

EL FIASCO DE LOS PASAPORTES COVID EN ESPAÑA: CASUISMO AUTONÓMICO INTOLERABLE Y FALTA DE IDONEIDAD COMO MEDIDA DE CONTROL DE CONTAGIOS

Antonio José Sánchez Sáez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

I. LAS LIMITACIONES DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA LOEAES. II. LAS LIMITACIONES DE DERECHOS ORDINARIAS, FUERA DEL MARCO DE LA LOEAES. 1. ¿Necesidad de una Ley Antipandemias? 2. El mecanismo de ratificación judicial de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. 3. Pasaporte Covid: sus carencias científicas. 4. Marco legal para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales con razón del Covid. 5. La importante objeción a los pasaportes Covid por parte del Consejo de Europa. III. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DEL PASAPORTE COVID EN ESPAÑA. 1. Sobre la idoneidad del pasaporte Covid para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, es decir, para reducir considerablemente la mortalidad o reducir la presión asistencial, sobre todo los ingresos de pacientes graves en UCI. 2. Sobre la necesidad del pasaporte Covid. Es decir, si cabría aplicar otras medidas menos lesivas para los derechos fundamentales y de eficacia pareja. 3. Su razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si de su imposición se derivasen más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los derechos fundamentales comprometidos. IV. ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DEL PASAPORTE COVID EXIGIDO A NIVEL AUTONÓMICO PARA ACTIVIDADES PUNTUALES. V. ALGUNAS CONCLUSIONES

En esta investigación queremos probar con argumentos jurídicos (remitiéndonos también a estudios científicos) la inutilidad de los denominados “pasaportes Covid” en España; y, de paso, cómo han vulnerado el principio de no discriminación y la libertad de circulación, recogidos en los Tratados europeos y en nuestra Constitución.

Las restricciones o limitaciones de derechos fundamentales son constitucionales en los Estados de Derecho, como lo es España. Esas limitaciones pueden producirse dentro del marco de los estados de alarma, excepción y sitio previstos en los arts. 116 y 55 CE. Habrá que estar, para ello, a las condiciones que impone la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES) y a la escasa

jurisprudencia que ha emanado el TC en los pocos casos que ha revisado hasta ahora, básicamente la declaración del estado de alarma el 4 de diciembre de 2010 para la militarización de los controladores aéreos por el cierre del espacio aéreo derivado de la huelga de controladores y los dos estados de alarma declarados en 2020 con ocasión del Covid.

Pero lo normal es que esas restricciones se produzcan en situaciones ordinarias, fuera del ámbito objetivo de la LOEAES, mediante medidas dictadas por la Administración.

I. LAS LIMITACIONES DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA LOEAES

En relación con las primeras, esas limitaciones pueden llegar incluso a constituir una verdadera y lícita suspensión de un derecho fundamental, siempre que previamente se haya cumplido con el requisito de declarar estado de excepción o sitio, conforme al art. 55 CE y a las condiciones establecidas en la jurisprudencia.

Por tanto, no podrán establecerse suspensiones de derechos por medio de la declaración del estado de alarma, como ha dejado sentado de forma tajante recientemente nuestro Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, de 14 de julio. Y ello porque la suspensión afecta a su contenido esencial, “desactivándolo” (VELASCO CABALLERO¹) sin que se den, para la declaración de estado de alarma, las garantías formales suficientes para ello².

¹ Cfr. VELASCO CABALLERO, F., “Libertades públicas durante el estado de alarma por la Covid-19”, en BLANQUER, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 88.

² Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., “Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional”, en RVAP, núm. 119. Enero-Abril 2021, pág. 66. También TAJADURA TEJADA, J., “El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, en R.V.A.P. núm. 120, mayo-agosto 2021, pág. 161, consideró que la afectación que se hizo de los derechos fundamentales en el primer estado de alarma eran más propios de una suspensión que de una limitación o restricción. También avisó de ello (que en realidad se estaban suspendiendo derechos en lugar de limitarlos) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Notas sobre el ejercicio de potestades normativas en tiempos de pandemia”, en BLANQUER, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 228. Otros muchos autores han defendido lo mismo, que en el primer estado de alarma en realidad se estaban suspendiendo derechos. Los cita a todos BOMBILLAR SÁENZ, F. M., “Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del Covid-19”, en ATIENZA MACÍAS, E. y RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (directores), *Las respuestas del Derecho a la crisis de la salud pública*, Dyckinson, Madrid, 2020, pág. 70, como Alegre Ávila, Sánchez Lamelas, Amoedo-Soto, Díaz Revorio, Nogueira López o Teruel Lozano. A las que añado la opinión de mi querido maestro, Alfonso Pérez Moreno. Cfr. PÉREZ MORENO, A. y PÉREZ ANDRÉS, A. A., “La utilización de la figura del RDL para la limitación de derechos en lugar de la prórroga del estado de alarma. El permiso obligatorio retribuido. Límites de los Reales Decretos-Leyes o al ser excepcionales, ¿todo vale?”, en MOROTE SARRIÓN, J. V. (director) y DEL SAZ, S. (coordinadora), *El impacto del Covid-19 en las instituciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch-Andersen, Madrid, 2020, pág. 108.

La imposición del pasaporte Covid no implica una suspensión de derechos, por lo que no requeriría de previa declaración de estado de excepción. Y ello porque no suspende en general un derecho completo como la libertad de circulación, sino solo para la entrada en determinados establecimientos³.

¿Sería suficiente la declaración de estado de alarma para imponer un pasaporte Covid en España? Lo primero que habría que decir es que eso solo sería posible cuando nos encontrásemos ante una situación de restricción de derechos que no fuera ordinaria sino que fuese una de las previstas en el art. 4 de la LOEAES, como crisis sanitarias, tales como la epidemia COVID.

Pero, en segundo lugar, salvada la premisa, para considerar constitucional la medida de implantación del pasaporte Covid en España por medio de la previa declaración del estado de alarma habría que estudiar el alcance restrictivo que ese pasaporte Covid habría impuesto en el Real Decreto que tendría que aprobar el Gobierno para ello. Es decir, el juicio de constitucionalidad de la medida necesitaría también pasar el examen de proporcionalidad, como indica el Fdto. Jco. 3º de la referida STC 148/2021⁴ y el art. 1.2 de la LOEAES⁵.

Y el examen del principio de proporcionalidad que allí se recoge (y en otras SSTC como la STC 39/2016, de 3 de marzo), para considerar constitucional una medida restrictiva de derechos fundamentales impone analizar tres criterios:

³ Esta posición de nuestro TC, digna de elogio y con la que estamos plenamente de acuerdo, no ha sido compartida por otros Tribunales Supremos ni por otra doctrina, que considera que la salud permite restringir derechos fundamentales como éste hasta el punto de imponer confinamientos muy duros. Es el caso de la Corte Suprema de Argentina en su fallo Peralta (313:1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional-Ministerio de Economía-Banco Central, considerando 38). O el fallo *Smith* de la misma Corte, días después. A esta opinión jacobina se une LÓPEZ TESTA, D., “Derecho a la autodeterminación en pandemia”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., GARCÍA OLIVA, J., MARTÍNEZ CRUZ, J. y MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Derecho y pandemia desde una perspectiva global*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, págs. 218-219

⁴ “El alcance y límites de las posibles constricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el estado de alarma quedan pues determinados en la Constitución por algunos rasgos básicos. En primer lugar, el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o «limitaciones» de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE). Por otra parte, esas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE. Finalmente, y cumplidos los anteriores requisitos, dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten.”

⁵ “Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.”

- su **idoneidad** para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, es decir, si la medida resulta eficaz para reducir considerablemente o impedir las muertes o ingresos en UCI de personas contagiadas.
- su **necesidad**, es decir, si no existía otra medida menos incisiva en los derechos fundamentales y de eficacia pareja;
- su **razonabilidad o proporcionalidad** en sentido estricto, es decir, si de su imposición se derivasen más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los derechos fundamentales comprometidos.

Si esas medidas no pasaran el control de proporcionalidad sería declarada inconstitucional, por vulnerar, además, el art. 14 CE.

Tomemos, por ejemplo, a modo de testigo, el derecho a la libertad religiosa: el TC ha considerado garantizado este derecho tanto en su esfera privada como externa. En su esfera privada, porque la declaración del estado de alarma no afectó al ejercicio individual y privado de la misma, es decir, el acceso de los fieles a sus lugares de culto en cualquier momento, para rezar. En su esfera externa, porque el TC considera que las CC.AA. nunca podrían llegar al extremo de imponer un 0% de aforo de las misas y cultos, porque en ese caso se impediría el ejercicio del derecho (Fdto. Jco. 7º STC 183/2021).

II. LAS LIMITACIONES DE DERECHOS ORDINARIAS, FUERA DEL MARCO DE LA LOEAES

1. ¿Necesidad de una Ley Antipandemias?

De entrada, nos mostramos contrarios a la postura de varios partidos políticos (esencialmente PP y Ciudadanos) y de gran parte de la doctrina para que el Estado apruebe una Ley Antipandemias, como la alemana. Básicamente porque eso le permitiría al Gobierno estatal y a los gobiernos autonómicos adoptar medidas radicales de lucha contra el Covid, de forma abusiva, como la imposición del pasaporte Covid de forma genérica para actividades cotidianas de la vida, tales como ir a trabajar, acceder a tiendas, al ocio y a otras actividades económicas y sociales. No hablamos a la ligera. Basta mirar las imposiciones absurdas de este pasaporte en Italia, Australia, Francia (cuyo presidente ha dicho claramente que no se trata de política sanitaria sino de

“emmerder” – sic - a los no vacunados⁶) e incluso Austria y Alemania a partir de febrero (con posibles sanciones para los no vacunados), que están provocando un reguero de sufrimiento personal y social en enormes capas de la población, renuentes a vacunarse, por principios morales o por precaución ante unas terapias genéticas no suficientemente probadas y cuyos efectos adversos se están demostrando gravísimos.

La imposición del pasaporte Covid se hace especialmente sangrante si se exigiera como un requisito obligatorio para trabajar, lo que conculcaría flagrantemente el art. 35 CE e impidiendo a las familias ganarse la vida, sentenciándolas *de facto* a la indigencia o a la caridad cuando no hay voluntad de vacunarse y el coste semanal de varias pruebas de antígenos resulta impagable. Y decimos que son medidas absurdas porque han demostrado su ineficacia en todos los países en que se han impuesto, en la medida en que la literatura científica ya ha dejado claro que los vacunados contagian tanto o más que los no vacunados.

Sabiendo esto, y viendo que ello no les ha hecho recapacitar, no cabe otra explicación posible que una deriva autoritaria, común y planificada, de casi todos los Gobiernos occidentales.

⁶ Estas declaraciones políticas en las que políticos extranjeros y patrios reconocen abiertamente y sin rubor que la exigencia del pasaporte Covid no es en realidad una medida con base científica, sino que busca chantajear y presionar a los no vacunados para que se vacunen deberían, por sí solas, ponerles las orejas tiesas a todos los juristas, porque remiten a épocas de dictadura del s. XX que ya parecían periclitadas. Sin embargo, a muy pocos parece chirriarle este tipo de abusos. Hace poco el Consejero de Sanidad de la Junta de Andalucía ha reconocido también que iba a solicitar en enero de 2022 la prórroga del pasaporte Covid andaluz para bares y negocios de restauración no porque se haya demostrado eficaz sino porque así presiona a los no vacunados para que se vacunen. A pesar de semejantes razones “científicas” la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJA ratificó esa prórroga, haciéndose cómplice de la arbitrariedad administrativa en la restricción inconstitucional de derechos fundamentales. Cfr. <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-andalucia-pedira-posiblemente-prorroga-exigencia-pasaporte-covid-ser-estimulo-vacunacion-20220119183520.html>. Lo malo es que esas declaraciones están encontrando eco en los propios Magistrados, como cuando la STS 1.112/2021 llega a aceptar el Informe médico de Salud Pública de la Junta de Galicia, en el que se basó la Administración gallega para autorizar el pasaporte Covid, cuando decía que “la implantación de dicha medida ha servido de medida de fomento de la vacunación y del control epidemiológico de la misma, pues “ha permitido aumentar el control de la enfermedad incentivando la vacunación””. Y lo mismo el Auto del TSJ de Galicia nº. 125/2021, de 18 de octubre, que ratifica la prórroga del pasaporte Covid en Galicia con esa misma excusa: “se significan los beneficios indirectos que la exigencia de pasaporte COVID-19 producirá en la población que tiene mayor reticencia a vacunarse, circunstancia que se pretende neutralizar mediante su exigencia en todo tipo de establecimientos de ocio nocturno, lo que podrá ayudar a alcanzar la inmunidad poblacional”. Y lo mismo se dice en el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ Galicia nº. 132/2021, de 3 de diciembre. Nos parecen lamentables este tipo de justificaciones porque no son sanitarias en realidad sino para forzar, restringiendo sus derechos, a vacunar a toda la población, vacunación que no inmuniza ni evita el contagio ni enfermar gravemente. De hecho, el Tribunal Supremo de la República Checa resolvió el 2 de febrero de 2022 que las medidas restrictivas de derechos adoptadas a raíz del Covid no pueden usarse con la intención indirecta de forzar a la población a vacunarse: <https://dailyexpose.uk/2022/02/04/cannot-force-citizens-to-be-vaccinated-court-says/> y <https://www.novinky.cz/domaci/clanek/soud-pustil-neockovane-do-restauraci-40385872>.

Si en España hubiéramos tenido una Ley Antipandemias no me cabe duda de que ya se habría impuesto el pasaporte Covid para poder trabajar (como ocurre en Francia con determinados colectivos o en Italia para los mayores de 50 años) y estaríamos viviendo en nuestro país las mismas cuitas, opresiones, chantajes e imposiciones que en los países de nuestro entorno. Al no existir, el Gobierno y el Parlamento han optado por un modelo judicial, en el que las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tienen que autorizar o ratificar las medidas autonómicas sanitarias urgentes de lucha contra el Covid restrictivas de derechos fundamentales. Y, asombrosamente, nuestro Tribunal Supremo ha adoptado un criterio de prudencia respecto de esas medidas, permitiendo solo las que pasen la ponderación del principio de proporcionalidad, criterio que se impone a través del recurso de casación diseñado por el el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma.

Empecemos recordando que la restricción de derechos fundamentales por razones sanitarias, ahora por razón de la pandemia del Covid19, no exige necesariamente la cobertura del estado de alarma. Una vez decaído éste serán los Tribunales ordinarios competentes (TSJ, AN en primera instancia y TS en casación) los que deben ponderar la legalidad de las medidas adoptadas, aplicándoles el análisis de proporcionalidad. Veremos más abajo entonces cuál ha sido la jurisprudencia recaída hasta ahora en relación con el pasaporte Covid en España, para poder concluir en qué casos es legal y, finalmente, si es constitucional o no.

Respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial, cabe con carácter general que mediante ley ordinaria se regulen y limiten, siempre que sean puntualmente (en el tiempo, ámbito subjetivo y extensión espacial). Esto no equivale a una legislación de desarrollo en el sentido del art. 81 CE, entendiendo por tal una regulación de conjunto o que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales de los mismos, lo que exigiría ley orgánica.

Pues bien, la única cláusula de ley orgánica que ampara la adopción de medidas urgentes de carácter sanitario restrictivas de derechos fundamentales es el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), que dice así:

“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o

hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.”

Como vemos, el precepto otorga una amplia discrecionalidad para los Gobiernos autonómicos, generalmente, pero también el estatal, en casos determinados (por ejemplo, actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad y aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud).

En un excelente estudio sobre la incapacidad de este precepto para limitar derechos fundamentales de forma general, el Prof. PRESNO LINERA⁷ ha recopilado la jurisprudencia del TC y TS (también de algunos TSJ), en la que queda claro que el art. 3 de la LO 3/1986 solo sirve para adoptar medidas concretas en relación con personas determinadas, nunca con medidas dirigidas a una pluralidad indeterminada de individuos⁸.

Así, estas medidas siempre deben ser adoptadas en relación con personas concretas, no en relación con la generalidad de la población de un municipio o Comunidad Autónoma. Así lo ha entendido también el Auto 89/2020, de 10 de octubre (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª) del TSJ de Aragón:

“En todo momento, siempre, se ha entendido, y así se ha interpretado uno y otro precepto, que las medidas de control de enfermedades transmisibles adoptables por la Administración eran medidas sobre personas concretas y determinadas, por su relación directa o indirecta con la enfermedad, pero en ningún caso con el territorio o núcleo de población afectado”.

Ello hizo que la Sala no ratificara el confinamiento del municipio de La Almunia de Doña Godina. Este Auto cita la STC 76/2019, de 22 de mayo, en cuyo Fdto. Jco. 5º se advierte (y aquí podemos hacer la analogía con la Ley Orgánica 3/1986) que “las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley “pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación”, pues “la falta de precisión de la ley en los

⁷ Cfr. PRESNO LINERA, M. Á., “Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19”, en Revista Administración & Ciudadanía, EGAP, Vol. 15, núm. 2/2020, págs. 344-347.

⁸ En la misma línea se muestra BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19”, en Revista de Administración Pública, 216, pág. 132: “De ahí que solo haciendo una interpretación excesivamente expansiva del principio de legalidad (y de la reserva de ley), hasta romperlo virtualmente, pudo aceptarse, con la ayuda del art. 8.6 de la LJCA, que el art. 3 de la Ley 3/1986 —y siempre y cuando se conecte con los otros dos preceptos en materia sanitaria—, podría cubrir las restricciones singulares o individuales de los derechos fundamentales en las que pueda hallar algún apoyo expreso, nunca limitaciones generalizadas. Y ello porque, aun para una limitación singular de un derecho fundamental, una cláusula abierta como la que luce en el reiterado art. 3 Ley 3/1986 resulta inaceptable”

presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla”.

Un pronunciamiento posterior en la misma línea que el Auto de 10 de octubre de 2020, del TSJAR, es el Auto 32/2020, de 25 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, en su Fdto. Jco. 5º reiteró que:

«... la referencia del artículo 3 LO 3/86 de 14 de abril a las medidas que se consideren “necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” han de entenderse referidas a aquellos a quienes se dirige el precepto, que son los “enfermos” y las “personas que han estado en contacto con los mismos”, respecto de los que cabrían medidas de “control” y las que resulten necesarias si el riesgo es transmisible y que estaban en relación con el artículo 8.6 Ley 29/98, como antes se ha apuntado, en la redacción previa a la Ley 3/2020. A quien no se dirige es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos. No puede perderse de vista que en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista, sin desconocer que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos prevén. En suma, la LO 3/1986 no debería aplicarse para limitar derechos fundamentales más allá de lo expresamente previsto en su artículo 3, por lo que para amparar limitaciones de alcance más general es preciso que se concreten dichas medidas y los supuestos para su aplicación, lo que haría precisa una reforma de la citada ley orgánica».

2. El mecanismo de ratificación judicial de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre

El control previo de legalidad lo ejercen, en relación con las medidas a adoptar por los gobiernos autonómicos, las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; y en relación con las medidas a adoptar por el Gobierno, por la misma Sala de la Audiencia Nacional. Ambas dictarán Autos que podrán ratificar o rechazar la entrada en vigor de esas medidas.

Esta reforma se realizó mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de Medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la

Administración de Justicia⁹. Algunos autores tienen dudas de su constitucionalidad y la han criticado duramente^{10 11}. Tampoco ÁLVAREZ GARCÍA, que entiende que la autorización o ratificación de estas medidas es una competencia del TS que le viene por la vía del art. 117.4 CE, que remite a los casos previstos en las leyes, en garantía de cualquier derecho, como pueden ser los previstos para estos casos Covid en la Ley 3/2020. La prueba es que los Tribunales ordinarios de lo contencioso-administrativo se pronuncian en los casos de autorización de entrada en domicilio (art. 18.2 CE), en caso de ausencia de consentimiento del titular o de la concurrencia de flagrante delito¹². Podemos intuir que la razón por la que el Gobierno del Estado ha establecido ese filtro judicial para ratificar medidas administrativas podría ser la de evitar las responsabilidades políticas, administrativas y penales derivadas de la toma de estas graves decisiones relacionadas con el control del COVID, de forma que los políticos siempre puedan decir que son los tribunales los que avalan sus políticas (o las rechazan, por “garantistas”, poniéndose la medalla, en éstos últimos casos, de que su celo en restringir derechos hubiera ido más allá de lo que los “pacatos” jueces le han permitido).

Mi reproche sobre la Ley 3/2020 es de otro orden: ha posibilitado y residenciado en las Comunidades Autónomas nada menos que la adopción de medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales por vía reglamentaria, lo que significa admitir y consentir que los derechos fundamentales puedan verse afectados de diferente forma en

⁹ Se aclaraba así el papel de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que hasta septiembre de 2020 se arrojaron la competencia de ratificar las medidas sanitarias generales adoptadas por las CC.AA. A partir de esta reforma, lo que había sido un error de interpretación del art. 8.6 de la Ley, quedaba aclarado: los Juzgados solo podrán enjuiciar las medidas sanitarias que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.

¹⁰ El Prof. Barnés habla de “abdicación del poder Legislativo”. Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19”, en Revista de Administración Pública, 216, pág. 112.

¹¹ Se apoyan en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón contra el art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción dada a dicho precepto por la reforma de septiembre de 2020, es decir en que la autorización o ratificación de medidas sanitarias generales, no circunscritas a personas individualizadas, es una tarea *impropia* de los tribunales de justicia. Según la sala, lo propio de la función judicial, conforme al art. 117 CE, es resolver *controversias concretas*, no vigilar preventivamente a la Administración, ya que ese control preventivo sería una forma de *compartir* la función administrativa que la Constitución atribuye, precisamente, a la Administración (art. 103.1 CE), y respecto de la cual los tribunales ostentan sólo una función de control (art. 106 CE). En mi opinión, se trata de una forma extraordinaria de control judicial, amparada por la amplísima discrecionalidad de las medidas administrativas que, con ocasión de la epidemia Covid, permite el art. 3 de la Ley orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y por su afectación de derechos fundamentales. Es cierto, como explica ALONSO TIMÓN, que la Ley 3/2020, de 18 de septiembre y el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, se pueden explicar por la aversión del actual Ejecutivo a tomar decisiones incómodas, traspasando esa responsabilidad a los Tribunales. Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J., “La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021”, en Revista de Administración Pública, nº. 216, pág. 270.

¹² Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte covid en un país carente de una legislación antipandemias”, en Diario del Derecho de Iustel, ISSN 2254-1438, edición de 10/01/2022, pág. 11.

las distintas CC.AA., y además sin una norma con rango de ley ad hoc, como así está ocurriendo. Este mismo reproche lo hace el Auto (Sala de vacaciones de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 97/2021, de 20 de agosto, ponente D. Juan Sellés Ferreiro. Con esto el Legislador nacional está consintiendo un casuismo intolerable, de forma que nos encontramos con la barbaridad de que en unas CC.AA. se solicita pasaporte para determinadas actividades que en otras no lo requieren, o en formas y con un alcance distinto, para los mismos espacios, actividades, locales o servicios. Considero que las medidas de pasaporte Covid deberían haber sido impuestas por el Ministerio para todo el Estado y haber sido ratificadas por la AN para toda España, sobre la base de la competencia en materia de seguridad pública y de establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos, que a él le asignan las bases 29ª y 1ª del art. 149.1 CE, respectivamente.

La Estrategia española de Seguridad nacional de 2021, aprobada por el Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, apuesta por un reforzamiento de la colaboración contra las pandemias a nivel supranacional (OMS y UE), pero calla ante la verdadera necesidad de reforzar el papel del Estado en la gestión, en la necesidad de centralizar la gestión, haciendo de las CC.AA. colaboradoras pero no copartícipes o gestoras principales de las crisis pandémicas¹³.

3. Pasaporte Covid: sus carencias científicas

El pasaporte Covid carece de sentido. Se ha aducido oficialmente que es una medida que va dirigida a mantener la actividad económica todo lo posible a cambio de que la ciudadanía se vacune, porque con la vacuna, supuestamente, estarían inmunizadas ante el Covid y no se contagiarían. Sobre esa falaz argumentación se ha autorizado su uso en varios países de la UE. Pero no hay una autorización comunitaria para su empleo dentro de cada país, sino a los solos efectos de viaje-entrada en otros países de la eurozona, conforme a los Considerandos 3, 14 y 55 y art. 11 del Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de

¹³ En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Las pandemias en la Estrategia de Seguridad Nacional”, en Diario del Derecho Iustel, edición de 7 de abril de 2022, Estudios y Comentarios, pág. 14: “En todo caso, probablemente la gran paradoja que, sobre esta cuestión, encierra la ESN 2021 consiste en que propugna, por un lado, un fortalecimiento de la lucha frente a las pandemias tanto a nivel internacional global (a través de la potenciación de la OMS) como en la esfera supranacional europea, pero no analiza mínimamente, por otro, si sería bueno un paralelo fortalecimiento del aparato administrativo estatal para este mismo batallar, que, se mire como se mire, ha correspondido realmente (salvo quizá durante una parte de la vigencia del primer estado de alarma) a las Comunidades Autónomas –cada una como buenamente ha podido o ha sabido-, con una pequeña coordinación por parte del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE), supuestamente a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Sin embargo, se deja en el aire que eso esté realmente confirmado¹⁴, a pesar de lo cual permite el uso de estos pasaportes.

El Reglamento se basa en una premisa también insidiosa: que la única forma de mantener la libertad de circulación y los comercios abiertos en Europa es imponer un pasaporte Covid. Los bares, restaurantes, locales de ocio y el resto de tiendas deben saber que cuando en su interior los vacunados portadores del pasaporte Covid se quitan la mascarilla para comer, beber, hablar, etc., están extendiendo el virus, y de ahí los numerosísimos contagios entre vacunados en esos lugares, con la variante delta y ómicron. ¿La solución es, pues, cerrar el comercio? No lo parece. La solución debería pasar, a mi juicio, por seguir la vida ordinaria, dejando de pedir pasaporte Covid y los confinamientos (que se han revelado ineficaces¹⁵), usando por un tiempo mascarilla en el interior de los locales (vacunados y no vacunados), por usar fármacos probados que son paliativos del Covid y que se han retirado deliberadamente de la circulación, y por una vacunación anual de virus atenuados (con muchos menos efectos secundarios que las terapias genéticas de ARN) para los colectivos más vulnerables, como ocurre con la vacuna de la gripe estacional. En esta línea está la Declaración de *Great Barrington*, elaborada por cuarenta y seis destacados profesores epidemiólogos y médicos de las mejores Universidades del mundo¹⁶.

Investigaciones científicas recientes convienen que las “vacunas” de ARN (terapias genéticas experimentales) no inmunizan al receptor¹⁷, que puede contagiarse (y

¹⁴ Puede leerse en su Considerando 10º que “un certificado común de vacunación, una vez se disponga de datos científicos suficientes de que las personas vacunadas no transmiten el SARS-CoV-2, y el reconocimiento mutuo de los procedimientos de vacunación”. Para inmediatamente, en su Considerando 13º, leer algo contradictorio: “Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación contra la COVID-19 son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión.”. Como se demostrará más abajo, ocurre justamente lo contrario: que la Ciencia está comprobando que los vacunados contagian y enferman más que los no vacunados.

¹⁵ <https://www.lavanguardia.com/vida/20220203/8029799/eficacia-confinamientos-cierres-mortalidad-covid.html>

¹⁶ <https://gbdeclaration.org/la-declaracion-de-great-barrington-sp/>

¹⁷ Cfr. Auto de Dña. María Elena Rodríguez Vadillo, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº. 2 de Icod de los Vinos y su partido judicial (Sata Cruz de Tenerife), de 10 de diciembre de 2021, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el ejercicio de la patria potestad en que los progenitores no se ponían de acuerdo en la decisión de vacunar o no al hijo. La jueza expresa contundentemente que “ninguna de las vacunas que se administran en España en la actualidad inmunizan frente al virus, ninguna evita el contagio ni impide la transmisión”, remitiéndose luego a los datos de incidencia acumulada, que eran 8 veces menor en las mismas fechas del año pasado, los fallecidos 15 veces menos, el número de ingresos hospitalarios 9 veces menor y el número de ingresados en UCI 14 veces más bajo, según datos del Centro Nacional de Epidemiología y a un Informe pericial... “Ello nos lleva a confirmar lo que ya se sabía, que las vacunas no inmunizan y a constatar igualmente, que nos movemos en un terreno de

desarrollar la enfermedad incluso más gravemente, con tasas de ingresos hospitalarios en UCI mucho más altas que las de las personas no vacunadas¹⁸) con mucha más facilidad que los no vacunados (de 6 a 13 veces más, según un reciente estudio israelí¹⁹) y que tienen la misma o mayor carga viral que los no vacunados²⁰, por lo que pueden transmitir la variante delta a otros de la misma forma que los no vacunados²¹.

Un estudio realizado entre 69 trabajadores sanitarios de un hospital en Vietnam confirmó que las personas vacunadas tienen una carga viral superior en 251 veces a las no vacunadas, que tienen menos anticuerpos y que se contagian más y peor que las no vacunadas²². A las mismas conclusiones de transmisibilidad desde personas vacunadas llega un estudio finlandés realizado en un hospital²³ y otro israelí, también en entorno hospitalario²⁴. Y en el condado de *Barnstable*, en *Massachusetts*, varios científicos

inseguridad científica, plagado de incertidumbre”. Además, acaba decidiendo no vacunar el menor porque la tasa de mortalidad infantil-juvenil por Covid es de 0,00023 y la de hospitalización UCI de 0,0024, según Informe del Instituto Carlos III mientras que afectación adversa por las vacunas a corto plazo (miocarditis y pericarditis) son mucho mayores, y desconocidas a medio y largo plazo.

¹⁸ El Dr. Dr Kobi Haviv, Director del Hospital Herzog de Jerusalén, en entrevista realizada en agosto de 2021, indicó que el 95% de los pacientes severos estaban completamente vacunados, y que el 85-90% de los ingresos eran de personas completamente vacunadas. Cfr. <https://www.spectator.com.au/2021/08/most-covid-patients-at-israeli-hospital-fully-vaccinated-what-does-this-mean-for-australia/>

¹⁹ <https://childrenshealthdefense.org/defender/fully-vaccinated-pfizer-more-likely-get-delta-than-natural-immunity/>. El estudio israelí es éste: Sivan Gazit, Roei Shlezinger, Galit Perez, Roni Lotan, Asaf Peretz, Amir Ben-Tov, Dani Cohen, Khitam Muhsen, Gabriel Chodick, Tal Patalon, “Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-induced immunity: reinfections versus breakthrough infections”, en Medrxiv Review, DOI <https://doi.org/10.1101/2021.08.24.21262415> (<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.24.21262415v1>).

²⁰ Cfr. Charlotte B. Acharya, John Schrom, Anthea; M. Mitchell, David A. Coil, Carina Marquez, Susana Rojas, ChungYu Wang, Jamin Liu, Genay Pilarowski, Leslie Solis, Elizabeth Georgian, Maya Petersen, Joseph DeRisi, Richard Michelmor, Diane Havlir, “No Significant Difference in Viral Load Between Vaccinated and Unvaccinated, Asymptomatic and Symptomatic Groups When Infected with SARS-CoV-2 Delta Variant”, en Medrxiv Review, DOI <https://doi.org/10.1101/2021.09.28.21264262> (<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.09.28.21264262v2>).

²¹ Cfr. Kasen K. Riemersma, Brittany E. Grogan, Amanda Kita-Yarbro, Peter Halfmann, Anna Kocharian, Kelsey R. Florek, Ryan Westergaard, Allen Bateman, Gunnar E. Jeppson, Yoshihiro Kawaoka, David H. O’Connor, Thomas C. Friedrich, Katarina M. Grande, “Shedding of Infectious SARS-CoV-2 Despite Vaccination”, en Medrxiv Review, DOI <https://doi.org/10.1101/2021.07.31.21261387> (https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.07.31.21261387v6#disqus_thread).

²² Cfr. Nguyen Van Vinh Chau, Nghiem My Ngoc et al., “Transmission of SARS-CoV-2 Delta Variant Among Vaccinated Healthcare Workers, Vietnam”, en Preprints with The Lancet, 11 de octubre de 2021 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3897733). Se ha publicado también en la revista *EClinicalMedicine*, 2021, Nov. (<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34608454/>).

²³ Cfr. Iivo Hetemäki, Sohvi Kääriäinen, Pirjo Alho, Janne Mikkola, Carita Savolainen-Kopra, Niina Ikonen, Hanna Nohynek, Outi Lyytikäinen, “An outbreak caused by the SARS-CoV-2 Delta variant (B.1.617.2) in a secondary care hospital in Finland, May 2021”, en *Eurosurveillance*, Volume 26, Issue 30, 29/Jul/2021 (<https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2021.26.30.2100636>).

²⁴ Cfr. Pnina Shitrit, Neta S Zuckerman, Orna Mor, Bat-Sheva Gottesman, Michal Chowers, “Nosocomial outbreak caused by the SARS-CoV-2 Delta variant in a highly vaccinated population, Israel, July 2021”, en *Eurosurveillance*, Volume 26, Issue 39,

hicieron un trabajo de campo - publicado en el CDC de USA - sobre los infectados por Covid, resultando que un 74% de ellos eran personas vacunadas; y tras medir la carga viral de cada infectado vieron que era idéntica entre las personas vacunadas y no vacunadas²⁵.

En todos los casos de contagios nosocomiales estudiados el contagio se producía a pesar de las mascarillas y de los EPIs. Y ya son 146 estudios científicos al más alto nivel que demuestran que la inmunidad natural es superior a la inmunidad específica inducida por las vacunas (que, además, tiene muchos “escapes”)²⁶. En otro estudio, en Wisconsin, USA, varios científicos analizaron los contagios de más de 700 personas, llegando a la conclusión de que tanto vacunados como no vacunados contagiaban la variante delta de forma similar²⁷.

Finalmente, un estudio definitivo publicado en *The Lancet*, el 20 de noviembre de 2021, viene a ratificar que los vacunados contagian tanto o más que los no vacunados, que los que más se contagian son los vacunados y que ingresan más en los hospitales en términos absolutos y relativos²⁸.

30/Sep/2021 https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2021.26.39.2100822#html_fulltext.

²⁵ Cfr. Catherine M. Brown; Johanna Vostok et al., “Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings — Barnstable County, Massachusetts, July 2021” (Brote de infecciones por SARS-CoV-2, incluidas las infecciones por avance de la vacuna COVID-19, asociado con grandes reuniones públicas — Condado de Barnstable, Massachusetts, julio de 2021), en Morbidity and Mortality Weekly Report, *Weekly* / August 6, 2021 / 70(31);1059-1062, CDC (DOI <http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.mm7031e2>; https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_w#suggestedcitation).

²⁶ <https://brownstone.org/articles/79-research-studies-affirm-naturally-acquired-immunity-to-covid-19-documented-linked-and-quoted/>

²⁷ Cfr. Kasen K. Riemersma, Brittany E. Grogan, Amanda Kita-Yarbro, Peter J. Halfmann, Hannah E. Segaloff, Anna Kocharian, Kelsey R. Florek, Ryan Westergaard, Allen Bateman, Gunnar E. Jeppson, Yoshihiro Kawaoka, David H. O’Connor, Thomas C. Friedrich, Katarina M. Grande, “”, en “Shedding of Infectious SARS-CoV-2 Despite Vaccination”, en Medrxiv, 24 de agosto de 2021, DOI: <https://doi.org/10.1101/2021.07.31.21261387>

(<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.07.31.21261387v4#F2>)

²⁸ Cfr. Gunter Kampf, “COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified”, en *The Lancet*, Volume 398, Issue 10314, P1871, November 20, 2021 ([https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)02243-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)02243-1/fulltext)). Y en otra investigación del mismo autor, publicada en *The Lancet* el día antes, ha quedado probado que la carga viral máxima no difirió según el estado de vacunación o el tipo de variante. En Alemania, la tasa de casos sintomáticos de COVID-19 entre los vacunados completos (“infecciones de avance”) se informa semanalmente desde el 21 de julio de 2021 y era del 16,9% en ese momento entre pacientes de 60 años o más. Esta proporción aumenta semana a semana y era del 58,9% el 27 de octubre de 2021, lo que proporciona una clara evidencia de la creciente relevancia de las personas completamente vacunadas como una posible fuente de transmisión. Se describió una situación similar para el Reino Unido. Entre la semana 39 y 42 se reportaron un total de 100.160 casos de COVID-19 entre ciudadanos de 60 años o más. 89.821 ocurrieron entre los totalmente vacunados (89,7%), 3.395 entre los no vacunados (3,4%). Una semana antes, la tasa de casos de COVID-19 por 100.000 era mayor entre el subgrupo de vacunados en comparación con el subgrupo de no vacunados en todos los grupos de edad de 30 años o más. En Israel se notificó un brote nosocomial que involucró a 16 trabajadores de la salud, 23 pacientes expuestos y dos familiares. La fuente era un paciente COVID-19 completamente vacunado. La tasa de

El pasaporte Covid se ha impuesto en doce CC.AA. (Andalucía, Canarias, La Rioja, Murcia, Valencia, Galicia, País Vasco, Baleares, Cataluña, Aragón, Navarra y Asturias) más Ceuta y ha demostrado su completa ineficacia, porque en las otras CC.AA. en las que no se ha exigido (Madrid, Castilla-León, Extremadura y Castilla-La Mancha) la cifra de contagios es idéntica, e incluso menor²⁹. Y lo mismo cabe decir de los países donde se pide, en comparación con aquéllos en donde no se hace: países como Sudáfrica, que no lo pide, no ha tenido más contagios que los países europeos, en los que sí se pide. Y en los países europeos en los que se pide se ha demostrado técnicamente que no ha frenado la escalada de contagios³⁰. Afortunadamente estas tozudas conclusiones están siendo aceptadas por muchos países (Dinamarca, Inglaterra, Israel y otros países han confirmado ya que comienzan a eliminar sus medidas Covid) y, dentro de España, por varias CC.AA, como Cantabria, que anunció que el pasaporte Covid había resultado un fiasco, inútil para controlar los contagios, por lo que no prorrogaron la medida³¹, basándose en el Informe de la Ponencia de Alertas del Ministerio de Sanidad.

Desde luego, da mucho qué pensar, sobre la inutilidad científica de la medida (y de su carácter puramente político y de presión o chantaje a los no vacunados para que se vacunen), que a finales de enero varias CC.AA. decidieron no prorrogar su pasaporte Covid, como Asturias (decaió en esta Comunidad el 27 de enero de 2022³²) mientras que en los mismos días Andalucía³³ decidía prorrogarlo, con la anuencia del TSJ de dicha Comunidad. Mientras, por Auto de 1 de febrero de 2022, la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco acordaba rechazar la prórroga del

vacunación fue del 96,2% entre todas las personas expuestas (151 trabajadores de la salud y 97 pacientes). Catorce pacientes completamente vacunados se enfermaron gravemente o murieron, los dos pacientes no vacunados desarrollaron una enfermedad leve. Los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de EE.UU. identifican cuatro de los cinco condados principales con el porcentaje más alto de población completamente vacunada (99.9–84.3%) como condados de transmisión "alta". Cfr. Günter Kampf, "The epidemiological relevance of the COVID-19-vaccinated population is increasing", en *The Lancet Regional Health Europe*, VOLUME 11, 100272, DECEMBER 01, 2021, DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.LANEPE.2021.100272](https://doi.org/10.1016/j.lanepe.2021.100272) ([HTTPS://WWW.THELANCET.COM/JOURNALS/LANEPE/ARTICLE/PIIS2666-7762\(21\)00258-1/FULLTEXT](https://www.thelancet.com/journals/lanepi/article/pii/S2666-7762(21)00258-1/fulltext)).

²⁹ https://www.abc.es/sociedad/abci-pasaporte-covid-no-frena-omicron-202201192002_noticia.html

³⁰ La Ponencia de Alertas del Ministerio de Sanidad, órgano técnico, ha llegado a esa conclusión: https://www.eldiario.es/sociedad/expertos-sanidad-consideran-pasaporte-covid-no-sirve-reducir-contagios-espana_1_8539956.html

³¹ https://www.eldiario.es/cantabria/ultimas-noticias/cantabria-suprime-exigencia-pasaporte-covid-hosteleria-ocio_1_8665060.html

³² <https://www.elcomercio.es/asturias/asturias-pasaporte-covid-necesario-20220121001621-ntvo.html>

³³ https://sevilla.abc.es/andalucia/sevi-tsja-prorroga-hasta-15-febrero-pasaporte-covid-andalucia-202201281543_noticia.html

pasaporte Covid en esa Comunidad, por no haber conseguido el Gobierno autonómico probar la utilidad e idoneidad de la medida³⁴.

Pero no queda ahí la cosa: parece que los confinamientos (que violaron el derecho a la libertad de circulación en España por no haberse proclamado estado de excepción) tampoco sirvieron de nada para controlar el virus, según estudios recientes de la Universidad John Hopkins³⁵. Tampoco se libran las mascarillas de esa crítica³⁶.

La inutilidad del pasaporte Covid viene a confirmar, en realidad, la inutilidad de las vacunas, porque los vacunados se contagian, contagian a los demás y pueden enfermar gravemente. Esto, que ya es *vox populi* en el mundo científico, aún no ha sido asumido por los políticos, ni por las Salas de lo contencioso-administrativo, varias de las cuales siguieron ratificando por un tiempo las prórrogas de los certificados Covid, con la justificación de que la tasa de contagios ómicron seguía creciendo.

Es decir, en lugar de comprender que el aumento de casos en lugares donde ya se exigía el pasaporte Covid era, en realidad, una prueba de su ineficacia para controlar el contagio, han usado ese argumento, dándole la vuelta, para decir que sigue siendo necesario (¡¡!!). Es como si un insecticida no matara los mosquitos en verano y se siguieran multiplicando: en lugar de dudar de su eficacia resulta que algunos consideran que deben fumigar más con él. Así ha ocurrido con el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 125/2021, de 18 de octubre, que ha ratificado la prórroga de la exigencia de certificado Covid en habitaciones compartidas de los albergues turísticos al 100% de capacidad, a pesar de conocer que la tasa de incidencia del virus de 7 a 14 días era superior a la de la semana anterior, así como la tendencia al alza del porcentaje de positividad de las pruebas diagnósticas y el incremento de ingresos en unidades de cuidados críticos.

³⁴ La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJPV, previa deliberación, dictó Auto el pasado 1 de febrero, en el que denegaba la autorización solicitada por el Gobierno Vasco para prolongar en el tiempo el requerimiento del certificado covid digital en la Comunidad Autónoma Vasca. El alto tribunal vasco indicaba que el Ejecutivo debería haber "justificado la eficacia y necesidad de la medida, con un esfuerzo de motivación mayor que el que ha realizado al presentar una solicitud casi idéntica a las anteriores que soslaya las nuevas circunstancias acreditadas". "No habiéndolo hecho, ha de entenderse que la solicitud de autorización judicial de prórroga de la medida no supera el triple juicio de proporcionalidad, necesidad y fundamentalmente de idoneidad, al no justificar precisamente la eficacia de la medida, a día de hoy, para evitar o reducir de manera apreciable los contagios. En consecuencia, la medida solicitada no puede autorizarse".

³⁵ <https://www.eldebate.com/sociedad/20220201/cierres-obligatorios-tuvieron-escaso-efecto-tasas-mortalidad-covid-19.html>

³⁶ Hasta ahora, 47 estudios científicos han concluido la ineficacia de la mascarilla para evitar contagios y transmisiones de la enfermedad. Cfr.: <https://www.lifesitenews.com/news/47-studies-confirm-ineffectiveness-of-masks-for-covid-and-32-more-confirm-their-negative-health-effects/>

Galicia es, de lejos, las Comunidad Autónoma que exige más tipos de certificados Covid en España (gimnasios, acceso a residencias, ocio nocturno, restaurantes, eventos multitudinarios, acompañantes de personas ingresadas, hospitales de día para tratamientos oncológicos y de diálisis, hoteles de pacientes, albergues turísticos, y establecimientos de hostelería y de juego que cuenten son servicios de restauración). Recordemos que el TC tuvo que suspender la exigencia de vacunación comunitaria en esta Comunidad³⁷. La posición de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, del TSJ de Galicia ha sido de pleno seguidismo de las peticiones de pasaporte Covid que le iba haciendo la Xunta de Galicia, uniéndose sin fisura alguna a la consabida retórica de la eficacia del pasaporte: los vacunados no contagian. Sin embargo, a medida que corría el tiempo y el pasaporte se demostraba ineficaz comenzaron a surgir determinadas dudas, como lo demuestra el Auto (sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 135/2021, de 16 de diciembre, que ya se lamentaba de que el pasaporte Covid “no elimine completamente la posibilidad de nuevos contagios”, pero que reducía el riesgo de transmisión, lo que no solamente no era cierto sino lo contrario de lo que ocurre en la realidad, como decía la STS 3.260/2021, pues los vacunados que porten el virus pueden ingresar en el interior de los locales sin impedimento alguno, donde contagian a otras personas vacunadas, por la falsa seguridad que producen. Una especie de “licencia para contagiar³⁸”.

El análisis jurídico que realizaremos a continuación debe, pues, partir de la base de que no existen argumentos científicos hoy en día para apoyar el pasaporte Covid, que es absurdo, que ayudó a que se contagiaran más personas y que discrimina entre vacunados y no vacunados de una manera inconstitucional, desde el momento en que esa discriminación carece de argumentación científica objetiva³⁹.

³⁷ El Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad ha acordado mantener la suspensión de lo dispuesto en el número 5 del art. 38.2 b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, que faculta a las autoridades sanitarias autonómicas a imponer la vacunación obligatoria a la ciudadanía gallega, a fin de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no sólo el Covid-19) en situaciones de grave riesgo para la salud pública. El auto, cuyo ponente ha sido el magistrado Andrés Ollero, razona que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse.

³⁸ Y es que es científicamente imposible justificar la imposición del pasaporte Covid, cualquiera que sea su extensión, porque es inidóneo de suyo, ya que siempre se puede contagiar a otros el virus por vía aérea, tanto por parte de vacunados como de no vacunados. Se puede así dar la paradoja de que un vacunado que tenga el virus en ese momento, que haya ingresado en el local con su *green pass* y que esté sentado consumiendo algo puede contagiar el virus por vía aérea, mientras que un no vacunado que no haya podido entrar por carecer de *green pass* puede estar sano por no. Portar el virus, y se queda fuera.

³⁹ Fdto. Jco. 8º STS 1.112/2021: “Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes...”.

Además, se da la paradoja que la UE ha aceptado el pasaporte Covid como una medida para garantizar la libre circulación de todos en la UE durante la pandemia⁴⁰, cuando lo cierto es que esa libertad solo la tienen las personas vacunadas (lo que es absurdo, porque, como se ha dicho, la ciencia ha demostrado que contagian y enferman más incluso que las no vacunadas) o con resultado negativo en test antígeno o PCR. Y ello a pesar de que el Considerando 36 del Reglamento indica que “el presente Reglamento no puede interpretarse en el sentido de que establezca un derecho o una obligación a ser vacunado”.

Por no hablar de que el certificado NAAT (amplificación de ácido nucleico molecular), prueba PCR que demuestre que una persona se ha recuperado de la infección Covid tendrá una duración máxima de 6 meses (180 días, indica el Reglamento), lo que tampoco tiene base científica actualmente, cuando ya muchas investigaciones han demostrado que la pervivencia de los anticuerpos es de años, y que el espectro de respuesta válida de los anticuerpos naturales es muy superior al de los antígenos producidos por la vacuna⁴¹.

Cualquier restricción que se realice sobre la base del pasaporte Covid resulta, por tanto, carente de base científica, y ayudará a extender más la enfermedad. El Reglamento 2021/953, del Parlamento y del Consejo europeo, de 14 de junio, que ha regulado el pasaporte Covid, indica que se exigirá sobre la base de razones de interés público específicas y limitadas, a saber, la salvaguardia de la salud pública [como se subraya en la Recomendación (UE) 2020/1475)] y que tales limitaciones deben aplicarse de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, en particular la proporcionalidad y la no discriminación, debiendo estar estrictamente limitadas en su ámbito de aplicación y en el tiempo, en consonancia con los esfuerzos para restaurar la libre circulación dentro de la Unión, y no debiendo ir más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar la salud pública. **Además, el Reglamento comunitario se refiere solo a viajes entre Estados de la UE y en ningún momento ampara el establecimiento de pasaportes o certificados Covid para limitar el acceso a actividades o servicios que se presten en el interior de cada Estado.** Entre nosotros,

⁴⁰ Véase el Primer Considerando del Reglamento (UE) 2021/953 Del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19: “Todo ciudadano de la Unión tiene el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones establecidas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.”.

⁴¹ Son ya 146 investigaciones científicas del más alto nivel en todo el mundo las que prueban esto. Cfr. <https://brownstone.org/articles/79-research-studies-affirm-naturally-acquired-immunity-to-covid-19-documented-linked-and-quoted/>

ALONSO TIMÓN los ha considerado contrarios al principio de proporcionalidad, porque se podría haber adoptado medidas menos restrictivas de derechos fundamentales. Además, el principio de cautela debería ceder ante el principio de *favor libertatis*, cuando la medidas a adoptar sean igual de eficaces. Lo que parece bastante fácil teniendo en cuenta que los vacunados, como recuerda ALONSO TIMÓN, contagian y pueden contagiarse igual que los no vacunados⁴².

Se trata, básicamente, de que esas medidas pasen el *test de proporcionalidad* que también recoge la jurisprudencia del TJUE, y de nuestros TC y TS. Por tanto, esta herramienta, surgida en la UE, cuyo límite de aplicación debe ser la proporcionalidad y la no discriminación (léanse de nuevo los Considerandos iniciales del Reglamento aludido) acaba constituyéndose como un vehículo de desproporcionalidad y discriminación para un sector importante de la población, mientras el sector vacunado goza de una inmerecida, injustificada, acientífica y peligrosa libertad de circulación, como se ha probado científicamente.

En caso de rechazo de las medidas sometidas a los TSJ o a la AN, las partes interesadas podrán plantear un recurso de casación ante la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, que fijará la doctrina para todo el Estado. Se trata de una especie de recurso de unificación de doctrina redivivo, construido por el Gobierno con la intención de solucionar la inseguridad jurídica provocada por pronunciamientos divergentes que se estaban produciendo entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia a la hora de ratificar las medidas sanitarias de alcance autonómico. Esta reforma se ha producido a través del reciente Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, antes citado.

4. Marco legal para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales con razón del Covid

El art. 3 de la LOMESP es el canon que se ha venido usando a nivel autonómico en España a la hora de limitación de limitar derechos fundamentales, como la libertad de circulación. Sin embargo, el TS ha añadido otros preceptos al ya citado, para constituir un marco jurídico más concreto para otro tipo de medidas, dentro del cual podrán dispondrán los gobiernos autonómicos y el estatal imponer medidas urgentes y necesarias para la salud pública que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

⁴² Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J., “La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021”, en Revista de Administración Pública, nº. 216, págs. 283-286.

Así lo ha dicho el Tribunal Supremo en su STS (Sala 3ª, Sección 4ª) de 24 de mayo de 2021, nº. 719/2021, rec. de casación nº. 3.375/2021, interpuesto contra Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Canarias, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, que denegó las medidas restrictivas de derechos fundamentales sometidas a autorización por el Gobierno de Canarias⁴³. Se trata del art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que dice así:

“1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó”.

Y del art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), que reza así:

“Art. 54. Medidas especiales y cautelares

1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.*
- b) La intervención de medios materiales o personales.*
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.*
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.*

⁴³ “Este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas--...”

e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.”

Éstos son los tres preceptos que tenemos como marco de legalidad de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales, y tanto el TS, en casación, como los TSJ y la AN, en única instancia, deberán tenerlos en cuenta a la hora de autorizarlas. El TS se lamenta de no tener una ley específica de pandemias, pero no se rompe las vestiduras sino que considera que son preceptos suficientes como parámetro de control, que no “adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación”, lo que hará “necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En la ya mentada STS de 24 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo indica que el control judicial requerido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de cinco elementos:

- que la Administración que pide la ratificación es la competente para adoptar las medidas a ratificar;
- que invoca alguno de los preceptos legales citados u otros que le confieran habilitación;
- que ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de la pandemia Covid que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida, con indicación de los hechos que así lo acreditan;

- que ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal.
- y que ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Sobre la proporcionalidad, el TS ha dicho muy expresivamente que “la justificación sustantiva de las medidas sanitarias -a la vista de las circunstancias específicas del caso- “debe estar “a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate”.

En cuanto a la idoneidad de la legislación sanitaria para dar cobertura a eventuales restricciones fuera del estado de alarma, el TS ha sostenido que el artículo 3 de la LOMESP, es "innegablemente escueto y genérico"⁴⁴ y no fue pensado para una pandemia como la actual, sino para brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente; pero no por ello deja de ser idóneo si se interpreta en relación con los artículos 26 LGS y 54 LGSP, ya citadas.

El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 no habilita para adoptar medidas restrictivas en cualquier circunstancia (como el pasaporte Covid), ya que fija un ámbito subjetivo y espacial concreto: el "control de los enfermos", término no equivalente en absoluto con el de “no vacunados” (que pueden estar perfectamente sanos) y de las "personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos" (lo que tampoco se compadece con el ámbito subjetivo de los no vacunados, en la medida en que pueden no haber estado en contacto con enfermos), control que se ha ido extendiendo correlativamente "pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general" (cfr. STS (Sala 3ª, Sección 4ª) de 24 de mayo de 2021, nº. 719/2021, rec. de casación nº. 3.375/2021, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, y STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 3 de junio de 2021, nº. 788/2021, rec. de casación 3.704/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez.

No obstante ese ámbito más restringido, el TS ha considerado que la exigencia de pasaporte Covid exige en España cobertura de Ley orgánica, por cuanto “inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar⁴⁵, así como del derecho de reunión” [STS (Sala de vacaciones) de 18

⁴⁴ STS (Sala 3ª, Sección 1ª), de 17 de junio de 2021, nº. 875/2021, rec. de casación nº. 4.244/2021, ponente D. José Luis Requero Ibáñez.

⁴⁵ Así lo deja caer también el Prof. REVENGA, pues comenta, en relación con los pasaportes Covid en modo QR que se lleva en los teléfonos móviles que “Se trata de una tecnología que podemos calificar de efectiva para detener la propagación del virus, pero cuyo carácter imperativo no parece que cuadre con el

de agosto de 2021, rec. de casación °. 5.899/2021, ponente Dña. María Isabel Perelló Doménech].

Los artículos 26 y 54 LGS y LGSP, respectivamente, ofrecen precisiones objetivas, subjetivas, temporales y cualitativas que ayudan a dar certeza a una restricción o limitación puntual. Sobre todo, porque se refieren a dos supuestos excepcionales - el riesgo inminente extraordinario para la salud y motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, respectivamente - que habilitan a las autoridades sanitarias para adoptar las medidas "que se consideren sanitariamente justificadas" y motivadas, idóneas, temporales y proporcionadas. Aunque no se citan las restricciones de la libertad de movimientos a determinados colectivos de personas (los no vacunados, aquí), cabría pensar que ello fuera posible, siempre, claro está, que esa medida pase posteriormente el juicio de proporcionalidad al que le someterían los Tribunales.

5. La importante objeción a los pasaportes Covid por parte del Consejo de Europa

Es importante recordar que el Pronunciamiento 2.361 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, publicada el 27 de enero de 2021 y denominada "*Vacunas Covid-19: consideraciones éticas, legales y prácticas*"⁴⁶, pese a no gozar de carácter vinculante, reafirmaba la no obligatoriedad de la vacuna y que contradecía el Derecho del Consejo el sometimiento a vacunarse bajo presiones políticas, sociales o de otra índole, advertencia que parece dirigirse directamente al pasaporte Covid.

La Asamblea Parlamentaria insta a la UE y a los Estados miembros del Consejo a que cumplan con diferentes exigencias:

- Deben garantizar que los ciudadanos sean conscientes de que la vacunación no es obligatoria y que nadie está presionado política, social o de otro modo para vacunarse, si no desean hacerlo ellos mismos." (punto 7.3.1).

entendimiento a la europea de la posición de los individuos frente al poder. Prefigura, no obstante, rasgos y tendencias hacia los que podríamos encaminarnos". Y ello a pesar de que cita un Informe de la AEPD titulado "El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid19: un análisis de costes y beneficios", de mayo de 2020, págs. 10 y 11, en el que la Agencia Española de Protección de Datos no ve inconveniente en ellos por su posible afectación a la intimidad (!). Cfr. REVENGA SÁNCHEZ, M., "La pandemia y el derecho a la intimidad", en Revista Catalana de Dret Públic, N°. Extra 3, 2020 (Ejemplar dedicado a: Especial sobre el dret en temps d'emergència sanitària), pág. 131.

⁴⁶
https://pace.coe.int/en/files/29004/html?__cf_chl_jschl_tk__=7mtkbnJN7o0MW_QeIZiGzPrlAScJDMG SiBqTw9hCZcw-1643016478-0-gaNycGzNCJE

- Deben controlar que nadie sea discriminado por no haber sido vacunado o por no querer vacunarse. Tampoco se podrá permitir que dicha discriminación la propicien los propios particulares (punto 7.3.2).
- Deben “distribuir información transparente sobre la seguridad y los posibles efectos adversos de las vacunas”, algo que no se ha hecho en su totalidad (punto 7.3.4).
- Deben “comunicar de forma transparente el contenido de los contratos con los productores de vacunas y ponerlos a disposición del público para su control parlamentario y público”, extremo éste que tampoco se ha realizado (punto 7.3.5).

Y es que la vacunación nunca puede ser obligatoria para toda la población de un Estado. El art. 2 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de Salud pública, solo habla de tratamientos para personas o grupos concretos⁴⁷.

Tampoco han luchado las autoridades por contrarrestar la información errónea y la desinformación que ellos han provocado diciendo que no había medicamentos alternativos a las vacunas, que han funcionado por todo el mundo, de manos de médicos experimentados (amantadine, ivermectina, ozono, vitaminas, hidroxiclороquina, quercitina, etc..) o negando los gravísimos efectos adversos de las “vacunas”, u

⁴⁷ De forma distinta piensa ALENZA GARCÍA, J. F., “La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la Administración”, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (directores), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en derecho sanitario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor, 2013, pág. 32. Aun así, el Prof. Alenza considera que el grupo normativo es “confuso y, además, insuficiente desde el punto de vista de las garantías, al estar presidido por un alto grado de discrecionalidad administrativa para imponer la vacunación obligatoria” (pág. 33). No creemos, como el Prof. Alenza, que nuestra legislación pueda permitir una vacunación obligatoria (pág. 36) y, por ende, que la no decisión personal de no vacunarse haga a una persona pasible de ser sancionada. Al menos, considera que no cabría esa vacunación obligatoria cuando las limitaciones de derechos que supondría la vacunación obligatoria sean necesarias e idóneas para conseguir el fin perseguido, lo que no ocurre en la vacunación Covid. También considera el Prof. Alenza que esas vacunas, para poderse exigir obligatoriamente, no deben suponer un quebranto para la salud (pág. 37), algo que no ocurre en estas “vacunas” de ácidos nucleicos con terapia genética experimental, cuyos efectos secundarios graves son elevadísimos, como ha repasado el Prof. Joan-Ramon Laporte Roselló, Catedrático de Farmacología de la Universidad Autónoma de Barcelona, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados del pasado lunes 7 de febrero de 2022. A mi juicio, en contra de lo que dice el Prof. Alenza (pág. 38), ni siquiera los arts. 4, b y 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio habilitan para la vacunación obligatoria en casos de estado de alarma declarados por crisis sanitarias como epidemias o pandemias, ya que la normativa para la lucha contra las enfermedades infecciosas (a la que se remite éste último) tampoco la prevé. Tampoco las razones sanitarias, de urgencia o necesidad de la Ley orgánica 3/1986. La doctrina también se ha mostrado contraria a la imposición de la vacunación obligatoria para la admisión de un escolar en la enseñanza obligatoria, porque el sacrificio a su derecho fundamental a la educación sería desproporcionado, sobre todo porque el riesgo grave, real y relevante para la salud pública no suele darse, cuando los demás alumnos están vacunados. Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, en *Derecho y salud*, vol. 22, nº. extra °, enero-junio, 2012, pág. 26.

omitiendo el dato esencial de que los vacunados se contagian tanto como los no vacunados y transmiten el virus, etc.

Pero la triste realidad es que las autoridades nacionales y regionales no solo han hecho caso omiso de este Pronunciamiento del Consejo de Europa, sino que han llevado a cabo una actuación diametralmente opuesta, fomentando la criminalización de los sujetos que no han querido vacunarse o que, sencillamente, han optado por mantener en secreto su decisión respecto a la vacuna.

III. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DEL PASAPORTE COVID EN ESPAÑA

Tanto el TC (STC 148/2021) como el TS [STS (Sala 3ª, Sección 4ª) de 24 de mayo de 2021, nº. 719/2021, rec. de casación nº. 3.375/2021, interpuesto contra Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Canarias, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva] convienen que para enjuiciar la validez de una medida administrativa restrictiva de derechos fundamentales deben analizarse tres parámetros: su idoneidad, su necesidad y su razonabilidad o proporcionalidad.

Veamos ahora, con el apoyo de la jurisprudencia y de la doctrina, a qué conclusiones podemos llegar en relación con la imposición del pasaporte Covid en algunas CC.AA., en diferente medida y extensión.

Para empezar hay que decir que los Tribunales deberían valorar “escalonadamente” los tres elementos del test de proporcionalidad, de modo que sólo se pudiera pasar al juicio de necesidad si se ha superado previamente el de idoneidad; y sólo se podrá entrar en el juicio de proporcionalidad en su sentido estricto – ponderación – si previamente la actuación del poder público fuera considerada idónea y necesaria⁴⁸.

Recordemos, además, que el derecho a la salud no es un derecho fundamental sino un principio rector de la política social y económica y, en puridad, en caso de conflicto con otros derechos de superior rango, como la libertad de circulación, intimidad, igualdad, etc., debería ceder. No deberíamos caer en la trampa dialéctica de hacer equivalentes el derecho a la salud y el derecho a la vida, que es superior y más complejo, en la medida en que la mortalidad del Covid es del 0,6% (reconocido por la OMS⁴⁹), con la torticera

⁴⁸ Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, nº. 135, 1994, págs. 495 a 538.

⁴⁹ <https://www.lavanguardia.com/vida/20200803/482648669699/oms-calcula-que-la-letalidad-de-la-covid-ronda-el-06--una-tasa-aun-alta.html>

intención de justificar, sobre la base de ese preeminente derecho, las medidas de intervención administrativas más incisivas y su afectación a los derechos fundamentales. Además, en todo caso, no podemos mirar solo al derecho a la salud, so pena de hacerlo “tirano”⁵⁰ de los demás derechos reconocidos en la CE.

Nos centraremos sobre todo en las tres Sentencias del Tribunal Supremo que, hasta ahora, por vía de recurso de casación, se han pronunciado sobre el pasaporte Covid. Se trata, por este orden, de la STS (Sala de vacaciones) de 18 de agosto de 2021, nº. 3.260/2021, rec. de casación nº. 5.899/2021, ponente Dña. María Isabel Perelló Doménech, que rechazó el pasaporte Covid en Andalucía; la STS (Sala 3ª, Sección 4ª) de 14 de septiembre de 2021, nº. 1.112/2021, rec. de casación nº. 5.909/2021, ponente Dña. María del Pilar Teso Gamella, que autorizó el pasaporte Covid en determinados casos en la Comunidad de Galicia; y la STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 1 de diciembre de 2021, nº. 1.412/2021, rec. de casación 8.074/2021, ponente Dña. María Pilar Molina López, que autorizó el pasaporte Covid en el País Vasco. Pero también complementaremos la jurisprudencia citada con los autos de los Tribunales Superiores de Justicia recaídos.

Pero citemos antes a ÁLVAREZ GARCÍA, quien, recordando lo dicho por NIZARD (“El fin no justifica todos los medios. El fin justifica tan sólo la utilización de aquellos elementos que son necesarios para su realización”) afirmó que “frente a los efectos de la excepcionalidad necesariamente ha de haber contrapesos y límites. Esencialmente, se debe controlar la existencia de los presupuestos, esto es una verdadera situación de necesidad y su urgencia. El peligro o la amenaza deben ser reales y efectivos, de lo contrario se trataría, de un “**auténtico fraude a la necesidad**”⁵¹.

1. Sobre la idoneidad del pasaporte Covid para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, es decir, para reducir considerablemente la mortalidad o reducir la presión asistencial, sobre todo los ingresos de pacientes graves en UCI

⁵⁰ Como sabemos, todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución se encuentran en una relación de integración recíproca, por lo que no es posible identificar uno de ellos que tenga prevalencia absoluta sobre los demás. La protección debe ser siempre “sistémica y no fragmentada en una serie de normas descoordinadas y potencialmente conflictivas” (Sentencia del Consejo de Estado 264/2012). De no ser así, se produciría una ampliación ilimitada de uno de los derechos, que se convertiría en “tirano” frente a otras situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas, que en su conjunto constituyen expresión de la dignidad de la persona.

⁵¹ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 43-44 y 250.

El pasaporte Covid se ha demostrado inidóneo (ineficaz) en todos los lugares en los que se ha impuesto, sin excepción.

Es importante reseñar para comenzar que las argumentaciones que hagan los TSJ y la AN deben ser puramente jurídicas y no deben ceder ante motivos de oportunidad política (sin que basten “meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución”), ni dejarse impresionar por las exigencias gubernativas. Así lo dijo el TS en su STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 3 de junio de 2021, nº. 788/2021, rec. de casación 3.704/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez.

Entre otros motivos, la STS (Sala de vacaciones) de 18 de agosto de 2021, rec. de casación nº. 5.899/2021, ponente Dña. María Isabel Perelló Doménech, confirmó el Auto 405/2021, de 6 de agosto, de la Sala de lo contencioso-administrativo en Granada del TSJA, Rec. 1.543/2021, ponente D. Federico Lázaro Guil, que denegó la ratificación de la exigencia de pasaporte Covid en Andalucía para acceder a locales de ocio nocturno con música porque la argumentación científica era débil (la existencia de una “quinta ola” de brotes epidémicos, sin concretar la mortalidad de la misma) y porque la Junta reconoció que la vacunación no impide los contagios⁵². Además, la Junta de Andalucía equipara erróneamente estar inmunizados con estar vacunados, algo que también se da en los no vacunados que han pasado el Covid. Es importante el dato de que el Ministerio Fiscal informó también negativamente la imposición de este pasaporte Covid en Andalucía.

El Auto 405/2021, de 6 de agosto, del TSJA, consideró que la exigencia de pasaporte Covid para acceder a locales nocturnos de ocio con música no pasaba el test de idoneidad porque las personas vacunadas también transmiten el virus, por lo que se trata de una medida no eficaz para impedir los contagios, de forma que dentro de esos locales los vacunados se estarían transmitiendo el virus unos a otros, enfermando algunos de ellos gravemente, como se ha demostrado en los últimos meses⁵³. Es por eso por lo que

⁵² “La vacunación protege eficazmente frente a la enfermedad grave, pero no garantiza de forma absoluta que no se pueda contraer la misma ni ser vehículo transmisor”

⁵³ “Como expresamente reconoce la Orden, si las personas que han sido vacunadas o han padecido la enfermedad, a pesar de haber desarrollado inmunidad frente al virus (en un mayor o menor grado, dependiendo del tipo de vacuna y del hecho de haber padecido la enfermedad) pueden ser potenciales transmisores del mismo, no se acierta a comprender cómo se evitará el posible contagio de quienes hayan accedido al local amparados en la presentación de un justificante por la realización de una PCR o un test de antígeno, que sólo acredita que en el momento de su realización no eran portadores del virus activo, pero no que gocen de inmunización alguna frente a éste.”. Es digno de reseñarse que en su recurso de casación la Letrada de la Junta de Andalucía no rebatiera esto sino que se limitó a decir que esta medida ya se ha implantado en otros países de nuestro entorno y que su validación permitiría a la Junta de Andalucía el pleno despliegue de su estrategia para luchar contra la Covid-19, lo que le es afeado por el Tribunal Supremo, cuando dice que no ha explicado las razones por las que surge la necesidad de la certificación digital covid-19. Aunque la Junta aporta un Informe técnico de la DG de Salud Pública de la

acaba concluyendo que pedir el pasaporte Covid para acceder a esos locales de ocio, “lejos de evitar los contagios en el interior de los locales de ocio puede posibilitarlos”.

En la misma lógica, que compartimos plenamente, se mostró dos semanas más tarde el Auto (Sala de vacaciones de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 97/2021, de 20 de agosto, ponente D. Juan Sellés Ferreiro, que rechazó el pasaporte Covid solicitado por la Xunta de Galicia para acceder a la hostelería porque no pasaba el test de idoneidad, porque las personas vacunadas contagian igualmente y porque tras dos semanas de funcionamiento del pasaporte se demuestra que no solo no ha contenido los contagios sino que la situación en Galicia ha evolucionado a peor que en otras CC.AA. que no lo han implementado. La argumentación es impecable y demoledora:

“En otras palabras, la vacunación no exime de contagiarse y las posibilidades de contagiar en ese caso llegan a ser moderadas, lo que –desde luego- parece desarbolar la eficacia, adecuación o aptitud para conseguir el objetivo de detener los contagios en los locales de hostelería. A mayor abundamiento, la prueba COVID negativa sólo es una foto fija del momento en el que se ha practicado, con lo que nada impide desgraciadamente que en un momento posterior a la misma y anterior a la entrada en el local se haya producido el contagio y, por lo tanto, el sujeto afectado sea un propagador del virus, que es el objetivo declarado de la medida. En definitiva, si las personas que han sido vacunadas o han padecido la enfermedad, a pesar de haber desarrollado inmunidad frente al virus (en un mayor o menor grado, dependiendo del tipo de vacuna y del hecho de haber padecido la enfermedad) pueden ser potenciales transmisores del mismo, no se ha explicado cómo se evitará el posible contagio de quienes hayan accedido al local amparados en la presentación de un justificante por la realización de una PCR o un test de antígeno, que sólo acredita que en momento de su realización no eran portadores del virus activo, pero no que gocen de inmunización alguna frente a éste.

De hecho, conforme a los datos del Ministerio de Sanidad sobre las distintas Comunidades Autónomas antes reflejados, en la evolución de los últimos catorce días no hay datos significativos que indiquen una eficacia de la medida adoptada en Galicia (única Comunidad en la que se ha venido exigiendo el denominado «pasaporte COVID»); es más (lo resaltamos en el FJ anterior), los datos desafortunadamente tampoco revelan que se haya mejorado la situación epidemiológica en relación a Comunidades con un peso y configuración poblacional, y pautas de vacunación similares a la gallega, como, por ejemplo,

misma, indica el TS que dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida (no explica por qué es necesario, idóneo, e imprescindible por no existir una medida menos restrictiva). En ese recurso de casación el Ministerio Fiscal, de nuevo, rechaza la medida propuesta por la Junta porque violaría gravemente el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la no discriminación (art. 14 CE). El TS rechazó el pasaporte Covid, ratificando el Auto del TSJA, por STS (Sala de vacaciones) de 18 de agosto de 2021, rec. de casación °. 5.899/2021, ponente Dña. María Isabel Perelló Doménech.

Asturias (IA 262,08, PC 70,49, PD 80,03; y un 26,46% de población mayor de 64 años), Canarias (IA 388,2, PC 59,65, PD 71,82; y un 17% de población mayor de 64 años) o Castilla – León (IA 262,08, PC 70,49, PD 80,03; y un 25,65% de población mayor de 64 años), mientras que en Galicia los datos son IA 494,89, PC 67,42 y PD 76,94; y un 25,72% de población mayor de 64 años. Lo que viene a demostrar empíricamente la no idoneidad de una medida que comenzó a aplicarse hace tres semanas de facto y no parece que haya obtenido el efecto buscado desde el punto de vista de la contención pandémica. (Fdto. Jco. 5^o)

La STS 1.112/2021 del TS se contradice a sí misma y contradice también la previa STS 3.260/2021, que rechazó el pasaporte Covid en Andalucía⁵⁴. Porque considera que el pasaporte Covid es idóneo o adecuado (Fdto. Jco. 8^o) como medida para limitar los contagios, cuando lo cierto es que aquella Sentencia previa indica que no puede serlo una medida que se fundamenta sobre el dato falso de que los vacunados contagian menos que los no vacunados y que éstos, en caso de infectarse, desarrollan el Covid más suavemente.

La STS 1.112/2021 dice que las circunstancias y alcance del pasaporte Covid en Andalucía – autorizado por el TS – eran distintas de las del pasaporte Covid en Galicia, lo que no es cierto pues en ambos se trata de locales de ocio, entre otros, y porque la STS 3.260/2021, que rechazó el pasaporte Covid andaluz, dejaba claro que esa medida era discriminatoria porque vacunados y no vacunados contagian igual. Así lo denuncia también el voto particular del magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, incidiendo en el hecho de que si nadie está obligado a vacunarse no debe exigirse un pasaporte que exime a los completamente vacunados, y que si nadie tiene por qué hacerse una prueba de antígenos, se exija ésta igualmente para entrar en determinados locales. Y ello “no es constitucionalmente posible puesto que la igualdad comporta el trato igual de los iguales”. Añade, además, el magistrado, que había medidas menos lesivas para los derechos fundamentales, como la imposición de determinados aforos en los locales.

⁵⁴ De hecho, la STS 1.112/2021 sobre el pasaporte en Galicia se lleva solo un mes con la STS 3.260/2021, siendo muy parecidas la situación epidemiológica de Andalucía y de Galicia, y, sin embargo, en el segundo caso se aceptó la medida, rechazándose en el primero. Y sin justificación del TS sobre por qué se llegó a soluciones distintas en relación con este concreto parámetro. Igualmente, tan indeterminada era la vigencia temporal del pasaporte en Andalucía como en Galicia y País Vasco, y el resultado del análisis de la proporcionalidad fue distinto en el primer caso, rechazándose (de modo correcto, a mi juicio). La falta de motivación del trato diferente en los dos últimos casos, de nuevo, es palmaria. Y lo mismo cabe decir respecto de la extensión territorial de la medida, en los tres casos abarcando el territorio de las tres CC.AA. afectadas, siendo éste un criterio que se entendió desproporcionado en el caso andaluz y válido en la gallego y vasco.

La STS 1.112/2021 se apoya en un Informe del Servicio de Epidemiología de la DG de Salud Pública de la Conselleria de Sanidad de la Junta de Galicia, que ha quedado plenamente desautorizado por la literatura científica más reciente que hemos citado arriba, porque viene a expresar que la transmisión del Covid entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, por tener menos riesgo de infectarse y porque la gravedad de su infección es también menor; añadiendo, finalmente, de manera irónica y contradictoria, diría yo, que en el fondo se trata de proteger a los no vacunados de infectarse de personas vacunadas contagiadas de Covid⁵⁵. Se observa, además, una temeraria falta de razonamiento en relación con una acusación muy clara que la Sala de instancia (el TSJ de Galicia, en su Auto 97/2021, de 20 de agosto) había usado para rechazar el pasaporte Covid que se le proponía: que los vacunados contagian la enfermedad. A eso el TS se limita a responder que según los Informes los vacunados se contagian menos que los no vacunados, lo que no es cierto. Y, aunque así fuera, que no lo es, ya el Informe de la Xunta sobre el que se basa el rechazo a ese pasaporte Covid en Galicia mediante el Auto 97/2021 del TSJ de esa Comunidad había reconocido que se contagian de forma “moderada”, lo que debería haber sido suficiente para que el TS declarara no idónea la medida.

Y tampoco cabría apelar, como hace la STS 1.112/2021, a la “solidaridad” debida de los no vacunados a vacunarse (Fdto. Jco. 8º)⁵⁶, pues los vacunados transmiten el virus como los no vacunados⁵⁷.

Puesto que las medidas restrictivas de derechos fundamentales en la lucha contra el Covid deben “ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento

⁵⁵ “El citado informe señala que la “transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, no sólo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por la Covid-19 la tasa de ataque secundaria de los casos Covid vacunados fue inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos Covid no vacunados” Añadiendo que “las personas no vacunadas reducen significativamente su riesgo de infectarse y desarrollar la Covid-19 en el caso de entrar en contacto con un caso Covid que sí está vacunado” (Fdto. Jco. 9º). Y haciéndose eco del mismo, la ponente, Magistrada Teso Gamella dice erróneamente que “Y sabido es que la vacuna no es un medio para curar la enfermedad pero, como antes señalamos y ahora insistimos, sí es una acción de carácter preventivo que evita o atempera considerablemente la propagación de la pandemia, supone un innegable beneficio para la salud de todos porque disminuye los contagios y las muertes, e impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19”.

⁵⁶ También recoge ese argumento el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo) del TSJ de La Rioja nº. 149/2021, de 17 de diciembre.

⁵⁷ Subyace también bajo esta opinión mayoritaria (incluso hemos llegado a escuchar que vacunarse es un acto de amor) la idea de que los no vacunados transmiten el virus con más carga viral y que no lo hacen así los vacunados, lo que es falso. Pero, además, cabría preguntarles a los que así opinan que por qué tienen miedo a un no vacunado si la propaganda oficial repite machaconamente que los vacunados están protegidos e inmunizados y que, en el caso extraño de que cogiesen el virus, lo pasarían más suavemente que los no vacunados.

una alternativa mejor” (Fdto. Jco. 9º de la STS 1.112/2021) el pasaporte Covid y las Sentencias de TS que lo permitieron en el caso gallego y vasco han decaído, perdiendo su causa, en la medida en que los últimos y mejores estudios científicos han probado la inutilidad del pasaporte Covid para restringir contagios (al contrario, los estimula, como dijo la STS 3.260/2021 en el caso andaluz), pues los vacunados contagian igual y enferman más gravemente la variante ómicron que los no vacunados⁵⁸.

Por eso mismo llama mucho la atención cuando un Tribunal acaba diciendo que es una “evidencia científica” que la transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es “mucho menor a la de los no vacunados” [así lo ha dicho el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª), nº. 129/2021, de 26 de noviembre, en relación con la ratificación del pasaporte Covid para entrar en el interior de restaurantes durante todo el día y a partir de las 21 horas en cafeterías y bares], cuando resulta ser la misma (por eso mismo la Ponencia de Alertas del Ministerio de Sanidad ha declarado la inutilidad del pasaporte – es decir, de las vacunas - como herramienta de contención de los contagios⁵⁹, e incluso superior, como ha demostrado la ciencia recientemente). Evidentemente, estas afirmaciones no puede hacerlas un Magistrado, que desconoce la materia, lo que hace más sospechosos los Informes autonómicos realizados por no se sabe qué expertos⁶⁰, que sostienen estas afirmaciones, en contra del parecer científico más aquilatado.

Iguales razones científicas erróneas contiene el Auto del TSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) nº. 131/2021, de 3 de diciembre, donde el Informe autonómico hace afirmaciones que se han demostrado falsas, en relación con la eficacia de las vacunas en Israel, cuando dijo:

⁵⁸ El primer estudio sobre la incidencia de Ómicron en España lo ha publicado el Observatorio de Salud Pública de Cantabria en enero de 2022. Lo más significativo del estudio, sin embargo, es sin duda el hallazgo de que “Los casos vacunados parecen tener la misma capacidad de transmisión que la gente no vacunada”. Este dato desmonta la vacunación obligatoria (no digamos la de los niños), la necesidad y utilidad del pasaporte COVID y desde luego la campaña política y mediática denigrando a los no vacunados. El estudio puede leerse aquí: <https://www.researchsquare.com/article/rs-1279005/v1>: en referencia a la variante Ómicron, afirma contundentemente, como conclusión que: “In this case, once infected, index vaccinated cases seem to have the same transmission capacity that non-vaccinated people.”

⁵⁹ La Ponencia de Alertas del Ministerio de Sanidad, órgano técnico, ha llegado a esa conclusión: https://www.eldiario.es/sociedad/expertos-sanidad-consideran-pasaporte-covid-no-sirve-reducir-contagios-espana_1_8539956.html

⁶⁰ En este caso era un Informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Consellería. Y de manera similar se reitera lo mismo en el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ Galicia nº. 132/2021, de 3 de diciembre.

<<Ante este estado de cosas, la ciencia también ha demostrado la eficacia de la vacuna frente a este riesgo de infección. Esto se afirma en f. 8, cuando se dice que:

"El mayor riesgo de infección en personas no vacunadas se muestra en estudios como el de Israel, que encontró que la vacunación completa con la vacuna de Pfizer, después de 7 días o más de la inoculación de la pauta completa, tiene una estimación ajustada de la efectividad del 95,3 % (IC del 95%: 94,9-95,7, y encontró una tasa de incidencia de 91,5 por 100.000 personas-día en las personas no vacunadas frente a 3,1 por 100.000 personas-día en las personas completamente vacunadas ">>⁶¹.

Y es que ha sido precisamente Israel el país testigo para comprobar la ineficacia de las vacunas, con tasas de contagios más altas que en cualquier otra parte del mundo, con el porcentaje de población más vacunada, con hasta 4 dosis de la “vacuna”⁶². Por ello no cabe decir, con el TSJG en este Auto que la vacunación “consigue mantener el riesgo de contagio contenido, a pesar de su carácter creciente” porque es, de nuevo, justamente lo contrario: el aumento de casos está probando la inutilidad de la medida, pues los vacunados dentro de los locales contagian a otros vacunados. Y la prueba es que los contagios por ómicron siguen creciendo.

Finalmente, la STS 1.112/2021 considera que “no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales”, sabiendo ahora como sabemos que el pasaporte Covid es absolutamente ineficaz, habiendo subido progresivamente los contagios en Australia, Italia o Francia, donde se aplica.

Como ha reseñado ÁLVAREZ GARCÍA, esta Sentencia tiene una anomalía importante: en vez de realizar el examen de la proporcionalidad comenzando por el

⁶¹ También errónea, en esa misma línea, a la vista de lo que ya sabemos hoy en día por las últimas investigaciones científicas, es la afirmación del Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª) del TSJ de la Comunidad valenciana nº. 513/2021, de 22 de diciembre, ponente D. Manuel José Domingo Zaballos: “Por otra parte, el informe epidemiológico también aporta datos científicos que avalan no sólo que el riesgo de infectarse es menor entre vacunados que en no vacunados, sino que también, en caso de infección, la transmisión de la Covid-19 entre personas vacunadas es mucho menor; esto es, en caso de infección, la tasa de ataque secundaria de los casos "Covid vacunados" es inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos "Covid no vacunados". Pareciera como si todas las Salas de lo contencioso de los diferentes TSJ que se han ido pronunciando estos meses sobre los pasaportes Covid se hubieran copiado unas a otras este argumento, nunca demostrado, basado en Informes científicos que parecieran ignorar deliberada o negligentemente el estado de la Ciencia en la materia, con la intención de mantener los pasaportes para obligar indirectamente a la gente a vacunarse. Es algo inaudito. Una auténtica desviación de poder pública.

⁶² <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/israel-se-acerca-a-su-maximo-de-contagios-mientras-avanza-con-la-cuarta-dosis/10004-4710668> y <https://elpais.com/sociedad/2022-01-18/la-cuarta-dosis-es-insuficiente-para-evitar-el-contagio-de-omicron-segun-un-estudio-israeli.html> y https://www.eldiario.es/sociedad/ultima-hora-coronavirus-actualidad-politica-24-enero_6_8681859_1083820.html

criterio de idoneidad y luego por el de necesidad, y finalmente el de proporcionalidad en sentido estricto, invierte el orden para comenzar por éste último (algo que infringe el orden “escalonado” preciso del test de proporcionalidad según la jurisprudencia, como dijimos arriba), y, a continuación pasar a los dos primeros. Este cambio no es correcto, pues solo si una medida restrictiva de derechos fundamentales es idónea y necesaria puede ser realmente aplicada, de una forma proporcionada. Las conclusiones pueden ser distintas. Y eso es grave⁶³.

PÉREZ DOMÍNGUEZ considera también que los pasaportes Covid no pasan el test de idoneidad de la medida, ya que el estado de la ciencia al respecto no ha conseguido probar su eficacia para contener los contagios⁶⁴.

El Tribunal Supremo, que en su Sentencia sobre el pasaporte Covid en Andalucía aceptó el argumento científico de que vacunados y no vacunados contagian igual, tras su Sentencia sobre el pasaporte gallego vuelve a las andadas y, sin motivación alguna, acaba diciendo en su Sentencia sobre el pasaporte Covid en el País Vasco, STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 1 de diciembre de 2021, nº. 1.412/2021, rec. de casación 8.074/2021, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva (en contra de lo que decía el Auto del TSJPV que se recurre en casación), que la petición de pasaporte Covid para acceder a

⁶³ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte covid en un país carente de una legislación antipandemias”, en Diario del Derecho de Iustel, ISSN 2254-1438, edición de 10/01/2022, pág. 10.

⁶⁴ Cfr. PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo”, en Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado (Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social), enero 2021, nº. 2 pág. 259: “Pues el limitado conocimiento que tiene la ciencia sobre el virus SARS-CoV-2 y la enfermedad que desencadena (COVID-19) no permite afirmar con suficiente certeza algunos de los presupuestos que la medida de la cartilla COVID toma como esenciales. Así, los estudios antes citados afirman que no cabe atribuir inmunidad permanente a quienes hayan pasado la enfermedad, se desconoce con certeza el tiempo de efectividad de los anticuerpos generados, la cantidad y calidad de anticuerpos puede variar de unas personas a otras haciendo posibles nuevos contagios, la precisión de los diversos tipos de test que se vienen realizando no es suficiente para garantizar una fiable identificación de personas inmunizadas o no y, finalmente, el volumen de test que se vienen realizando y el porcentaje de población que, a la luz de éstos, ha superado la enfermedad no son suficientes como para justificar medidas de levantamiento parcial de las restricciones a las personas supuestamente inmunes a partir de un pasaporte o certificado epidemiológico. En consecuencia, y desde este punto de vista, podría concluirse que tales pasaportes o certificados no son en sí mismas medidas antijurídicas pero, para el caso concreto de la enfermedad provocada por el virus SARS-CoV-2 y ante el estado actual de la pandemia y del conocimiento científico sobre la misma, resulta una medida injustificada por falta de idoneidad o utilidad a los objetivos que persigue”. Para el autor, la exigencia de pasaporte Covid tampoco pasa el test de estricta proporcionalidad porque afecta al derecho a la intimidad, al derecho a la libertad de circulación (acudir a lugares de culto, celebrar reuniones familiares, participar en reuniones o manifestaciones, asistir a clases, abrir el propio negocio o presentarse en el puesto de trabajo, entre otros muchos ejemplos) y al derecho a la igualdad de trato (pág. 260). Más peligroso si cabe sería que los empresarios comenzaran a pedir pasaporte Covid a sus trabajadores o a los candidatos a ser contratados: la consecuencia de requerir la acreditación de inmunidad, que supuestamente supone haber pasado la enfermedad derivada del SARS-CoV-2, es considerar faltos de aptitud para el trabajo a aquellos que nunca se han contagiado; circunstancia ésta –estar y haber estado sano– que en ningún caso puede justificar una discriminación en el acceso al empleo (*ex art. 4.2.c ET*) (pág. 263).

locales de ocio y restaurantes de más de 50 comensales “es una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad”, lo que resulta escandaloso.

La contradicción es palmaria y debería ser recurrida ante el TC en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales. Es, sencillamente, erróneo, que la razón del aumento de los contagios se deba a los no vacunados, no nos cansaremos de decirlo aunque sea políticamente incorrecto, como ha señalado la mejor doctrina científica en los últimos meses, parte de la cual hemos citado, por lo que queda refutada como falsa la afirmación del TS de que “existen colectivos no vacunados que pueden actuar como reservorios del virus”. La propia STS dice que: “De otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización” (Fdto. Jco. 5º)..., a pesar de lo cual, sorprendentemente, ratifica el pasaporte Covid...

Finalmente, la STS 1.412/2021 sí se rechazó la exigencia de pasaporte Covid al personal que trabaja en el interior de locales de ocio y restauración porque ellos, a diferencia de los clientes, no se bajan la mascarilla en ningún momento para comer y beber, por lo que les basta la mascarilla como medida. Según esta lógica, cualquier exigencia de pasaporte Covid en el interior de locales donde los clientes o usuarios no coman ni beban debería ser declarada ilegal por el TS, pues basta la mascarilla. Se nos ocurren locales culturales de teatro, ópera, cine (donde se prohíba comer), misas, etc.

Llama la atención que en los Autos que se han pronunciado a favor de distintos tipos de pasaporte Covid en el TSJ de Galicia se indicaba que se permitía su imposición en locales de ocio, discotecas, etc. porque a ellos suele acudir población más joven, por lo general menos vacunada, para motivarlas a vacunarse. Sin embargo el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo) del TSJ de La Rioja nº. 149/2021, de 17 de diciembre, no tiene nada que oponer al Acuerdo del Consejo de Gobierno de esa Comunidad de 15 de diciembre, por el que se eximen de ese certificado Covid los comedores universitarios y los de empresa, sin que se conozcan las razones por la que se realizan esas dos excepciones.

Como hemos dicho antes, al no evitar el contagio ni tampoco ser contagiado y pasar la enfermedad gravemente o con resultado muerte, el pasaporte Covid es una medida inidónea a esos efectos, y se convierte en una especie de “licencia para contagiar”. La vacunación forzosa no puede ser, por tanto, admitida en España porque decae el

presupuesto de hecho que su validez como medida para evitar la transmisión de la enfermedad, como dijo el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 28 de marzo de 2000⁶⁵.

2. Sobre la necesidad del pasaporte Covid. Es decir, si cabría aplicar otras medidas menos lesivas para los derechos fundamentales y de eficacia pareja

En su primer pronunciamiento sobre el pasaporte Covid, para el caso andaluz, la STS (Sala de vacaciones) de 18 de agosto de 2021, rec. de casación nº. 5.899/2021, ponente Dña. María Isabel Perelló Doménech, denegó la ratificación de su exigencia en Andalucía para acceder a locales de ocio nocturno con música porque no se acreditó la necesidad de la medida, ya que la Junta de Andalucía no realizó un juicio comparativo de la eficacia de adoptar otras medidas posibles menos lesivas.

La única prueba que podría evitar eficazmente la transmisión sería que para entrar en locales cerrados donde la persona vaya a permanecer un tiempo prolongado (locales de ocio, restauración, culturales, etc.) sería la de exigir un test de antígenos vigente (realizado menos de 48h antes; o 24h antes, como se exige ahora, sin una clara motivación, por cierto) o PCR vigente (realizado menos de 72 horas antes/48h como se exige ahora) negativos. Y eso, tanto a vacunados como a no vacunados. Sin embargo, el Reglamento prohíbe que se soliciten esas pruebas a los vacunados, salvo que sean necesarias y proporcionadas a efectos de salvaguardar la salud pública en respuesta a la pandemia de COVID-19 (art. 11.1). Lo que resulta arbitrario. Algunos países como Italia ya están pidiendo prueba de antígenos antes de entrar en el país, con toda la razón, ya que los vacunados contagian tanto o más que los no vacunados. Sin embargo, la consecuencia lógica de ello sería que habría que eliminar el pasaporte Covid, lo que no hacen. Y en esto se echa de ver que se ha convertido en una especie de instrumento político de segregación, no sanitario. Pero sabiendo que esto tampoco garantiza que la persona que entre no porte el virus, pues lo ha podido coger horas después de realizado el test correspondiente.

⁶⁵ “La convivencia en un Estado Social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general. Así pues, no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traduce en la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad de un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial” (JUR\2000\204924).

En mi opinión, la proporcionalidad tampoco tiene que aspirar al riesgo cero, que no existe, como seres sociales que somos, lo que implicaría aceptar los contagios eventuales de Covid, como hemos aceptado siempre los de gripe, resfriados u otros virus. Sacrificar la vida social, económica y cultural por un virus (no demasiado grave) no parece, desde luego, proporcionado al daño que inflige en la economía, las relaciones personales y la salud (los suicidios y depresiones se han incrementado exponencialmente). Tampoco se puede medir científicamente cuál es la incidencia de contagios en los locales para los que se pide el pasaporte Covid, y, de hecho, el TS le echa en cara a la Junta de Andalucía que no ha aportado ese dato en relación con los locales nocturnos de ocio con música, para los que pedía el pasaporte.

El Auto 405/2021, de 6 de agosto, de la Sala de lo contencioso-administrativo en Granada del TSJA, Rec. 1.543/2021, ponente D. Federico Lázaro Guil, que rechazó ratificar el pasaporte Covid en Andalucía para acceder a locales de ocio nocturno con música, consideró que las medidas a adoptar deben ser preferentemente de prevención, por lo que otras medidas de restricción de derechos requerirían una mayor justificación. Y consideró también que la exigencia de pasaporte Covid no pasaba el juicio de necesidad porque no quedó acreditado por la Junta que el mayor número de contagios de la quinta ola se estuviera produciendo en los locales de ocio nocturno con música, “siendo claramente insuficientes los meros cálculos probabilísticos”.

No basta, por tanto, alegar por parte de la Administración la existencia de una elevada tasa de incidencia acumulada para imponer una medida restrictiva de derechos, sino que será necesario analizar con detalle la necesidad, idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido, así como la inexistencia de otras alternativas. Así razonaba el TS en su STS (Sala 3ª, Sección 1ª), de 17 de junio de 2021, nº. 875/2021, rec. de casación nº. 4.244/2021, ponente D. José Luis Requero Ibáñez⁶⁶.

La STS sobre el pasaporte Covid en Galicia es bastante mezquina, y se contradice a sí misma pues, por una parte, en su Fdto. Jco. 8º, indica que no se vulnera el derecho a la igualdad desde el momento en que el pasaporte Covid se puede conseguir no solo mediante la vacunación sino también mediante la realización de una prueba de

⁶⁶ Remitiéndose al Auto de 4 de junio de 2021 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sede de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictado en las actuaciones Nº.1087/2021 y, por consiguiente, procedimiento a fijar la jurisprudencia que resulte de los términos de este escrito y con arreglo a dicha doctrina se ratifique la Orden de 2 de junio de 2021, de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía por la que se confinaria -durante siete días naturales- el municipio de Bailén (Jaén) por razones de salud pública para la contención de la COVID-19. El TS finalmente admitió el recurso de casación de la Junta de Andalucía pero porque el Auto a quo consideraba inconstitucional que las CC.AA. pudieran adoptar medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales fuera del paraguas del estado de alarma, al que sabemos posible siempre que pasen el juicio de proporcionalidad.

antígenos “que resulta asequible para todos”. Habría que recordarle a la ponente que gastar 30 euros en un test oficial que hay que realizar en un centro autorizado para cada vez que una familia quiera sentarse en un bar o restaurante resulta muy caro y molesto⁶⁷ y restringe evidentemente de forma grave el principio de igualdad, en su Fdto. Jco. 9º, cuando analiza la necesidad de la medida. Además, la Sentencia expresa contradictoriamente que no lo hay, cuando es evidente que existe esa medida que ella invoca como adecuada (es decir, los tests de antígenos) y que, además, resulta más eficaz en la medida en que expresa realmente si una persona vacunada o no porta el virus, extremo que no puede saberse por el mero hecho de que una persona esté vacunada, como no nos cansaremos de repetir en esta investigación.

Además, el TS tiene que saber que en otros países ya se ha eliminado, en clara vulneración del Reglamento (UE) 2021/953, la posibilidad de obtener el pasaporte covid con el test de antígenos, quedando solo como única vía para conseguirlo la vacunación, que no es obligatoria. Como vemos, se trata de una cuesta abajo en el abuso y la imposición progresiva, que va empujando a los ciudadanos (quienes libremente y por muchas razones lógicas pueden elegir no vacunarse, como la objeción de conciencia religiosa, al estar estas terapias genéticas cultivadas, desarrolladas, probadas o fabricadas en células hepáticas vivas de varios fetos abortados ad hoc; o por prudencia razonable ante algo que no es una vacuna de virus atenuados sino una terapia genética no probada; o por los efectos terribles que están produciendo, etc.) a las horcas caudinas de la inoculación, so pena atroz de perder empleo, sueldo, amistades, vida social y económica, en suma, contra su propia voluntad. Así ha pasado en Francia e Italia, y parece pasará a partir de febrero en Austria o Alemania, por poner solo ejemplos de países europeos.

La STS sobre el pasaporte Covid en Galicia, en clara contravención con su STS 3.260/2021, la STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 1 de diciembre de 2021, nº. 1.412/2021, rec. de casación 8.074/2021, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, considera que la medida de exigencia de pasaporte Covid en el País Vasco es una medida necesaria “porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan”. Produce sonrojo ese cambio de criterio en unos pocos meses, cuando lo cierto es que otras medidas menos agresivas como la instalación de purificadores de aire en los locales de ocio y en los restaurantes ni siquiera fue enjuiciada por el TS. Tampoco, se

⁶⁷ La misma argumentación usa el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo) del TSJ de La Rioja nº. 149/2021, de 17 de diciembre, en el que el Tribunal considera que la exigencia de pasaporte en establecimientos de ocio y restauración de La Rioja no vulnera el principio de no discriminación del art. 14 CE porque ellos pueden optar por hacerse un test de antígenos.

nos ocurre a nosotros, el establecimiento de aforos, que es una medida que no discrimina entre vacunados y no vacunados.

En esto se ve una especie de chantaje a los locales de ocio y restauración, de cuyo reacios a pedir certificado a nadie, a los que las Administraciones autonómicas acaban “convenciendo” con la amenaza de que si no lo piden volverían a imponerles aforos. Así ocurrió con el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo) del TSJ de Murcia nº. 360/2021, de 22 de octubre, donde se le decía a los restaurantes y discotecas de municipios que se encuentren en nivel de alerta sanitaria 1 Bajo o 2 Medio podrían abrir su aforo al 100% si decidían optar por pedir el certificado Covid, siguiéndose en caso contrario las restricciones de aforo. Pero, en honor a la verdad, en pocos casos las Asociaciones de Empresarios han protestado oficialmente (más allá de su malestar general con la medida) frente a la exigencia de pedir pasaporte Covid a sus clientes⁶⁸.

Opuesta a todas estas argumentaciones y más acertado nos parece el razonamiento del Auto (Sala de vacaciones de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 97/2021, de 20 de agosto, ponente D. Juan Sellés Ferreiro, que rechaza el pasaporte Covid para la hostelería porque hay otras medidas menos restrictivas de derechos que ayudarían, supuestamente, a contener la enfermedad: la vacunación. Y porque la Xunta solo imputa el 18% de los nuevos casos de Covid a la hostelería, de forma que no consigue explicar por qué el 82% de los contagios restantes, que puede producirse en grandes superficies o establecimientos comerciales, no cuenta con pasaporte Covid:

“Si partimos de la premisa de que, según las previsiones de vacunación, su avance comportará la imposición de un importante freno la expansión del virus (en Galicia se fija por la Xunta de Galicia en un 73% de la población a día de hoy), no tiene mucha justificación que se implante una medida como la que se examina; es más, debería haberse acreditado con rotundidad que el mayor número de contagios de la llamada «quinta ola» tiene su origen, precisamente, en los establecimientos de hostelería y restauración en bares, cafeterías y restaurantes... En definitiva, que la medida se adopta, porque «existen fundamentos comunes a la necesidad de establecer este tipo de medidas»,

⁶⁸ La Asociación de Empresarios de Salas de fiesta, baile y discotecas de Zaragoza solicitó medidas cautelarisimas a la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Aragón, para pedir que se suspenda la ratificación de esa medida por la Sala. Mediante Auto, a finales de noviembre de 2021, la Sala deniega la petición porque no entendió que existiera una urgencia suficiente como para adoptar la suspensión cautelar sin escuchar a la Administración autonómica, y porque, decía, los derechos afectados alegados por la Asociación son los mismos que la Sala tiene que enjuiciar en su juicio de proporcionalidad sobre la validez de la medida en sí. Afortunadamente, por Auto de 3 de diciembre la misma Sala determinó dejar sin efectos a partir del 8 de enero de 2022 el pasaporte Covid que se pedía en Aragón para diferentes actividades (conforme a Orden SAN/1561/2021, de 23 de diciembre) porque su vigencia temporal era demasiado general y amplia, pues se pretendía que durasen hasta que el Gobierno de España declarase la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

porque en ellos se retira la mascarilla, pero nada se indica de cuál es el porcentaje o la base de dicho aserto más allá de esos fundamentos comunes o una idea que se repita. Si se indica un porcentaje de brotes en el periodo de un mes (del 05/07 al 08/08/21) en el citado informe médico de la Dirección Xeral de Saúde, cifrándolo en el indicado 18% y atribuyéndoles la responsabilidad del 33% de los casos ocurridos en nuestra Comunidad en este periodo; esto supone que estos establecimientos solamente son responsables del 18% de los brotes, mientras que el 82% restante tiene otra etiología, y lo mismo puede argüirse sobre los casos, pues el 66% (dos terceras partes) tienen su origen fuera de dichos establecimientos. (Fdto. Jco. 5º)”

3. Su razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si de su imposición se derivasen más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los derechos fundamentales comprometidos

Si se exigiera un pasaporte Covid que impidiera a los no vacunados circular libremente por las calles y carreteras de España parece claro que sería inconstitucional, por vulnerar los arts. 19 y 139.2 CE; también lo sería si a los no vacunados se le impidiera entrar en la mayoría de los comercios, por vulneración del mismo derecho, de forma que si se les permitiera entrar solo en los comercios necesarios para su “pura subsistencia” también serían inconstitucionales⁶⁹; si se les impidiera ejercer su derecho a la reunión o manifestación y el resto de derechos fundamentales, como por ejemplo desarrollar su

⁶⁹ Fdto. Jco. 4º, párrafo 4º de la STC 148/2021, de 14 de julio. Esta Sentencia considera que las excepciones permitidas para que las personas pudieran desplazarse por la calle eran tan excepcionales que, en realidad, estaban suspendiendo el derecho. Eran excepciones que solo permitían la “pura subsistencia de la ciudadanía”, como la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad y otros productos e establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y peluquería a domicilio; asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; desplazamiento al lugar de trabajo y retorno al domicilio; asistencia y cuidado de personas mayores, menores, dependientes y especialmente vulnerables; desplazamientos a bancos y entidades de seguros, y otros por fuerza mayor y de análoga naturaleza. La STC 148/2021 también consideró que entre esas excepciones se encontraba también la asistencia a misas y lugares de culto, respetando las limitaciones de aforo y medidas de separación adecuadas. Por tanto, *mutantibus mutandi*, si el pasaporte Covid se impusiera permitiendo el acceso de los no vacunados solo a esos comercios y servicios podría considerarse ilegal, por desproporcionado, ya que estaría atentando contra el contenido esencial del derecho a la libertad de circulación (arts. 19 y 139.2 CE). En efecto, en el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia el TC indica que “Basta la mera lectura de la disposición para apreciar que esta plantea la posibilidad («podrán») de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad («únicamente [...] para la realización») de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias («individualmente», de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de «circular por las vías de uso público», y la «única» salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h)) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho... de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOEAES permite «limitar» para el estado de alarma [«la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados»]: art. 11, letra a)].

actividad mercantil (art. 38 CE, lo que podría hacer con la mascarillas, impidiendo el contagio de los clientes y de los trabajadores) o trabajar, como ha ocurrido en Italia, de forma absolutamente absurda y falta de motivación (por vulnerar su derecho al trabajo, art. 35.1 CE, ya que podrían ir a trabajar con la mascarilla, impidiendo la posibilidad de contagio de los demás), también lo sería. Si la restricción a la libertad de circulación se impusiera durante determinadas horas al día, por ejemplo, en horario nocturno, sí sería proporcionada por no ser absoluta ni de altísima intensidad (STC 183/2021), pero en el bien entendido de que no debería imponerse solo a los no vacunados sino a todas las personas con la misma capacidad de transmisión del virus esto es, a todas, vacunados y no vacunados, so pena de conculcación flagrante del art. 14 CE.

La imposición del pasaporte Covid implica la necesidad de mostrar datos relacionados con la salud, considerados, de acuerdo con la normativa europea, como de carácter privado, estando sometido por tanto a unas mayores exigencias; y por otra, también, afectaría al principio de no discriminación, en la medida en que establece un trato diferenciado con los vacunados, basado en la posesión o no del mencionado certificado, y ello en un contexto de vacunación no obligatoria en España⁷⁰.

Por la misma razón, la STC 183/2021, de 27 de octubre, Fdto. Jco. 4º, sí consideraba una mera limitación del derecho a la libertad de circulación, y conforme al principio de proporcionalidad, los toques de queda impuestos desde las 23:00-06:00hs. y las demás limitaciones impuestas a la libertad de circulación por el RD 926/2020, que declaró el segundo estado de alarma.

La proporcionalidad debe analizar el ámbito subjetivo, objetivo y espacial de la medida, en este caso el pasaporte covid. El elemento espacial o de extensión es prioritario en estos casos⁷¹, pero cuando la intensidad de la medida restrictiva es alta (por ejemplo, confinamientos o restricción de personas en reuniones sociales) “la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública..., no bastando meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución”⁷². Nótese

⁷⁰ Cfr. Auto 405/2021, de 6 de agosto, del TSJA.

⁷¹ “Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional.”. STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 3 de junio de 2021, nº. 788/2021, rec. de casación 3.704/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez.).

⁷² STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 3 de junio de 2021, nº. 788/2021, rec. de casación 3.704/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez.).

el rigor que pide el TS a las autoridades sanitarias para que demuestren científicamente el carácter necesario de las medidas a adoptar, para evitar el abuso político⁷³.

La STS (Sala de vacaciones) de 18 de agosto de 2021, rec. de casación nº. 5.899/2021, ponente Dña. María Isabel Perelló Doménech, denegó la ratificación de su exigencia en Andalucía para acceder a locales de ocio nocturno con música, entre otras cosas, porque la medida propuesta era desproporcionadamente intensa en sacrificio de derechos fundamentales de los afectados, habida cuenta de su extensión espacial: para todo un sector completo y en todo el territorio autonómico, sin atender a la situación epidemiológica de cada municipio y sin limitar temporalmente su vigencia.

De la misma opinión son los ex jueces del Tribunal Constitucional alemán, Hans-Jürgen Papier (que fue presidente del mismo) y Udo di Fabio, que le enviaron una Carta al Canciller Olaf Scholz y al ministro de salud Karl Lauterbach, avisándoles de que la vacunación obligatoria prevista en Alemania para febrero conculcaría el principio de proporcionalidad y que afectaría inconstitucionalmente los derechos de los no vacunados, anunciando, además, un desbordamiento de los tribunales por la multitud de recursos contra ella que se anuncian. Solo una situación de real emergencia podría justificarla, lo que no ocurrió después con la variante ómicron, muy suave en sus síntomas⁷⁴. A pesar de ello, algunos Tribunales, como el TSJ de Asturias⁷⁵, se han asustado y han acabado ratificando el certificado Covid por las “cifras alarmantes del ascenso de los contagios y de la presión sobre los hospitales de los contagiados”, cuando en realidad esa presión era realmente baja (la ocupación total por covid en los hospitales en Asturias en esos días era del 6,02% y del 15,94% en el caso de las UCIs)⁷⁶.

A este respecto, no parece razonable que un Tribunal diga que existe un “grave riesgo de salud pública para la ciudadanía” cuando en ese momento se sabía que la variante ómicron era muy contagiosa pero tan ligera como un resfriado, con poca o nula

⁷³ Algunas CC.AA. como Galicia llegaron a imponer el pasaporte Covid sin someterlo a previa ratificación judicial del TSJ, alegando que no consideraban que esta medida afectara a los derechos fundamentales (sic). Al respecto, véase el Fdto. Jco. 3º de la STS (Sala 3ª, Sección 4ª) de 14 de septiembre de 2021, rec. de casación nº. 5.909/2021, ponente Dña. María del Pilar Teso Gamella, que autorizó el pasaporte Covid en determinados casos en la Comunidad de Galicia.

⁷⁴ https://m.focus.de/gesundheit/zweifel-an-verhaeltnismaessigkeit-ex-bundesrichter-zeigen-politik-stoppschild-impfpflicht-fuer-alle-juristisch-kaum-haltbar_id_41147788.html

⁷⁵ Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1) nº. 907/2021, de 23 de diciembre, ponente D. David Ordóñez Solís.

⁷⁶ Estas cifras pueden verse en <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias/2021/12/23/asturias-supera-mil-contagios-24-horas-suma-nueva-muerte/00031640274910141922162.htm>. Allí se dice, además, que el incremento de las cifras de contagios no ha sido seguido de un aumento igual de ingresos.

incidencia en los ingresos en UCI o en el aumento de la mortalidad⁷⁷. Idéntica razón falaz ha dado el TSJ de Andalucía para validar la prórroga del certificado Covid andaluz, para el interior de la hostelería y acceso, como acompañante o visitante, a las UCIs⁷⁸.

El Auto 405/2021, de 6 de agosto, de la Sala de lo contencioso-administrativo en Granada del TSJA, Rec. 1.543/2021, rechazó el pasaporte Covid en locales de ocio nocturno con música en Andalucía porque su extensión temporal fue indefinida, incumpliendo el art. 26.2 LGS, que exige que *la duración de las medidas se fijen para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas*. No cabe, pues, en España, exigir un pasaporte Covid para entrada en determinados locales indefinidamente, habida cuenta que vacunados y no vacunados contagian; pero es que, además, si solo los no vacunados contagiaran (lo que es falso, repetimos) entonces la exigencia del mismo debería ser para un período puntual de tiempo, no pudiendo exigirse siquiera por el tiempo que dure la pandemia, sino cuando quede justificado un “riesgo inminente y extraordinario” dentro de la misma.

La STS 1.112/2021 del TS (sobre el pasaporte Covid en Galicia) consideró en aquel caso que no se vulneraba la proporcionalidad porque el derecho a la libertad de circulación solo se limitaba para los no vacunados en relación con locales de ocio, de entrada voluntaria, donde no se realizan actividades esenciales⁷⁹. No fue eso lo que dijo la anterior STS 3.260/2021, donde el ámbito objetivo del pasaporte Covid en Andalucía era también para locales de ocio nocturno con música, lo que se consideraba un sector completo, muy amplio, conculcando el principio de proporcionalidad. Además, se indica que la medida no es discriminatoria contra los vacunados, desde el momento en que ellos pueden decidir optar por un test de antígenos para acceder a esos lugares

⁷⁷ Así, en el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª) del TSJ Andalucía, sede de Sevilla, procedimiento ordinario 886/2021, de 13 de diciembre, ponente D. Pedro Luis Roas.

⁷⁸ En su Auto de 13 de enero de 2022 la Sala de lo contencioso-administrativo de Granada del TSJA no ha entrado a valorar, como debería haber hecho, si el aumento de casos de ómicron ha supuesto un mayor número de hospitalizaciones o de ingresos graves en UCIs o de la mortalidad, cosa que no se ha producido dado que es una variante muy contagiosa pero de síntomas leves, limitándose a decir que “en el momento actual en que se solicita la prórroga de la medida que entonces autorizamos con vigencia hasta el 15 de enero, por considerarla necesaria, idónea y proporcionada, la situación epidemiológica descrita en el informe que se acompaña a la solicitud justifica la prórroga de la medida, dado el incremento exponencial en la incidencia, y la capacidad de transmisión y contagio que ha revelado la variante dominante Omicron”. Véase <https://www.20minutos.es/noticia/4933669/0/omicron-cambia-logica-pandemia-dispara-contagios-como-nunca-casos-graves-caen-80/>

⁷⁹ Misma argumentación en el Auto (Sala de lo contencioso-administrativo) del TSJ de Cantabria de 9 de diciembre de 2021, en el que autoriza el pasaporte Covid en la Comunidad porque “aluden a actividades no esenciales asociadas de alguna manera al ocio, es decir, a la voluntad del ciudadano que decide hacer uso de estas instalaciones”. Como se ve, este tipo de argumentos es una aporía: se dice que al ser una opción voluntaria ir a bares o restaurantes impedir a un no vacunado entrar en ellos no le afecta en exceso. Pero se obvia que el derecho es un derecho a poder ir, no un derecho a necesitar ir.

restringidos⁸⁰. Y tampoco fue lo que previamente había decidido el Auto (Sala de vacaciones de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 97/2021, de 20 de agosto, en el que, con toda razón, el magistrado ponente D. Juan Sellés Ferreiro expresa que el hecho de que el ejercicio de un derecho sea voluntario no impide que su vulneración sea proporcionada:

“Incide la Administración en la primera parte de su larga solicitud de autorización en que no se afectaría a los derechos fundamentales... porque la exigencia de que venimos hablando se impone para el ejercicio de actividades que son voluntarias... A este respecto, debemos hacer notar que –precisamente– el ejercicio voluntario es lo propio de todo derecho, también deambular por la vía pública durante la noche es una actividad voluntaria y no por ello se ha aceptado que los toques de queda nocturnos no afecten al derecho fundamental a la libertad (en clara referencia a la STC 148/2021, de 14 de julio).” La cursiva es nuestra. (Fdto. Jco. 3º).

Usa también un argumento falaz para ratificar la proporcionalidad de la restricción que supone en el derecho a la intimidad, porque si ese derecho cede ante las investigaciones de la inspección tributaria o de paternidad, “no parece coherente... sin embargo que haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y salud pública como las que acarrea la Covid-19”. Y ello porque esas inspecciones tributarias e investigaciones de paternidad son puntuales en la vida de una persona y no afectan a un dato como la salud, mientras que la imposición del pasaporte covid obligaría a una persona a expresar un dato privado agravado sanitario como es estar o no vacunado, que además es indiferente, como se ha dicho tantas veces, a los efectos de proteger al resto de consumidores y trabajadores de los locales donde se pide de una posible infección, que pueden transmitir tanto vacunados como no vacunados. Así lo ha considerado también el TSJ de Galicia⁸¹.

⁸⁰ Se llega, así, a la paradoja de que los no vacunados son más seguros en este tipo de locales donde se exige el pasaporte Covid que los vacunados, pues aquéllos tienen que hacerse una prueba de antígenos que sí expresa si en realidad esa persona porta o no el virus, mientras que los vacunados pueden portar el virus y, por tener la pauta completa, pueden acceder a esos lugares y contagiar a placer el virus.

⁸¹ El Auto (Sala de vacaciones de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª) del TSJ de Galicia nº. 97/2021, de 20 de agosto, ponente D. Juan Sellés Ferreiro, que decía así en su Fdto. Jco. 3º: “En cuanto a la no afectación del derecho a la protección de datos reservados, porque no se prevé que una determinada información concerniente a la salud sea ni registrada, ni archivada, sino que sólo se exija la exhibición de un documento, este argumento en ningún caso evitaría el riesgo de afectación al derecho de la intimidad, que es más amplio que el de protección de datos personales, pues lo cierto es que se tome o no se tome nota de ello, el cliente ha tenido que desvelar a un tercero una información concerniente a su salud que tenía derecho a mantener reservada para sí y su círculo íntimo.”. En este sentido, la Agencia española de protección de datos consideró que el mero consentimiento de las personas que acceden a locales de ocio no era base jurídica suficiente para que un establecimiento pudiese crear un registro de clientes si la no muestra del pasaporte Covid le impedía el acceso al mismo. Cfr. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Comunicado sobre la recogida de datos personales por parte de los establecimientos”, 31 de julio de 2020: “Para poner en marcha el registro de clientes que acuden a locales de ocio, tratándose de una medida para la contención del coronavirus, debe acreditarse su necesidad por las autoridades sanitarias y tiene que ser obligatoria, ya que si fuera voluntaria perdería efectividad.

En fin, lo único que puede ayudar a discernir ese extremo (y no del todo, en la medida en que supone una foto fija del portador del virus en un momento determinado y no horas después) es una prueba de antígenos vigente, realizada en las últimas 24/48 horas. Por la misma razón es incorrecta la expresión de esta Sentencia 1.112/2021 cuando dice que el pasaporte Covid es "una medida de prevención que actúa sobre personas sanas o que no padecen la Covid-19", puesto que una persona vacunada con pasaporte Covid puede ser portadora del virus y estar infectando con total impunidad a todos los que están dentro de los comercios a los que se entra con dicho pasaporte.

Por vulnerar el principio de igualdad⁸² y la libertad de circulación de los no vacunados (al carecer de fundamento objetivo científico) consideramos necesario interponer un recurso de anulación contra el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE). Recordemos que la Decisión n.º. 2021-824, de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional francés, ha autorizado el pasaporte Covid de vacunación obligatorio para entrar en cines, teatros, museos, gimnasios o en otras actividades de ocio, bares (también en terrazas), restaurantes, centros comerciales, hospitales y en los viajes en avión, tren y autobús de larga distancia. Y que, en Italia, Mario Dragui ha aprobado la imposición del *supergreen pass* (solo conseguible mediante la vacuna) incluso para que los mayores de 50 años puedan acceder a sus puestos de trabajo, so pena de perder el sueldo. Ambas medidas carecen de fundamento científico y son aberrantes.

Finalmente, en su STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 1 de diciembre de 2021, n.º. 1.412/2021, rec. de casación 8.074/2021, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, el TS cambia su posición respecto a su STS 3.260/2021, sin argumentación suficiente, pues ahora

Adicionalmente, si se acudiera a la base jurídica del consentimiento, para poder apreciar un consentimiento libre, sería necesario que no se derivara ninguna consecuencia negativa, es decir, que no se impidiera la entrada al establecimiento... En consecuencia, no sería necesario solicitar el nombre y los apellidos, que serían innecesarios para la finalidad de avisar a los posibles contactos, y en ningún caso es necesaria la identificación mediante el DNI por ser desproporcionada.”.

⁸² Cfr. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L., “La tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal en el horizonte post COVID-19. Nuevos compromisos para las Administraciones públicas”, en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, n.º. 55/2021 considera que la exigencia de pasaportes Covid choca con el derecho a la privacidad de las personas, que no cumple con el requisito de la idoneidad o la eficacia (porque a nivel científico se ha demostrado que se producen reinfecciones en los vacunados) y una apuesta por la desigualdad, por la aparición de nuevas fuentes de estigmatización de ciertos sectores de la sociedad, el aumento de los riesgos y la desigualdad de trato.

aquí dijo que la afectación a los derechos fundamentales de las personas no vacunadas es proporcionada “porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia” (cuando desde entonces todos los datos de contagio de la variante ómicron se habían disparado, sobre todo entre los vacunados, que accedían libremente al interior de los locales y allí se contagian unos de otros, lo que ha sido confirmado por los estudios científicos más recientes, véase el de Günter Kampf publicado en el Volumen 11, 100272, diciembre 01, 2021, en *The Lancet*, arriba citado), “mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad”.

Precisamente, como señala el Auto del TSJPV del que trae causa esta Sentencia, la existencia de un porcentaje de personas completamente vacunadas en el País Vasco es razón suficiente para no tener que exigir pasaporte Covid... Y el dato del aumento de contagios igualmente, porque se prueba que las vacunas no son eficaces. Todo eso hace que sea desproporcionado pedir el pasaporte, por la afectación grave del derecho a la igualdad, libertad de circulación y de reunión de las personas no vacunadas. La libre circulación, evidentemente, queda dañada cuando se le impide a un grupo de personas el acceso a los locales de ocio y restaurantes de más de 50 comensales y eso no lo salva el hecho de que se puedan moverse por el resto del territorio español, de lo que quiere convencernos en su Fdto. Jco. 3º.

El Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrera Raimundo firmó un voto particular demoledor, más aún que el presentado en la STS 1.112/2021, argumentando con todo lujo de detalles que la ocupación de camas en UCI es un dato irrelevante si no se dice cuántas camas UCI tiene en total una Comunidad Autónoma, porque ése sería el verdadero dato que nos da una idea de la tasa de ocupación o de colapso del sistema sanitario de la misma. Expresa también que no se tiene en cuenta en la STS 1.412/2021 lo dicho en la STS 3.260/2021, donde se rechazó el pasaporte Covid por falta suficiente de motivación (de hecho, en el País Vasco, señala el Magistrado, hubo momentos con peor incidencia Covid y no por eso se tomó la decisión de imponer el pasaporte) y porque los contagiados contagiaban igual que los no contagiados. La prueba es que el País Vasco, al solicitar la implementación de esta medida, no consideró la enfermedad como de emergencia sanitaria desde las 00:00hs del 7 de octubre de 2021. Y además, el pasaporte Covid en el País Vasco no ha quedado limitado en su vigencia temporal, por lo que debió ser rechazado, como se hizo con el andaluz en la STS 3.260/2021. Finalmente, y esto es muy importante, considera el Magistrado que la alusión al Reglamento (UE) 2021/953 no era razón suficiente para justificar la imposición del pasaporte Covid en una Comunidad Autónoma, porque esas medidas deben pasar el control de proporcionalidad en nuestro Estado, que ejercen los TSJ y el TS.

Un ejemplo de clara desproporcionalidad en la limitación de un derecho es la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, sobre Medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, en cuyo art. 4.2, b se exigía el pasaporte Covid en las celebraciones nupciales, comuniones, bautizos, confirmaciones y otras celebraciones sociales, familiares, religiosas o civiles, que pudieran tener lugar en establecimientos de hostelería y restauración. Esto motivó que por Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2021 se suspendiera la vigencia de esa exigencia porque, a juicio del Tribunal, “adolece de tal inconcreción y se aparta de cualquier parámetro objetivo para su exigencia que es merecedora de la suspensión”, porque “no parece que se atenga a la reiterada justificación del Gobierno de Aragón, de limitar esta medida a las grandes reuniones de personas, pues afecta a cualquier reunión, con independencia del número de asistentes”⁸³. Y en tercer lugar, porque “no se entiende por qué la Administración se ha separado de un módulo objetivo, como puede ser el número de personas reunidas, como se hacía con anterioridad, para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, ni haga mención alguna a convivientes y no convivientes. Y ello, verbigracia, a diferencia de medidas análogas como las del País Vasco, que se imponen en establecimientos de más de 50 comensales”.

IV. ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DEL PASAPORTE COVID EXIGIDO A NIVEL AUTONÓMICO PARA ACTIVIDADES PUNTUALES

Nuestro Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la exigencia del pasaporte Covid para determinados actos puntuales, fuera del estado de alarma.

Pero sí ha ocurrido así a nivel autonómico, de forma que las Salas de lo contencioso-administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia sí han podido pronunciarse para ratificar o rechazar la exigencia de pasaporte Covid para determinados actos, celebraciones, manifestaciones o conciertos que implicaban la presencia de un elevado número de personas.

⁸³ Cfr. COTINO HUESO, L., “Los toques de queda, confinamientos territoriales, prohibiciones de pequeñas reuniones y de actividades y horarios en la contención del COVID-19. Su polémica adopción bajo la legislación de salud o el estado de alarma y propuestas de futuro”, en *Revista Administración & Ciudadanía*, EGAP, Vol. 16_núm. 1/2021, págs. 181-182 considera inconstitucionales las restricciones a las pequeñas reuniones. También consideró inconstitucional el primer estado de alarma, por considerar, como luego hizo el Tribunal Constitucional, que se estaban suspendiendo derechos, no solo restringiéndolos. Cfr. COTINO HUESO, L., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pág. 93.

Tal fue el caso del Auto 334/2021 del TSJ de Murcia (Sala de lo contencioso-administrativo), de 1 de octubre de 2021, en el que quedó ratificada la validez de exigir el pasaporte Covid a la entrada del Festival de música rock *Warm up Days Estrella de Levante*, a celebrar entre los días 8 a 11 de octubre de 2021, remitiéndose a la STS 1.112/2021, ya comentada arriba, en la que el TS había autorizado la exigencia de pasaporte Covid en Galicia para acceder al ocio nocturno y restaurantes. Pero hay que decir que tanto esa Sentencia como las otras dos comentadas (la 3.260 y la 1.412 del 2021, sobre pasaporte Covid en Andalucía y País Vasco) no son un parámetro correcto de comparación para este tipo de casos, ya que en aquéllas se analiza la afectación proporcionada o no de derechos fundamentales por la exigencia de pasaporte Covid durante un período de tiempo más o menos largo, en el que los derechos de los no vacunados pueden verse más afectados que cuando se exige puntualmente para un evento concreto, para el que un no vacunado podría hacerse, sin mucho costo económico, un test de antígenos previo.

Por tanto, más correcto sería que la Sala de Murcia buscara un parámetro de constitucionalidad para el ejercicio puntual de un derecho fundamental concreto durante la vigencia del Covid.

Y esto lo tenemos en el Auto del TC nº. 40/2020, de 30 de abril, que consideró constitucional rechazar la petición sindical de realizar una manifestación por el 1 de mayo del año 2020, día del trabajador, pero a realizar mediante una marcha de coches en Vigo, con una persona por vehículo, de un determinado recorrido. En este caso el TC consideró que la denegación de la misma por la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra era constitucional porque este tipo de marchas no estaba permitido por el art. 7.2 del Real Decreto que declaró la vigencia del primer estado de alarma en España (RD 463/2020, de 17 de marzo). Pero teniendo en cuenta que este estado de alarma fue declarado inconstitucional por la comentada STC 148/2021, por entender que en realidad había suspendido, entre otros, los derechos fundamentales de libertad de circulación y el de reunión, parece evidente que ese Auto del TC era también inconstitucional conforme a esa lógica, pues incluso durante el estado de alarma no pueden suspenderse los derechos fundamentales, necesitándose declaración de estado de emergencia o de sitio (art. 55.1 CE).

Y eso es contradicho por el Auto 40/2020, por suspender el derecho de manifestación, al impedirlo en cualquiera forma en que se pretendiese, y no haberlo permitido con las restricciones que el propio sindicato se había planteado: hacerla en coches y con una

única persona dentro, lo que evitaba al 100% los contagios. Además, recordemos que el derecho de manifestación no exige autorización es uno de los más importantes de nuestra CE, no exigiendo para su ejercicio una previa autorización sino una mera comunicación previa por parte de los convocantes a la autoridad competente, “que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. Pues bien, conforme a la forma en que los organizadores planteaban realizar la manifestación, con todas las garantías indicadas, la prohibición de su realización equivalía a una suspensión del derecho, en clara contradicción con la ratio iuris de la STC 148/2021.

El Auto 40/2020 se agarra para ello a la STEDU en el Caso *Cisse* contra Francia, de 9 abril 2002, que no es en realidad aplicable al caso sin forzar las circunstancias pues en el caso *Cisse* realmente había un peligro para la salud pública desde el momento en que las 200 personas encerradas dentro de una Iglesia para protestar por su situación legal como inmigrantes en Francia, por lo que procedía su evacuación. Mientras que en la manifestación mediante coches en Vigo el contagio era imposible.

Además, el Auto 334/2021 TSJ de Murcia contradice la STS 1.412/2021 (pasaporte Covid en el País Vasco) pues allí se dijo que se autorizaba no exigir pasaporte Covid a los trabajadores y camareros de locales de ocio y restauración porque ellos no lo necesitaban, ya que no se iban a quitar la mascarilla durante toda su jornada laboral, mientras que sí era válido pedirlo a los clientes porque ellos sí se la tenían que quitar para comer y beber, con el subsiguiente riesgo de contagio⁸⁴. E incluso el argumento aquí se podría usar *a fortiori* porque mientras que en el caso del pasaporte Covid en Galicia se exigía para el interior de locales en este festival de música la mascarilla era obligatoria al aire libre, lo que, por sí mismo, hubiera conjurado la necesidad de pedir

⁸⁴ La exigencia de pasaporte Covid a los trabajadores, como ha ocurrido en Italia o en Francia, no sería posible en España, como ha demostrado VIDAL, P., “¿“Pasaporte Covid” para acceder al centro de trabajo?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº. 978/2021, parte Comentario, pues el único precepto que trata la cuestión desde el plano estrictamente laboral es el artículo 8.3 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, destinado a puestos de trabajo expuestos a virus como consecuencia de la propia actividad laboral (supuestos tasados y concretos). Allí se contempla la obligatoriedad empresarial de “ofrecer” la vacuna, pudiendo los destinatarios aceptar o rechazar tal ofrecimiento, con plena libertad. Sobre la posibilidad de que la empresa realice un tratamiento de los datos relativos al estado vacunal de sus trabajadores (para impedir la entrada al centro de trabajo a los no vacunados, por ejemplo) podría acarrear problemas graves desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, tal y como ha dictaminado la propia Agencia Catalana de Protección de Datos (APDCAT) en dictamen de 6 de agosto de 2021, señalando que para poder tratar los datos relativos del estado vacunal de la Covid-19, sobre la base de los artículos 6.1.c) y 9.2.i) RGPD, sería necesario que las autoridades en materia de salud pública establecieran alguna decisión en tal sentido. Además, como dice el Considerando 43 RGPD, no se puede considerar que el consentimiento sea libre cuando existe una posición de desequilibrio entre las partes, siendo “muy poco probable que el consentimiento constituya una base jurídica para el tratamiento de datos en el trabajo” (Dictamen 2/2017 Grupo de Trabajo Artículo 29).

certificado de vacunación. Si la exigencia de pasaporte se derivara del hecho de que en esos festivales se pueden consumir comidas y bebidas lo lógico sería pedirlo solo para las personas que las quisieran consumir en recintos interiores⁸⁵.

Finalmente, hemos sabido que para entrar al festival los asistentes tenían que presentar prueba de antígenos negativo con menos de 24 horas, algo que sí es eficaz para saber quién porta el virus o no. Pero la lógica detrás de esta medida debiera haber hecho ineficaz la exigencia de pasaporte Covid, algo que, sin embargo, no ha ocurrido, exigiéndose vacunación completa junto con ese test de antígenos, lo cual es absurdo, porque tener la pauta de vacunación completa no añade ningún factor de protección al test de antígeno negativo.

En Aragón la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Zaragoza dictó Auto de 3 de diciembre de 2021 por el que validó la exigencia de certificado Covid en los eventos de cualquier naturaleza que reúnan a más de quinientos asistentes en lugar cerrado o mil asistentes en espacio abierto (art. 4.2 c de la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, sobre medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón). Como se ve, se presume que en los espacios abiertos puede haber contagio, lo cual parece no ser correcto, en atención a las noticias científicas que nos dicen que éste se produce por aerosoles⁸⁶, peligro que quedaría conjurado con una medida menos lesiva como el empleo de mascarilla.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

KARL LOEWENSTEIN nos advirtió del peligro del derecho de emergencia o de crisis. O, mejor dicho, de los Gobiernos que los manejan, que pueden aprovechar el pánico social para imponer políticas liberticidas. Tras la caída de la República de Weimar a manos del nacionalsocialismo, que le forzó a exiliarse en EE.UU, dijo en uno de sus grandes libros: «El mayor peligro inherente a cualquier gobierno de crisis es que hombres egoístas puedan pervertirlo para sus fines⁸⁷». Parafraseando al famoso filósofo y jurista alemán, otro constitucionalista, en este caso el español PABLO FERNÁNDEZ

⁸⁵ Ésa fue la *ratio iuris* de la exigencia de pasaporte Covid impuesto por Acuerdo del Consejo de Gobierno de La Rioja de 15 de diciembre de 2021: para eventos multitudinarios de carácter cultural en espacios interiores con consumición de comida y bebida de más de 1.000 personas. Se estaba pensando en los cotillones de Navidad o fin de año, claro, en lugares cerrados.

⁸⁶ <https://elpais.com/especiales/coronavirus-covid-19/un-salon-un-bar-y-una-clase-asi-contagia-el-coronavirus-en-el-aire/> o <https://www.asepeyo.es/blog/seguridad-laboral/aerosoles-contagio-covid-19/> o <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2021/08/27/6127df0d21efa0c81c8b45d2.html>

⁸⁷ Cfr. LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, editorial Ariel, Barcelona, 2.ª edición, 1986 pág. 286. La obra original es de 1957.

DE CASADEVANTE MAYORDOMO afirma también que “ante la emergencia constitucional, no puede valer todo”⁸⁸.

Lo que no es desde luego lícito es que so pretexto de recuperar la normalidad el poder ejecutivo pretenda imponernos una “nueva normalidad” en la que se puedan seguir vulnerando nuestros derechos hasta que el Gobierno lo decida (PIÑAR MAÑAS⁸⁹). Por ejemplo, imponiéndonos un pasaporte de identidad digital con el que tenemos controlados y para cuya tenencia se exijan determinados requisitos de vacunación, lo que convertiría en auténticos parias y marginados sociales a los que, por razones religiosas, por descreencia de esta Ciencia médica actual de los laboratorios, o por sospecha de los múltiples efectos secundarios gravísimos de la poco testada técnica del ARN mensajero, denunciadas por uno de sus inventores, el Dr. Robert Malone, decidan no ceder.

Tras adentrarnos en esta investigación, después de haber leído todos los pronunciamientos judiciales relativos al pasaporte Covid, podemos concluir que:

1. A medida que pasaba el tiempo, la adhesión inicial casi incondicional de los TSJ a los pasaportes o prórrogas de los mismos ha ido desapareciendo.
2. Algunas Salas comenzaron a sospechar de la inutilidad del pasaporte Covid porque las tasas de contagio seguían subiendo a pesar de imponerlos durante meses. Finalmente, CC.AA. como Cantabria lo han desechado por inútil, y también, en enero de 2022, la Ponencia de Alertas del Ministerio de Sanidad. Lo mismo ha ocurrido con otros países como Inglaterra, Francia, Israel, Dinamarca, etc.
3. Las tres Sentencias del TS sobre pasaporte Covid son contradictorias entre sí.
4. Se ha producido un casuismo intolerable en materia de pasaportes Covid en las distintas CC.AA. Hemos llegado incluso al paroxismo de que a veces unas Comunidades Autónomas lo exigían y otras no en los mismos tipos espacios o locales o servicios, con idénticas tasas de incidencia.
5. En algunas CC.AA. todos los establecimientos de restauración necesitaban pasaporte en su interior, mientras que en otras, para restaurantes con más de un determinado número de comensales y en otros casos (v. gr., Auto 17-12-21 de La Rioja) lo han eximido, por ejemplo, para los comedores de empresa y los

⁸⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., “Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional”, en RVAP, núm. 119. Enero-Abril 2021, pág. 61.

⁸⁹ Cfr. PIÑAR MAÑAS, J. L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post Covid-19”, en BLANQUER, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 182.

universitarios. Sin razón aparente. Y esas divergencias sangrantes se han dado en muchos más casos.

6. Todos los pasaportes autonómicos han sido autorizados (salvo en el caso gallego de acceso a la hostelería, por Auto 97/2021, del TSJG, de 20 de agosto de 2021 y en caso del pasaporte aragonés, cuya vigencia se limitó hasta el 8 de enero de 2022), apartándose de la STS, Sala de vacaciones, 3.260/2021. Las Salas de lo contencioso-administrativo de los distintos Tribunales Superiores de Justicia deberían haber entrado a analizar, con otros informes periciales, la veracidad de los Informes autonómicos y la suficiencia o no de las bases científicas en las que se basaban. El Ministerio Fiscal, que solo fue renuente al pasaporte Covid en el caso andaluz, no lo ha sido en los demás casos (un poco en Galicia solo). Salvo Andalucía, Galicia y PV, no se han recurrido los pasaportes Covid autorizados por los TSJ al TS y eso nos induce a la melancolía, porque los grupos políticos autonómicos han callado ante semejante atropello. Parece evidente que ha existido mucho miedo de los Tribunales Superiores de Justicia a apartarse de los informes científicos y de los Acuerdos de Gobierno autonómicos, lo que les ha llevado a fallar, en la mayoría de los casos, que la exigencia del pasaporte Covid era idónea, necesaria y proporcional, remitiéndose de manera acrítica a los informes médicos (Murcia, La Rioja, Ceuta...). En esta investigación hemos probado que esas tres notas del juicio de proporcionalidad no se daban nunca en relación con los distintos pasaportes Covid.
7. Todos los Autos de los TSJ han repetido como papagayos las fallidas argumentaciones de las SSTS 1.112 y 1.412, sin añadir nada nuevo.

Tras estudiar a fondo la materia, desde el punto de vista jurídico y el científico, consideramos que los pasaportes Covid no deberían haber sido impuestos. Y, en todo caso, deberían haber sido prescritos por el Ministerio y ser ratificados por el TS, para toda España, sobre las competencias del 149.1, 1ª y 29ª CE, en la medida en que ello ha afectado de forma grave derechos fundamentales como la libertad de circulación, la igualdad, la libertad y la intimidad.

Bibliografía jurídica citada

ALENZA GARCÍA, J. F., “La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la Administración”, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (directores), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en derecho sanitario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor, 2013.

ALONSO TIMÓN, A. J., “La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021”, en *Revista de Administración Pública*, nº. 216.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Las pandemias en la Estrategia de Seguridad Nacional”, en *Diario del Derecho Iustel*, edición de 7 de abril de 2022.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte covid en un país carente de una legislación antipandemias”, en *Diario del Derecho de Iustel*, ISSN 2254-1438, edición de 10/01/2022.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, nº. 135, 1994.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19”, en *Revista de Administración Pública*, nº. 216, 2021.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, en *Derecho y salud*, vol. 22, nº. extra °, enero-junio, 2012.

BOMBILLAR SÁENZ, F. M., “Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del Covid-19”, en ATIENZA MACÍAS, E. y RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (directores), *Las respuestas del Derecho a la crisis de la salud pública*, Dyckinson, Madrid, 2020.

COTINO HUESO, L., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.

COTINO HUESO, L., “Los toques de queda, confinamientos territoriales, prohibiciones de pequeñas reuniones y de actividades y horarios en la contención del COVID-19. Su polémica adopción bajo la legislación de salud o el estado de alarma y propuestas de futuro”, en *Revista Administración & Ciudadanía*, EGAP, Vol. 16_ núm. 1/2021

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L., “La tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal en el horizonte post COVID-19. Nuevos compromisos para las Administraciones públicas”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº. 55/2021.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., “Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional”, en *RVAP*, núm. 119. Enero-Abril 2021.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, editorial Ariel, Barcelona, 2.^a edición, 1986.

LÓPEZ TESTA, D., “Derecho a la autodeterminación en pandemia”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., GARCÍA OLIVA, J., MARTÍNEZ CRUZ, J. y MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Derecho y pandemia desde una perspectiva global*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2021.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo”, en Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado (Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social), enero 2021, nº. 2.

PÉREZ MORENO, A. y PÉREZ ANDRÉS, A. A., “La utilización de la figura del RDL para la limitación de derechos en lugar de la prórroga del estado de alarma. El permiso obligatorio retribuido. Límites de los Reales Decretos-Leyes o al ser excepcionales, ¿todo vale?”, en MOROTE SARRIÓN, J. V. (director) y DEL SAZ, S. (coordinadora), *El impacto del Covid-19 en las instituciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch-Andersen, Madrid, 2020.

PIÑAR MAÑAS, J. L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post Covid-19”, en BLANQUER, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PRESNO LINERA, M. Á., “Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19”, en Revista Administración & Ciudadanía, EGAP, Vol. 15, núm. 2/2020.

REVENGA SÁNCHEZ, M., “La pandemia y el derecho a la intimidad”, en Revista Catalana de Dret Públic, Nº. Extra 3, 2020 (Ejemplar dedicado a: Especial sobre el dret en temps d'emergència sanitària).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Notas sobre el ejercicio de potestades normativas en tiempos de pandemia”, en BLANQUER, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

TAJADURA TEJADA, J., “El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, en R.V.A.P. núm. 120, mayo-agosto 2021.

VELASCO CABALLERO, F., “Libertades públicas durante el estado de alarma por la Covid-19”, en BLANQUER, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

VIDAL, P., “¿“Pasaporte Covid” para acceder al centro de trabajo?”, en Actualidad Jurídica Aranzadi nº. 978/2021.

Bibliografía científica citada

CATHERINE M. BROWN; JOHANNA VOSTOK ET ALTER, “Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings — Barnstable County, Massachusetts, July 2021” (Brote de infecciones por SARS-CoV-2, incluidas las infecciones por avance de la vacuna COVID-19, asociado con grandes reuniones públicas — Condado de Barnstable,

Massachusetts, julio de 2021)", en Morbidity and Mortality Weekly Report, *Weekly / August 6, 2021 / 70(31);1059-1062*, CDC.

CHARLOTTE B. ACHARYA, JOHN SCHROM, ANTHEA; M. MITCHELL, DAVID A. COIL, CARINA MARQUEZ, SUSANA ROJAS, CHUNGYU WANG, JAMIN LIU , GENAY PILAROWSKI, LESLIE SOLIS, ELIZABETH GEORGIAN, MAYA PETE RSEN, JOSEPH DERISI, RICHARD MICHELMORE, DIANE HAVLIR, "No Significant Difference in Viral Load Between Vaccinated and Unvaccinated, Asymptomatic and Symptomatic Groups When Infected with SARS-CoV-2 Delta Variant", en Medrxiv Review.

GUNTER KAMPF, "COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified", en The Lancet, Volume 398, Issue 10314, P1871, November 20, 2021.

GÜNTER KAMPF, "The epidemiological relevance of the COVID-19-vaccinated population is increasing", en The Lancet Regional Health Europe, VOLUME 11, 100272, December 01, 2021.

IIVO HETEMÄKI, SOHVI KÄÄRIÄINEN, PIRJO ALHO, JANNE MIKKOLA, CARITA SAVOLAINEN-KOPRA, NIINA IKONEN, HANNA NOHYNEK, OUTI LYYTIKÄINEN, "An outbreak caused by the SARS-CoV-2 Delta variant (B.1.617.2) in a secondary care hospital in Finland, May 2021", en Eurosurveillance, Volume 26, Issue 30, 29/Jul/2021.

KASEN K. RIEMERSMA, BRITTANY E. GROGAN, AMANDA KITA YARBRO, PETER HALFMANN, ANNA KOCHARIAN, KELSEY, R. FLOREK, RYAN WESTERGAARD, ALLEN BATEMAN, GUNNAR E. JEPSON, YOSHIHIRO KAWAOKA, DAVID H. O'CONNOR, THOMAS C. FRIEDRICH, KATARINA M. GRANDE, "Shedding of Infectious SARS-CoV-2 Despite Vaccination", en Medrxiv Review.

NGUYEN VAN VINH CHAU, NGHIEM MY NGOC ET ALTER, "Transmission of SARS-CoV-2 Delta Variant Among Vaccinated Healthcare Workers, Vietnam", en Preprints with The Lancet, 11 de octubre de 2021.

PNINA SHITRIT, NETA S ZUCKERMAN, ORNA MOR, BAT-SHEVA GOTTESMAN, MICHAL CHOWERS, "Nosocomial outbreak caused by the SARS-CoV-2 Delta variant in a highly vaccinated population, Israel, July 2021", en Eurosurveillance, Vol. 26, Issue 39, 2021.

SIVAN GAZIT, ROEI SHLEZINGER, GALIT PEREZ, RONI LOTAN, ASAF PERET Z, AMIR BENTOV, DANI COHEN, KHITAM MUHSEN, GABRIEL CHODICK, TAL PATALON, "Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-induced immunity: reinfections versus breakthrough infections", en Medrxiv Review.