banerjee & Virginie Ann, *Quebec judge refuses injunction against abandoned vaccine mandate for health workers*, CTV News (noviembre 15, 2021). <https://montreal.ctvnews.ca/quebec-judge-refuses-injunction-against-abandoned-vaccine-mandate-for-health-workers-1.5666510>

Silvio Vinceti, *COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights*, 92, 6 Acta Biomed 1-7 (2021).

- State of Louisiana et al vs Xavier Becerra et al, Case No. 3:21- CV-03970, United States District Court, Western District of Louisiana, Monroe Division (noviembre 30, 2021).
- Supremo Tribunal Federal, *Plenário decide que vacinação compulsória contra COVID-19 é constitucional* (diciembre 17, 2020), <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>
- Swissinfo, *Costa Rica hace obligatoria la vacuna, Bolsonaro se molesta y Cuba baja casos*, Swissinfo (octubre 11, 2021).
- Tasos Kokkinidis, *Greece's Top Court Rules Mandatory Vaccination Lawful*, Greek Reporter (diciembre 3, 2021) <https://greekreporter.com/2021/12/03/greece-top-court-rules-mandatory-vaccination-lawful/>
- The Guardian, *New York City sets Covid vaccine mandate for all private employers*, The Guardian (diciembre 16, 2021).
- The Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID 19, <https://oxcon.oupplaw.com/home/occ19>. (2021): <https://oxcon.oupplaw.com/home/occ19>
- The Wall Street Journal, *Not Vaccinated? In Singapore, You'll pay for Your Own COVID-19 Treatment*, The Wall Street Journal (diciembre 8, 2021).
- The White House, *Path out of the Pandemic: President Biden's COVID-19 Action Plan*.
- Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *The bound executive: Emergency powers during the pandemic*, 167 Int 'L J. Const. L. (2021).
- U.S. Supreme Court, 595 U. S. (febrero 13, 2022). [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21a240\\_d18e.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21a240_d18e.pdf)
- World Health Organization, *Thirteenth World Health Assembly, Compulsory or voluntary vaccination* (abril 25, 1960). [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134370/WHA13\\_TD-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134370/WHA13_TD-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- World Health Organization, *COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats*, 13 Policy Brief (abril 13, 2021).
- World Health Organization, *No-fault compensation programme for COVID-19 vaccines is a world first* (febrero 22, 2021). <https://www.who.int/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-COVID-19-vaccines-is-a-world-first>
- Yaqiu Wang, *China's use of force and coercion to drive up its COVID-19 vaccination rate is not the answer*, The Globe and Mail (septiembre 28, 2021).

## Notas

\* Artículo de investigación

Ese artículo fue desarrollado en el marco del proyecto de investigación, “CA0313263 - Estudios sobre Derecho Judicial en Colombia”, del Grupo Precedente de la Universidad Icesi, y asuntos públicos y administración de justicia, en el grupo de investigación en Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte.

<sup>1</sup> France 24, *Inició la campaña de vacunación contra la covid-19 en Estados Unidos* (diciembre 14, 2020).

<sup>2</sup> Para algunos ejemplos de la literatura reciente sobre las medidas para enfrentar la pandemia, véanse: T. Ginsburg & M. Versteeg, *The bound executive: Emergency powers during the pandemic*, 167 Int’L J. Const. L. (2021); G. Abiri & S. Guidi, *The Pandemic Constitution*, 60 Colum. J. Transnat’L L. 69-131 (2021); G. López Daza & C. Gómez, *Estado de excepción y restricción al derecho a la educación en Colombia por la COVID-19*, 40 Opinión Jurídica 163-186 (2020); N. González & Diego Valadés, (Coord.), *Emergencia sanitaria por Covid 19*, 20 Derecho Constitucional Comparado, y *The Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID 19* (2021).

<sup>3</sup> Por ejemplo, véase J. King & O. Motta, *Legal, Constitutional, and Ethical Principles for Mandatory Vaccination Requirements for COVID-19*, Lex-Atlas COVID-19 (2021); D. Wei Liang Wang et al., *Is Mandatory Vaccination for COVID-19 Constitutional under Brazilian Law?*, 23 Health and Human Rights Journal 163-174 (2021), y S. Vinceti, *COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights*, 92, 6 Acta Biomed 1-7 (2021).

<sup>4</sup> World Health Organization, Thirteenth World Health Assembly, *Compulsory or voluntary vaccination* (abril 25, 1960).

<sup>5</sup> N. Tampio, *Weakness in the argument for vaccine mandates The Supreme Court decision allowing the government to require vaccines came before dozens of other cases allowing people autonomy over their bodies*, The Boston Globe (agosto 15, 2021),

<sup>6</sup> L. Zazzara, *Mandates to Vaccinate: A Brief History*, Heinonline (octubre 5, 2021).

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> Anne McMillan, *Mandatory vaccination: legal, justified, effective?* International Bar Association (March 19, 2021).

<sup>9</sup> A modo de ejemplo, mientras escribíamos este texto se detectó una nueva variante del virus, que se extendió a todo el globo y provocó que varios Estados reaccionaran con medidas restrictivas que se habían dejado de aplicar casi desde que inició la vacunación. Véase: Centers for Disease Control and Prevention, *Omicron Variant: What You Need to Know*, (diciembre 6, 2021).

- 10 K. Gravagna et al., *Global assessment of national mandatory vaccination policies and consequences of non-compliance*, 38 Vaccine 7868 (2020).
- 11 *Id.*, pág. 7872.
- 12 J. O' Driscoll, *Which countries have mandated vaccines against COVID-19? Compulsory vaccination rules have been both praised and criticized*, The Week (diciembre 1, 2021).
- 13 World Health Organization, *COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats*, 13 Policy Brief (abril 13, 2021).
- 14 *Id.*, págs. 1 y 2.
- 15 *Id.*, pág. 2.
- 16 *Id.*, pág. 2
- 17 La OMS estableció un programa de compensación por posibles daños causados por las vacunas para los casos de los 92 países que las han recibido a través del sistema COVAX. WHO, *No-fault compensation programme for COVID-19 vaccines is a world first* (febrero 22, 2021).
- 18 Véase World Health Organization, *supra* nota 13.
- 19 Véase S. Vinceti, *supra* nota 3.
- 20 S. Amiel, *Resist, resign and playing for time: French health workers bid to avoid compulsory COVID vaccination*, Euronews (septiembre 16, 2021).
- 21 European Court of Human Rights, *Requests for interim measures from 672 members of the French fire service concerning the Law on the management of the public health crisis fall outside the scope of Rule 39 of the Rules of Court* (agosto 25, 2021).
- 22 Véase S. Vinceti, *supra* nota 3.
- 23 R. Owens, *European Court of Human Rights Rejects Requests to Suspend Mandatory COVID-19 Vaccinations*, Human Rights Pulse (noviembre 4, 2021).
- 24 Véase S. Vinceti, *supra* nota 3.
- 25 “The legislation concerns the vaccines administered against childhood diseases that are well known to medical science, namely diphtheria, tetanus, whooping cough, Haemophilus influenzae type b infections, poliomyelitis, hepatitis B, measles, mumps, rubella and – for children with specified health indications - pneumococcal infections”. Corte Europea de Derechos Humanos, *Q&A on the case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic* (8 de abril de 2021).
- 26 Véase R. Owens, *supra* nota 23.
- 27 Corte Europea de Derechos Humanos, *Q&A on the case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic* (8 de abril de 2021).
- 28 *Id.*

- <sup>29</sup> Véase S. Vinceti, *supra* nota 3.
- <sup>30</sup> B. Haring, *Anti-Vaccination Protests Go Worldwide as Backlash to Mandates Grows*, Deadline (septiembre 19, 2021).
- <sup>31</sup> M. V. Gómez, *La presión por la nueva ola de contagios y la aparición de la ómicron elevan la tensión política en Europa por las restricciones*, El País (diciembre 1, 2021).
- <sup>32</sup> Ph. Bump, *The biggest divide on vaccination isn't race or income but party - and the divide is growing*, The Washington Post (noviembre 16, 2021). También en Sahil Kapur, *Senate Republicans divided on effort to shut down government over vaccine mandates*, NBC NEWS (diciembre 2, 2021).
- <sup>33</sup> David McLoone, *EU Commission president suggests for mandatory COVID vaccination throughout the continent*, Lifesite News (diciembre 1, 2021).
- <sup>34</sup> J. Mc Evoy, *United Airlines Firing 232 Employees Who Refused Covid Vaccine*, CEO Says, Forbes (octubre 13, 2021). También en Andrea Hsu, *Thousands of workers are opting to get fired, rather than take the vaccine*, NPR (octubre 24, 2021).
- <sup>35</sup> *Germany introduces mandatory vaccination for healthcare workers* Euronews (diciembre 10 de 2021) <https://www.euronews.com/2021/12/10/germany-introduces-mandatory-vaccination-for-healthcare-workers>. La Corte Constitucional negó la suspensión de la medida en un fallo del 11 de febrero de 2022. “German court rules coronavirus vaccine mandate for health workers can proceed”, DW (11 de febrero de 2022).
- <sup>36</sup> Inglaterra determinó que, a partir del 11 de noviembre de 2021, la vacuna sería obligatoria para trabajadores de “care homes” y algunos empleadores también la habían establecido.
- <sup>37</sup> Véase L. Zazzara, *supra* nota 6.
- <sup>38</sup> The White House, *Path out of the Pandemic: President Biden's COVID-19 Action Plan*.
- <sup>39</sup> The Guardian, *New York City sets Covid vaccine mandate for all private employers*, The Guardian (diciembre 16, 2021).
- <sup>40</sup> State of Louisiana et al vs. Xavier Becerra et al., Case No. 3:21-CV-03970, United States District Court Western District of Louisiana, Monroe Division (noviembre 30, 2021).
- <sup>41</sup> C. Smith & T. Davies, *Appeals court upholds Indiana University's vaccine mandate*, Ap News (agosto 2, 2021).
- <sup>42</sup> 7.<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals, *Klassen, et al. v. Trustees of Indiana University, No. 21-2326* (agosto 8, 2021).
- <sup>43</sup> *Id.*
- <sup>44</sup> E. Chemerinsky & M. Goodwin, *Civil Liberties in a Pandemic: The Lessons of History*, 106 Cornell Law Review 820 (2021).

- 45 U.S. Supreme Court, 595 U. S. Nos. 21A 240 y 21A241 (febrero 13, 2022).
- 46 U.S. Supreme Court, 595 U. S. Nos. 21A244 y 21A 247 (febrero 13, 2022).
- 47 Sobre los procesos en la Corte, véase A. Reed, *High Court Vaccine Mandate Case Puts Agency Power to the Test (1)*, Bloomberg Law (diciembre 29, 2021).
- 48 Government of Canada, *Mandatory COVID-19 vaccination requirements for federally regulated transportation employees and travellers* (octubre 6, 2021).
- 49 J. Wilson, *Ontario court rejects request to block TTC's vaccination mandate* HRR Canadian Reporter (noviembre 23, 2021).
- 50 Ontario Superior Court of Justice. *Amalgamated Transit Union, Local 113 vs. Toronto Transit Commission*, 2021 ONSC 7658 (CanLII) (noviembre 13, 2021).
- 51 S. Banerjee & V. Ann, *Quebec judge refuses injunction against abandoned vaccine mandate for health workers*, CTV News (noviembre 15, 2021).
- 52 BBC News, *Quebec to impose health tax on unvaccinated Canadians*, BBC News (enero 11, 2022), <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-59960689>
- 53 Hindustan Times, *Forced resignation, penalties: Here's how nations are making Covid vaccines must*, Hindustan Times (septiembre 11, 2021).
- 54 Y. Wang, *China's use of force and coercion to drive up its COVID-19 vaccination rate is not the answer*, The Globe and Mail (septiembre 28, 2021).
- 55 Véase J. O' Driscoll, *supra* nota 12.
- 56 The Wall Street Journal, *Not Vaccinated? In Singapore, You'll pay for Your Own COVID-19 Treatment*, The Wall Street Journal (diciembre 8, 2021).
- 57 Hindustan Times, *Forced resignation, penalties: Here's how nations are making Covid vaccines must*, Hindustan Times (septiembre 11, 2021).
- 58 T. Kokkinidis, *Greece's Top Court Rules Mandatory Vaccination Lawful*, Greek Reporter (diciembre 3, 2021).
- 59 Reuters, *Slovenia's top court rejects vaccination rule for public sector employees*, Reuters (diciembre 6, 2021).
- 60 Véase D. Wei Liang Wang et al., *supra* nota 3, pág. 165.
- 61 EFE, *Bolsonaro reafirma que no será obligatoria la vacuna y el pasaporte sanitario*, EFE (octubre 22, 2021).

- 62 Supremo Tribunal Federal, *Plenário decide que vacinação compulsória contra COVID-19 é constitucional* (diciembre 17, 2020).
- 63 O. L. Motta, *Brazil: Compulsory (but not forced) vaccination is constitutional, says Supreme Federal Tribunal*, *Lex-Atlas: COVID-19* (abril 29, 2021).
- 64 El País, *El Supremo de Brasil declara obligatoria la vacuna contra la COVID-19*, El País (diciembre 17, 2020).
- 65 Swissinfo, *Costa Rica hace obligatoria la vacuna, Bolsonaro se molesta y Cuba baja casos*, Swissinfo (octubre 11, 2021).
- 66 Presidencia de Costa Rica, *Firmado decreto que hace obligatoria la vacuna contra COVID-19 en el sector público* (octubre 11, 2021).
- 67 Tampoco le dio la razón a una funcionaria del Banco Nacional que se oponía a la vacunación. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución. n.º 2021023195 (octubre 15, 2021).
- 68 Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución n.º 18800-2021 (agosto 24, 2021).
- 69 Gobierno de Chile, *Pase de movilidad*.
- 70 Corte Suprema de Chile, *Corte Suprema confirma sentencia que rechazó recurso de protección presentado por no vacunados contra el coronavirus*, Causa rol 78.839-2021 (octubre 20, 2021).
- 71 Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 289-2021 (octubre 1, 2021).
- 72 Poder Judicial de Chile, *Corte de Santiago rechaza recurso de protección contra vacunación obligatoria contra la influenza* (diciembre 7, 2021).
- 73 J. Galindo, *La vacunación pierde ritmo en Colombia*, El País (septiembre 21, 2021).
- 74 Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 385 (marzo 12, 2020).
- 75 Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1615 (noviembre 30, 2021).
- 76 Ministerio del Trabajo, Circular 0003 (enero 12, 2022).
- 77 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, febrero 23, 2022, M.P.: R. Serrato, Radicación: 11001-03-24-000-2021-00884-00, Auto del 23 de febrero de 2022, [Colom.].
- 78 J. Brennan, *A libertarian case for mandatory vaccination*, 44 *Medical Ethics* 37 (2018).
- 79 Constitución Política de Colombia, “Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

- 80 Por su parte, el literal d) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de la Salud) determina que: es un derecho de las personas. “obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud”.
- 81 La Circular del Ministerio del Trabajo n.. 0047 (agosto 5, 2021) recordó que una de las prohibiciones a los empleadores que establece el Código Sustantivo del Trabajo —art. 59, numeral 9— consiste en: “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores u ofenda su dignidad”.
- 82 J. C. Cantillo & A. Bula, *Eutanasia activa directa y consentimiento del sujeto pasivo como eximente de responsabilidad penal en eventos de enfermedades incurables no terminales. Una aproximación interdisciplinar desde el test de proporcionalidad en sentido estricto*, 19(1) Estudios Socio-Jurídicos 13-41 (2017).
- 83 R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales* 173-245, 433-503 (CEC, 2008).
- 84 C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador* 779-1018 (Universidad Externado de Colombia, 2014).
- 85 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 2, 2017, M.P.: Alberto Rojas Ríos, Sentencia T-365/17, [Colom.].
- 86 *Id.*
- 87 *Id.*
- 88 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], noviembre 28, 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería, Sentencia T-1229/05, [Colom.].
- 89 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 2, 2017, Sentencia T-365/17, [Colom.].
- 90 Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, febrero 23, 2022, M.P.: R. Serrato, Radicación: 11001-03-24-000-2021-00884-00, Auto del 23 de febrero de 2022, [Colom.]. Los demandantes acusaron el Decreto, por desconocer el preámbulo de la Constitución Política, en los artículos 1.°, 2.°, 5.°, 6.°, 12, 13, 15, 16, 18, 20, 21, 24, 25, 28, 38, 40, 52, 67, 70, 78, 83, 93, 94, 152, 189 (numeral 4), 209 y 215 superiores, en los artículos 1.1, 2.1, 5.1, 5.2, 7.1, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 23.1 (literales b y c), 24, 27 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y en los artículos 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 12.1., 13.1. y 14.1. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 91 *Id.*

- 92 *Id.*
- 93 Cabe anotar que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de marzo de 2022 negó la solicitud de amparo de una mujer que, en sede de acción de tutela, le pidió proteger los derechos fundamentales a la vida, al debido proceso, a la dignidad, a la libertad, a la justicia y a la libertad de cultos de ella, su madre y sus dos hijos extranjeros. Según la tutelante, la Resolución 2052 del Ministerio de Salud y Protección Social del 6 de diciembre de 2021 les vulneraba tales derechos porque les impedía a ella y a su esposo y dos hijos el ingreso al país para visitar a su madre que se encontraba en delicado estado de salud, ya que ninguno contaba con un esquema completo de vacunación contra la covid 19, “por convicción a sus razones religiosas”. Por tanto, solicitaba un “permiso especial de ingreso”. Según el Consejo, la citada Resolución no les imponía a los tutelantes la obligación de vacunarse para ingresar al país, sino que pedía a los mayores de edad, nacionales o extranjeros, que no contasen con el esquema, realizarse la prueba PCR o antígenos negativo, exigencia que el tribunal encontró razonada y proporcional en la emergencia sanitaria que vive el país. Consejo de Estado, Sección Quinta, Acción de Tutela 11001-03-15-000-2022-01235-00, M.P.: Luis Alberto Álvarez Parra.
- 94 La literatura sobre el constitucionalismo transformador es extensa. De modo sintético, véase J. Roa Roa, *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*, MPIL Research Papers Series (2020).
- 95 Sx: la conducta, el estado o la posición jurídica x es un bien protegido del titular del derecho de defensa Ex: medida que restringe x.  $\neg VRx$ : la restricción no está constitucionalmente justificada en relación con x. ORx: la consecuencia jurídica se produce. Véase M. Borowski, *Derechos de defensa como principios de derecho fundamental. La teoría principalista de los derechos fundamentales*, en *La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* 93-118 (Marcial Pons, 2011).
- 96 C. Bernal Pulido, *supra* nota 84, pág. 913.
- 97 *Id.*, pág. 916.
- 98 *Id.*, pág. 919.
- 99 Consejo Constitucional, Decisión n.º 2021-828 DC, noviembre 9, 2021.
- 100 Véase, por ejemplo, las sentencias citadas en este texto: Corte Constitucional de Colombia [C.C.], Sentencia SU-337/99, mayo 22, 1999; [C.C.], Sentencia T-1019/06, diciembre 1, 2006; [C.C.], Sentencia T-216/08, febrero 29, 2008 y [C.C.], Sentencia T-365/17, junio 2, 2017.
- 101 Wei Liang Wang et al. recuerdan que distintos instrumentos internacionales, si bien reconocen las tensiones entre la libertad y la salud pública, aceptan algunas restricciones con el fin de proteger esta última: “for example, the European Convention on Human Rights,

the American Convention on Human Rights, and the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights—that accept restrictions on some civil rights if necessary to protect health”. Véase D. Wei Liang Wang et al., *supra* nota 3, pág. 165.

102 *Id.*

103 Consejo Constitucional, Decisión n.º 2021-828 DC (noviembre 9, 2021).

104 Ministerio del Trabajo, Circular 0047 de agosto de 2021.

105 Colombia. Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sentencia de Tutela n.º 061 del 02 de julio de 2020, Radicación: 110013343-061-2020-00111-00.

106 D. Wei Liang Wang et al., *supra* nota 3.

### Notas de autor

<sup>a</sup> Autor de correspondencia. Correo electrónico: mcajas@icesi.edu.co

### Información adicional

*Cómo citar este artículo:* Mario Alberto Cajas Sarria & Juan Pablo Sarmiento Erazo, *Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la covid-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo*, 71 *Vniversitas* (2022), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prvo>