

PASAPORTE COVID A EXAMEN.
NUDGING Y DERECHOS
FUNDAMENTALES

GUILLERMO A. MORALES SANCHO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PROBLEMAS QUE EL CERTIFICADO PLANTEA. III. LA HABILITACIÓN LEGAL INVOCADA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. 1. La doctrina de las «limitaciones puntuales» por ley ordinaria. 2. La colaboración internormativa. 3. El mandato de determinación (*Bestimmtheitsgebot*). IV. PROPORCIONALIDAD DE LA INJERENCIA. 1. Fin legítimo. 2. Idoneidad. 3. Necesidad. 4. Ponderación. a) Igualdad. b) Integridad física, libertad ideológica y religiosa. c) Intimidad personal. d) Protección de datos. e) Libertad de circulación, de reunión y artística. f) Libertad de empresa. 5. Conclusión del examen de proporcionalidad. V. *VACCINE-NUDGING*. 1. Naturaleza jurídica del certificado. a) *Nudging*. b) ¿Ejercicio antisocial de un derecho? c) ¿Cumplimiento de la función social intrínseca a un derecho fundamental? 2. Justificación del certificado como medida de estímulo. a) Eficacia de la vacuna. b) Seguridad de la vacuna. c) Conclusión. 3. Consentimiento informado y campaña de vacunación.

Fecha recepción: 05.05.2022
Fecha aceptación: 06.09.2022

PASAPORTE COVID A EXAMEN. *NUDGING* Y DERECHOS FUNDAMENTALES

GUILLERMO A. MORALES SANCHO¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde que la Comunidad Autónoma gallega consiguiera el 14 septiembre la aprobación del pasaporte COVID² Navarra, País Vasco, Cataluña, Aragón, Murcia, Canarias, La Rioja, Baleares, Asturias, Andalucía, Cantabria, la Comunidad Valenciana, Ceuta y Melilla adoptaron medidas similares³. Aunque con distintos matices, los modelos exigían⁴ la presentación del certificado COVID para acceder a: establecimientos de ocio y restauración; residencias y hospitales (Andalucía, La Rioja, Galicia, Asturias, Navarra, Aragón, Cataluña, País Vasco, Comunidad Valenciana, Ceuta⁵ y Melilla) y a la Comunidad Autónoma (Canarias y Baleares).

Dicho certificado puede obtenerse de tres modos diferentes: con pauta completa de vacunación, con una prueba diagnóstica negativa (PCR con validez de 72 horas o test de antígenos con 24 horas de vigencia) o acreditación de haber superado la enfermedad en los últimos seis meses. Como las propias órdenes de las Consejerías

¹ Profesor visitante Wilhelm Westfälische Universität Münster; Profesor ayudante, Doctor en Derecho Constitucional. Universidad de Navarra, ed. Ismael Sánchez Bella, 2530, Campus UNAV s/n, 31009, Pamplona, Navarra, gmoraless@unav.es, <https://orcid.org/0000-0003-0197-9671>.

² STS Sala 3ª 1112/2021 que resuelve el recurso de casación contra la denegación de la autorización de las medidas limitativas de derechos fundamentales (ATSJ Galicia Sala de lo Contencioso 97/2021 de 20 de agosto) apartándose de su jurisprudencia inmediatamente anterior (STS Sala 3ª 1103/2021 de 18 de agosto).

³ MARINERO PERAL, Á. M., *COVID-19 Derecho Autonómico. Edición actualizada a 4 de marzo de 2022*, BOE, Madrid, 2022, fecha de consulta en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=396_COVID-19_Derecho_Autonómico&tipo=C&modo=2.

⁴ En la Región de Murcia, en cambio, el certificado era voluntario para el titular del establecimiento que desee permitir el aforo completo (art. 4.5 Orden de 30.11.2021 de la Consejería de Salud).

⁵ En el caso de Ceuta, sin embargo, las visitas a personas no vacunadas internas en una residencia se condicionaban a la vacunación completa o prueba diagnóstica negativa del visitante (Art. XII.II.B) Decreto del Consejero de Sanidad, Consumo y Gobernación de la Ciudad de Ceuta de 25 de octubre de 2021).

de Salud recogen en sus exposiciones de motivos, esta exigencia pretende frenar la propagación del virus así como conminar a los no vacunados a cambiar de parecer so pena de ser excluidos de ciertas actividades o soportar la molestia recurrente y la carga económica de someterse a tests que incluyan pasaporte europeo⁶.

Pues bien, siguiendo el modelo de autorización judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales⁷ introducido por la DF 2.2 de la Ley 3/2020, las dispares soluciones de los TSJ⁸ han venido a ser uniformadas por la jurisprudencia del TS sobre el pasaporte COVID gallego y vasco (SSTS Sala 3^a 1112 y 1412/2021), y la medida se generalizó⁹ a partir de diciembre de 2021.

II. PROBLEMAS QUE EL CERTIFICADO PLANTEA

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, son muchos los interrogantes que dicha medida comporta. Su análisis se estructura siguiendo el test que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando a este tipo de injerencias iusfundamentales, a saber, predeterminación legal de la medida limitativa de derechos y examen de proporcionalidad de la restricción.

Al ser varios los derechos fundamentales afectados —igualdad (art. 14 CE), integridad física (art. 15 CE), libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), intimidad (art. 18.1 CE), protección de datos (18.4 CE), libertad de circulación (art. 19 CE), libertad de empresa (art. 38 CE)— se analiza en primer término la habilitación legal de las medidas y posteriormente se aborda el examen de proporcionalidad.

⁶ Los precios oscilan entre 115-180 euros para PCR y 40-75 antígenos. Cfr. ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, «Test COVID 19: tipos, utilidad, ventajas», 2020, fecha de consulta 14 diciembre 2021, en <https://www.ocu.org/salud/medicamentos/consejos/test-covid-19>.

⁷ Sobre dicho modelo de autorización judicial de medidas limitativas de derechos (arts. 10.8 y 80.1 LJCA) no sólo se han pronunciado autorizadas voces de nuestra doctrina mostrando sus reparos, sino que ha sido declarado inconstitucional STC 70/2022. Cfr. ARAGÓN REYES, M., «Epílogo», en Paloma Biglino Campos, Juan Fernando Durán Alba (eds.) *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Universidad de Valladolid, Zaragoza, 2021, pp. 575-577; GARCÍA MAJADO, P., «Libertad de circulación de las personas, leyes de policía sanitaria y Covid-19», *Revista de Derecho Político*, vol. 113, 1, 2022, p. 145, quien recoge a todos los autores en la nota al pie 50.

⁸ Los de Andalucía, Galicia y País Vasco denegaron la autorización del pasaporte COVID mientras que la concedieron los de Baleares, Cantabria, Cataluña, Canarias y la Comunidad Valenciana. Tras la jurisprudencia del TS sobre el certificado gallego y vasco, el TSJ de Andalucía cambió de parecer y concedió la autorización para Melilla y Andalucía incluyendo residencias y hospitales.

⁹ A excepción de las CCCAA de Madrid, Castilla y León, Extremadura y Castilla-La Mancha.

III. LA HABILITACIÓN LEGAL INVOCADA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Es pacífico que el certificado COVID restringe derechos fundamentales. Si no hubiera tal limitación iusfundamental, no se acudiría al procedimiento de autorización previsto en los arts. 10.8, 87 ter y 122 *quater* LJCA, diseñado para aquellas medidas que «impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.»

En particular —aunque no exclusivamente—, exigir información sanitaria —si uno está vacunado, no está infectado o ha superado la enfermedad recientemente—, supone una restricción (limitación) de la intimidad personal (art. 18.1 CE), pues «[r]esulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma.»¹⁰

Es también ampliamente aceptado que toda injerencia (restricción) en un derecho fundamental¹¹ de los señalados en el art. 81.1 CE exige ley orgánica «cuando se acometa un desarrollo directo —global o de sus aspectos esenciales— del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales, [...] lo que acontece, señalamos, cuando el legislador incide en la ‘regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas’»¹² y cuando entrañe el «establecimiento de restricciones o límites» iusfundamentales¹³.

1. La doctrina de las «limitaciones puntuales» por ley ordinaria

El TS, sin embargo, en su reciente jurisprudencia entiende que: «con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque

¹⁰ STC 159/2009 FJ 3 a).

¹¹ Sobre el concepto de injerencia iusfundamental, en particular, HILLGRUBER, C., «§ 200 Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff», en Josef Isensee, Paul Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IX, 3, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 1014-1030; SACHS, M., «§ 78 Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit», en Klaus Stern (ed.) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, C. H. Beck, München, 1994, pp. 104-204.

¹² STC 86/2017 FJ 7 a).

¹³ STC 140/1986 FJ 5 (respecto al derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE y la necesidad de ley orgánica para su privación), STC 101/1991 FJ 2 (referida a la libertad sindical del art. 28.1 CE y la exclusión de actividades sindicales en el centro de trabajo), STC 173/1998 FJ 7 (sobre el derecho de asociación del art. 22 CE) y STC 132/2010 FJ 3 (referida a la libertad personal ex art. 17.1 CE).

al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial artículo 53.1 de la Constitución). *Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos.* Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999.»¹⁴

Esta precisión del TS resulta problemática por varios motivos.

A) En primer lugar, ciertamente no es fácil deslindar el desarrollo de un derecho fundamental de la regulación de su ejercicio y, por tanto, determinar con precisión el contenido reservado a ley orgánica. Con todo, se deduce de la jurisprudencia constitucional citada que el contenido básico o nuclear del derecho incluye: a) dentro del «ámbito subjetivo»: al titular y al obligado iusfundamental (por regla general el poder público) y b) dentro del «ámbito objetivo», en el caso de los derechos de defensa, el conjunto de comportamientos excluidos de la intromisión estatal.

Como es sabido, la definición de dicho contenido tiene siempre un carácter analógico, esto es, hay conductas (o bienes) que conforman el «caso central» y otras que constituyen casos periféricos que quedarán menos tuteladas cuanto más se alejen del caso focal¹⁵. Por ejemplo, respecto de la libertad de expresión, recibe mucha más protección la crítica política que la prensa sensacionalista¹⁶.

Pues bien, a la hora de analizar si una injerencia iusfundamental desarrolla o no el derecho fundamental, hemos de acudir a este tipo de razonamiento sobre el supuesto de hecho iusfundamental (*Grundrechtstatbestand*)¹⁷. Por ejemplo, excluir a

¹⁴ STS Sala 3ª 719/2021 FJ 4 D). Anticipada por un importante sector doctrinal, cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste*, Iustel, Madrid, 2022, pp. 73, 140-143, 168-172; NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Vacunación generalizada y Estado autonómico», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, vol. 93-94, 2021, p. 100.

¹⁵ FINNIS, J. M., *Natural Law and Natural Rights*, 2, Oxford University Press, 2011, pp. 9-18.

¹⁶ «La doctrina del TC durante estos treinta años ha dibujado a partir de la definición del objeto del art. 20.1.a) y d) CE y de los criterios empleados para establecer la interrelación con sus límites una especie de «vara de medir» conceptual. [...] Cuanto más nos acerquemos al extremo del insulto y la mentira, ninguna o menor será la tutela constitucional del mensaje frente a otros derechos y bienes constitucionales; y, por el contrario, más irresistible será su protección cuanto más se acerque a lo que democráticamente el TC considera valioso para el proceso de comunicación pública libre y plural [...]». VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La libertad de expresión», en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde (eds.) *Comentarios a la Constitución Española: LX aniversario*, vol. I, 2, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 588.

¹⁷ CASAL H, J. M., «¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 82, 1, 2008; ISENSEE, J., «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en Josef Isensee, Paul Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IX, 3, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 435-437; SACHS, M., «§ 77 Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte», en

personas no vacunadas de la libertad de circulación mediante un confinamiento obligatorio —por mucho que sea una «restricción puntual»— incide en el elemento subjetivo del derecho: *quiénes son titulares* ex art. 19 CE, y objetivo: *clara privación de la libertad de circulación*. Sería, en consecuencia, necesaria una ley orgánica suficientemente precisa tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas y sometida al principio de proporcionalidad, para que la medida fuese constitucional.

Por el contrario, según esta nueva doctrina si la restricción es puntual, entonces el legislador ordinario puede restringir un derecho fundamental siempre que no lo desnaturalice. ¿Cabría una restricción puntual de la libertad personal del art. 17.1 CE por medio de ley ordinaria? Siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre el internamiento de personas (STC 140/1985 FJ 5 y 132/2010 FJ 3), la respuesta debe ser negativa¹⁸. Dicho criterio terminaría posibilitando al legislador ordinario derogar singularmente la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, pues bastaría la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE).

En este sentido, el concepto de «puntualidad» es problemático. ¿En qué sentido es puntual si la presentación del certificado COVID se aplica al 90% de la población (los mayores de 12 años)? ¿Lo es respecto del «ámbito objetivo» del derecho porque se trata de una «tenue limitación»¹⁹, de baja intensidad? También esta argumentación del TS resulta muy débil. Respecto a la intimidad de una persona (art. 18.1 CE), los datos médico-sanitarios que revelan su estado de salud —y más aún si pueden conllevar una estigmatización²⁰ (VIH, enfermedad psiquiátrica, consumo de drogas, no estar vacunado)— son elementos que integran el ámbito objetivo del derecho a la intimidad. Cuestión distinta es la *proporcionalidad de la injerencia*, pero no ha de confundirse el examen de proporcionalidad de la medida con el alcance de la reserva de ley orgánica. En fin, carecería de toda lógica exigir ley orgánica para autorizar el tratamiento de datos sanitarios —tal como hace la DF 1ª LOPGDD en conexión con

Klaus Stern (ed.) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, C. H. Beck, München, 1994, pp. 15-31.

¹⁸ A este respecto, la STC 53/2002 (citada por DL Balear Decreto ley 7/2021 de 20 de julio que aprueba el confinamiento para combatir un «botellón») constituye un débil precedente. Cuenta con 4 votos particulares, que señalan que los extranjeros solicitantes de asilo no son titulares de la libertad de circulación en el territorio español que era el derecho realmente en juego y no la libertad y seguridad personal del art. 17 CE. La confusión en la identificación del derecho fundamental le lleva a formular una perniciosa doctrina de las restricciones singulares: «Debemos declarar, en este sentido, que el art. 5.7.3 LDA no contiene 'restricciones directas' al derecho fundamental enunciado en el art. 17.1 CE, sino restricciones singulares sobre el modo, tiempo y lugar en que determinados extranjeros que intentan asilarse en España gozan de la libertad personal que reconoce la Constitución».

¹⁹ SSTs Sala 3ª 1112/2021 FJ 7, 1412/2021 FJ 5 *in fine*.

²⁰ La jurisprudencia del TEDH es muy clara al respecto (Z. c. Finlandia 1997 §96, C.C. c. España, 2009 §33, P. y S. c. Polonia 2012 §128, Avilkina y otros c. Rusia 2013 §45, Y. c. Turquía 2015 §68 y P.T. c. Moldavia 2020 §§26-30).

el art. 9.2 y DA 27^a— y excluir esa misma información de la reserva de ley orgánica al restringir la intimidad (art. 18.1 CE)²¹.

B) En segundo término, el apoyo buscado en la jurisprudencia constitucional que el TS cita (SSTC 76/2019, 86/2017 y 49/1999) es poco sólido.

La primera sentencia se refiere al derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE y la habilitación a los partidos políticos para recopilar datos sobre opiniones políticas con fines electorales (art. 58 bis 1 LOREG). En este supuesto, la norma habilitante es orgánica (DF 1^a LOPDGP) y en la sentencia no se discutía el problema de la reserva.

La STC 49/1999 FFJJ 5-6, por su parte, analiza la calidad y predeterminación de las injerencias en las comunicaciones (art. 18.3 CE) previstas por la Ley orgánica 3/1988 de 25 de mayo²² que, entre otros, reformaron el art. 579 LECrim. De nuevo, se trataba de un precepto de *carácter orgánico* y el objeto de discusión eran las exigencias de certeza y calidad de la norma; no la reserva de ley orgánica.

Tiene algo más de fundamento el precedente del año 2017 (STC 86/2017 FJ 7) que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña. A los efectos que aquí interesan, el FJ 7 es el que aborda el problema de la reserva de ley orgánica. En particular, la alegada vulneración de dicha reserva —finalmente desestimada— por los arts. 116.1.a) y 136.1.a), que regulan las medidas cautelares y la sanción de suspensión de la licencia de emisión a medios de comunicación privados a la que se añade la obligación de «difundir una imagen permanente en negro que ocupe el 100 % de la pantalla, con un texto en blanco que indique que el canal ha sido suspendido en su actividad, sin emitir ningún sonido.»

La traslación que hace el TC de la doctrina sentada en su jurisprudencia sobre la regulación de la televisión privada (SSTC 127/1994 FJ 4.b²³ y 112/2006 FJ 3) a este supuesto resulta, en efecto, problemática tanto por la debilidad de los precedentes como porque los dos preceptos impugnados no abordan «la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo y la concreta regulación del régimen jurídico de

²¹ Por idénticos motivos, no resulta convincente el doble rasero propuesto por parte de la doctrina respecto de la vacunación obligatoria y la vacunación forzosa. Si se admite que la primera implica la ablación (restricción sacrificial) del derecho a la integridad física (art. 15 CE) porque se castiga su ejercicio (rechazo de un tratamiento), ambas injerencias deben estar autorizadas por ley orgánica. Cfr. CIERCO SEIRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, vol. 93-94, 2021, p. 31; DELGADO GARRIDO, C., «El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia», *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 121, 3, 2021, pp. 23, 50-51, 55. Sobre el concepto de restricciones sacrificiales, cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

²² Incorrectamente citada en el FJ 5 de la STC 49/1999 como Ley 4/1988.

²³ En todo caso, esta sentencia que inaugura la línea jurisprudencial citada cuenta con seis votos particulares en los que se discrepa precisamente de este punto: el alcance de la reserva de la ley orgánica. Entienden los Magistrados disidentes que el sometimiento a autorización de la televisión privada sí es desarrollo iusfundamental ex art. 81.1 CE y que, en consecuencia, exige ley orgánica. Esta línea disidente se mantiene aún hoy: STC 73/2014 VP Xiol Ríos.

la concesión», sino que el art. 136.1.a) impone una sanción que restringe claramente la *faceta negativa* (derecho a no comunicar) de la libertad de expresión en tanto que obliga a emitir (conducta positiva) un contenido concreto en contra de la voluntad del medio. Difícilmente puede admitirse que no afecte a un aspecto nuclear de la libertad de expresión. Así pues, sorprende que el TC rechace su propia doctrina sobre las injerencias iusfundamentales de otros derechos de la Sección 1ª para los que exige ley orgánica²⁴.

En resumen, la doctrina de las limitaciones iusfundamentales puntuales por medio de ley ordinaria no se acomoda al art. 81.1 CE pues permite al legislador ordinario sortear la reserva de ley orgánica y establecer injerencias o restricciones que impliquen desarrollo de los derechos fundamentales, esto es, que inciden en la regulación de elementos básicos del derecho: titulares, ámbito de aplicación del derecho y límites en relación con otros derechos fundamentales.

2. *La colaboración internormativa*

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia del TS sobre el pasaporte COVID, observamos que el Alto Tribunal ha suplido las carencias de la LO 3/1986 acudiendo a otras normas de rango legal en las que se han amparado las CCAA²⁵ (arts. 26 Ley 14/1986, 27.2 y 54 Ley 33/2011 y 34-38.1 de la Ley gallega 8/2008). De nuevo, dicho proceder no está exento de crítica.

La jurisprudencia del TC sobre la reserva de ley orgánica admite la llamada «colaboración internormativa», esto es, el legislador orgánico puede reenviar a ley ordinaria (STC 137/1986 FJ 3) o reglamento (STC 77/1985 FJ 14) la concreción de ciertos aspectos. Ahora bien, «el problema es [...] el de cuál sea el carácter de tal remisión y el de la sujeción que la misma entrañe sobre el legislador ordinario, pues ciertamente habría de reputarse ilegítimo todo reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica.»²⁶

En coherencia con dicha doctrina, apunta el Prof. ARAGÓN REYES²⁷ que: «no puede existir, en materia de limitación de derechos fundamentales, una especie de

²⁴ Valga la redundancia: STC 140/1986 FJ 5 (respecto al derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE y la necesidad de ley orgánica para su privación), STC 101/1991 FJ 2 (referida a la libertad sindical del art. 28.1 CE y la exclusión de actividades sindicales en el centro de trabajo), STC 173/1998 FJ 7 (sobre el derecho de asociación del art. 22 CE) y STC 132/2010 FJ 3 (referida a la libertad personal ex art. 17.1 CE).

²⁵ Ha llegado incluso a subsanar (STS Sala 3ª 1412/2021, 1 diciembre, FJ 5) la ausencia de invocación de los preceptos legales de cobertura por parte de la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

²⁶ STC 137/1986 FJ 3.

²⁷ «Epílogo», cit., p. 577; TAJADURA TEJADA, J., «El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 120, 2, 2021, pp. 149-158. Comparten la misma opinión, entre otros, CANOSA USERA, CARMONA CONTRERAS, CRUZ VILLALÓN y PRESNO LINERA. Cfr. «Encuesta sobre el derecho de excepción», *Teoría y Realidad*

habilitación en blanco efectuada por la ley orgánica a favor de otras normas (según doctrina constante del TC), y menos a simples órdenes de las consejerías autonómicas. Además de que, como acaba de señalarse, tal habilitación para limitar derechos no está prevista, de manera expresa, en la propia LO 3/1986.»

Pues bien, el hecho de que la LO 3/1986 fuera «elaborada, tramitada parlamentariamente, y publicada en el mismo BOE de 29-4-1986 juntamente con la Ley General de Sanidad 14/1986, de la que formaba parte originariamente (se segregó del proyecto de la ley general de sanidad, los arts. 21, 22 y 29 que pasaron a tramitarse como Proyecto de Ley Orgánica de medidas de salud pública)»²⁸ no exime al legislador *orgánico* de establecer dicho reenvío normativo y su alcance. Que las leyes ordinarias 14/1986 y 33/2011 se remitan a la LO 3/1986 no es suficiente. La citada jurisprudencia del TC exige que sea la *ley orgánica* la que remita —especificando el alcance del reenvío— a la ley ordinaria. No viceversa. Y tiene todo el sentido pues el legislador ordinario no puede auto-atribuirse una competencia de regulación que está reservada a ley orgánica.

En fin, el TS ni siquiera ha entrado a analizar esta falta de reenvío normativo expreso²⁹. Sencillamente cita las normas en bloque, como ya hiciera al resolver el recurso sobre las medidas adoptadas por el Gobierno canario (STS Sala 3ª 719/2021 FJ 4 D) *in fine*). Es este pronunciamiento el que ha desencadenado una pendiente resbaladiza que le lleva a entender suficiente dicha ley orgánica para avalar toques de queda adoptados por medio de una orden de una consejería autonómica³⁰ y, por supuesto, a autorizar la imposición del certificado COVID a toda una Comunidad Autónoma (STS Sala 3ª 1412/2021).

3. *El mandato de determinación (Bestimmtheitsgebot)*

Aparte de orgánica (ex art. 81.1 CE), la norma que contempla una injerencia iusfundamental de este calibre debe ser suficientemente precisa y determinada³¹, en

Constitucional, vol. 48, 2021, pp. 61, 63-64, 66-67, 68-70. En contra, por todos, MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste*, cit., pp. 168-172.

²⁸ ATSJN Sala de lo Contencioso 164/2021 FJ 4 c).

²⁹ En su jurisprudencia sobre el pasaporte COVID se remite a la STS Sala 3ª 788/2021 FJ 7, que tampoco lo aborda: «esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011».

³⁰ Es el caso resuelto por la mencionada STS 719/2021, precedente seguido el TSJC para autorizar el toque de queda adoptado en Cataluña durante las Navidades (AATSJC Sala de lo Contencioso 23.12.2021 y 5.1.2022).

³¹ Buen ejemplo de ello ha sido el legislador alemán que ha concretado a través de seis reformas legislativas la habilitación para adoptar medidas para combatir la pandemia (en particular §§5 y 28 IfSG). El legislador español, en cambio, tiene pendiente desde hace 40 años (DF 5ª Ley General de Sanidad) actualizar la Base IV de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre 1944.

palabras del TC: «hemos afirmado en repetidas ocasiones que la mera existencia de la norma legal no cumple plenamente con los mandatos constitucionales que hacen legítima la injerencia en el derecho fundamental. Siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hemos declarado que el legislador «ha de hacer el ‘máximo esfuerzo posible’ para salvaguardar la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). Profundizando en esa idea, hemos sostenido, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad» (SSTC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7)»³².

El certificado COVID no está predeterminado en ninguna norma con rango de ley. Los arts. 3 LO 3/1986, 26 y 28 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011 no contemplan ni la medida (exigencia de vacunación, recuperación certificada o prueba diagnóstica negativa), ni la categoría de personas (mayores de 12 años³³) a las que se aplica, ni la habilitación al poder público para recabar y almacenar datos en materia de salud, ni las cautelas que hayan de observarse respecto de la información sanitaria obtenida. Ni siquiera forzando la literalidad del art. 54.2.e) Ley 33/2011. *There is no wiggle room*.

Por ello, desconcierta la laxitud del TS en sus sentencias sobre el toque de queda adoptado por las Consejerías de Salud de los Gobierno canario³⁴ y balear³⁵ a las que el Tribunal se remite en su jurisprudencia sobre el pasaporte COVID. En ellas, sustitui-

Sobre el principio o mandato de determinación (*Bestimmtheitsgrundsatz, -gebot*) cuanto más incisiva sea la injerencia, cfr. HILLGRUBER, C., «§ 201 Grundrechtsschranken», en Josef Isensee, Paul Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IX, 3, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 1045-1047; PAPIER, H.-J. Y MÖLLER, J., «Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 122, 2, 1997, pp. 184-188. En nuestro país, ha sido la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 70/2002 FJ 2).

³² STC 217/2015 FJ 2.

³³ Estén o no enfermos, hayan sido contacto estrecho o no, se encuentren o no en el ambiente inmediato de un contagiado, que supera con creces el ámbito subjetivo señalado por el art. 3 LO 3/1986. No convence el análisis de la STS 719/2021 FJ 4 D) acerca del toque de queda y las restricciones de entrada y salida de la CA: «según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general». Precisamente las medidas evaluadas (igual que el certificado COVID) se aplican de forma general a todos los mayores de 12 años.

³⁴ STS Sala 3ª 719/2021 FJ 4 D): «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».

³⁵ STS Sala 3ª 788/2021 FJ 7. Doctrina que parece consolidarse, STS Sala 3ª 1421/2021 FJ 5: «las pautas sentadas al respecto por las anteriores n.º 719/2021 y 788/2021, de 3 de junio (casación n.º 3704/2021) y sucesivas, que descansan en la interpretación de los mencionados preceptos constitucionales y legales y llegan a la conclusión de que autorizan limitaciones puntuales de derechos

ye el análisis de la calidad del art. 3 LO 3/1986 (respecto del cual admite su «carácter escueto y genérico») por un análisis de proporcionalidad. Sostiene el Alto Tribunal que el problema no es la intensidad de la injerencia que un toque de queda implica (de todo punto clara) sino la generalidad de sus destinatarios («conjunto de la población local, autonómica o nacional»). En tales casos, no es necesaria una ley orgánica particularmente detallada (con especial densidad normativa), sino que basta que el Acuerdo del Gobierno Autonómico «acredite que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública». Con este sencillo expediente sortea el control de calidad de la norma³⁶.

Forzosamente hay que concluir con el Prof. ARAGÓN REYES³⁷ que: «nuestro ordenamiento constitucional no permite una especie de «ley de plenos poderes» para la adopción de «cualquier medida» que las autoridades públicas consideren necesaria para hacer frente a una crisis sanitaria. Ni el fin justifica los medios, ni los derechos fundamentales pueden estar supeditados al viejo axioma de *salus publica suprema lex esto*. El Estado no se encuentra inerme, por supuesto, ya que dispone sobradamente de los instrumentos jurídicos necesarios para combatir dicha crisis, eso sí, respetando las reglas y procedimientos exigidos: habilitaciones legales suficientes y, cuando ello no existe, declaración de los estados excepcionales. Ambos instrumentos son de exclusiva titularidad estatal y de obligado ejercicio, sin posibilidad de suplencia por las comunidades autónomas.»

IV. PROPORCIONALIDAD DE LA INJERENCIA

Corresponde ahora entrar a examinar la proporcionalidad de la medida. Para ello debemos tener en cuenta los derechos fundamentales *prima facie* afectados. Como las propias Consejerías Autonómicas han puesto de manifiesto y la misma jurisprudencia del TS admite; la medida incide en los derechos a la igualdad (al distinguir con base en la salud y vacunación de las personas el derecho de acceso a ciertos lugares), a la integridad física (al someter a una prueba diagnóstica a quienes ejerzan la faceta negativa del derecho a la integridad física y decidan no vacunarse³⁸), a la intimidad (en lo referido a la reserva de datos sobre la salud), a la protección de datos (pues habilita a las autoridades sanitarias para el almacenaje y tratamiento de datos sobre

fundamentales cuando sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para evitar la transmisión de enfermedades contagiosas».

³⁶ En el mismo sentido, GARCÍA MAJADO, P., «Libertad de circulación de las personas, leyes de policía sanitaria y Covid-19», cit., p. 138.

³⁷ «Epílogo», cit., pp. 577-578.

³⁸ Quienes deciden no vacunarse por motivos de conciencia, verán afectada su libertad ideológica y religiosa. Por ejemplo, quienes exigen vacunas en las que no se hallan utilizado líneas celulares provenientes de fetos abortados para su fabricación, prueba y desarrollo. Cfr. <https://cogforlife.org/guidance/>.

recuperación, vacunación y pruebas diagnósticas), a la libertad de circulación (por la restricción de entrada a ciertos lugares), al derecho de reunión (las órdenes quieren evitar los encuentros típicos de las celebraciones navideñas) y a la libertad de empresa³⁹.

1. *Fin legítimo*

En palabras del TS: «lo que se pretende con la medida adoptada es evitar, o limitar, la transmisión de la infección, truncar la propagación de la Covid-19, interrumpir la cadena de contagios, mediante la simple exhibición de la documentación señalada al entrar en el interior de determinados establecimientos [...] a las personas que no padecen la infección por el SARS-CoV-2.»⁴⁰

Asumiendo la seguridad y efectividad de la medida para contener la pandemia y aliviar la carga del sistema sanitario; no plantea dudas que tanto la salud pública (art. 43 CE) como la protección de la vida de las personas (faceta objetiva del derecho a la vida ex art. 15 CE) son fines constitucionalmente legítimos.

Ahora bien, cambiaría radicalmente el análisis si el fin *inmediato* que se pretendiera fuese fomentar la vacunación⁴¹ castigando a quienes decidan no hacerlo para descongestionar el sistema sanitario (*fin mediato*). Esta estrategia —que parece ser el objetivo principal de la implantación del certificado⁴²— se examina en un apartado distinto (V).

³⁹ La restricción de la libertad de empresa no exige ley orgánica y goza de mejor cobertura legal (art. 54 Ley 33/2011). Con todo, ello no le resta el carácter de derecho fundamental y el consecuente sometimiento de las medidas limitativas al examen de proporcionalidad *completo*. Como ha puesto de manifiesto CIDONCHA MARTÍN «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 23, 2009, pp. 177-178., el TC ha venido utilizando un «análisis de proporcionalidad cortado» que agota la protección de la libertad de empresa.

⁴⁰ STS Sala 3ª 1112/2021 FJ 7 *in fine*.

⁴¹ Tal como reconocen las Consejerías de las CCAA, v. gr. «Esta medida, que ya se lleva a cabo en varios países de nuestro entorno, tiene además el efecto de incentivar la vacunación en los grupos que todavía no lo han solicitado». Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, por la que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón. «Incentivar la vacunación de algunas personas que todavía no han recibido las pautas recomendadas». Orden nº 1422 de 2.12.2021 Consejería de Políticas Sociales, Salud Pública y Bienestar Animal de Melilla. También el TS ha reconocido en su jurisprudencia sobre el pasaporte COVID que este es uno de los fines de la medida. STS Sala 3ª 1112/2021 FJ 9: «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.'»

⁴² «Con una filosofía un tanto distinta se ha utilizado dentro de dichos Estados como medida para obligar de manera indirecta a la vacunación de las personas que se negaban, impidiéndoles su acceso a distintos tipos de locales comerciales y de ocio» ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte covid en un país carente de una legislación antipandemias», *Iustel*, 2022, sec. III.

2. Idoneidad

Mayores reservas, en cambio, plantea la idoneidad del certificado⁴³.

Como es sabido, el principio de corrección funcional obliga a otorgar un margen de apreciación a la valoración y pronóstico (*Einschätzungs—Prognosespielraum*)⁴⁴ del legislador —que a los efectos de este examen extendemos al Gobierno— sobre la idoneidad de las medidas que adopta⁴⁵. Esto es, sólo las claramente inidóneas deberán ser consideradas desproporcionadas.

A continuación, se analizan de forma separada los requisitos del certificado COVID.

La exigencia de PCR negativa prueba que el titular del correspondiente justificante no tiene la carga vírica suficiente para ser transmisor. Dicha acreditación asegura que no contagiará a otros cuando acceda a los distintos lugares de ocio. No

⁴³ A estos efectos, la doctrina sentada en el ámbito del CEDH —Decisiones: Asociación X. c. Reino Unido de 12.7.1978, Carlo Boffa y otros c. San Marino 15.1.1998, Ilaria Salvetti c. Italia de 9.7.2002, Roland Courty y otros c. Francia 25.8.2005; SSTDH: Solomakhin c. Ucrania 15.3.2012 Vavříčka y otros c. República Checa 2021— sobre vacunación obligatoria no resulta instructiva por varios motivos: i) los casos resueltos se refieren a vacunas cuya eficacia no está en discusión (viruela, sarampión, triple vírica) y ii) el argumento ganador esgrimido era la inmunidad de grupo que ni el pasaporte pretende ni hay evidencia de que la vacuna lo consiga. El único pronunciamiento que aborda el tema del pasaporte COVID (Zambrano c. Francia, 17.10.2021) es una sentencia de inadmisión, debida al manifiesto abuso de derecho del recurrente que pretendía atascar el TEDH con un aluvión de demandas idénticas y a la falta de agotamiento de la vía interna (§ 49). Al certificado dedica dos breves párrafos (§45-46) para descartar que la medida implique un trato inhumano o degradante en el sentido del art. 3 CEDH. Su escueto análisis no ayuda a iluminar los puntos centrales del debate. Cfr. CIERCO SEIRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», cit., p. 28, nota al pie 32. Tampoco es asimilable el supuesto del brote de sarampión resuelto por el TSJ Andalucía en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso 2393/2013 de 22 de julio, porque: i) se trata de una medida de aplicación individual a sujetos infectados que cae bajo las categorías del art. 3 LOMESP (no de una norma general aplicable a personas sanas), ii) a diferencia de la vacuna frente a la COVID-19, la del sarampión evita el padecimiento de la enfermedad y su transmisión (FJ 5º) y iii) no es discutida la seguridad de la vacuna.

⁴⁴ KOKOTT, J., «§ 22 Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken», en Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (eds.) *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 902-903; PETERSEN, N., *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II: Grundrechte und Grundfreiheiten*, 1, C. H. Beck, München, 2019, nn. 85-89; SACHS, M., *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, 3, Springer, Berlin, 2017, pp. 193-194; STERN, K., «§ 84 Übermaßverbot und Abwägungsgebot», en Klaus Stern (ed.) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, vol. III/2, C. H. Beck, München, 1994, pp. 776-779.

⁴⁵ En realidad, el rol atribuido a los TSJ (y en casación al TS) en el problemático procedimiento de autorización de limitaciones iusfundamentales debería implicar una reducción de dicho margen porque es el *gobierno* y no el legislador quien adopta la medida (el primero goza de una legitimidad democrática menor) y porque se entrega a los tribunales la misma información de la que goza el Gobierno y evalúan la norma antes de su entrada en vigor (no llevan a cabo una revisión *a posteriori* con nuevas fuentes de información y sin la presión de las circunstancias). En consecuencia, debería corresponderles un *mayor poder de supervisión*. La legislación, sin embargo, otorga a los tribunales un poder de control «sumamente limitado» y aún más restringido que el juicio sobre medidas cautelares (STS Sala 3ª 719/2021 FJ 4B).

evita, lógicamente, que se contagie⁴⁶ ni garantiza por sí mismo que los espacios a los que se acceden estén libres del virus, como ahora veremos.

En el caso del test negativo de antígenos, se añade a este problema, la baja efectividad de esta prueba diagnóstica cuando el paciente no presenta síntomas (58%)⁴⁷. Esto es, quien presenta un test de antígenos negativo no es necesariamente inmune al contagio e incluso puede ser transmisor del virus.

Por lo que se refiere al certificado de recuperación y vacunación, hemos de recordar —tal como las órdenes de las consejerías autonómicas admiten— que: «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.»⁴⁸ Más aún, la población vacunada —a la que se exige mantener las medidas preventivas ordinarias (distancia, mascarilla, gel...)— sigue infectando a terceros en la misma medida que quienes no han recibido la vacuna⁴⁹. Una vez conocida la variante Ómicron (26.11.2021), la baja efectividad de las vacunas contra ella y la reinfección por parte de quienes ya superaron variantes ante-

⁴⁶ En este sentido, ATSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso, 405/2021, FJ 3.: «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 [...], 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».

⁴⁷ DINNES, J. Y OTROS, «Rapid, point-of-care antigen and molecular-based tests for diagnosis of SARS-CoV-2 infection», *Cochrane Database of Systematic Reviews*, vol. 3, 2021.

⁴⁸ ATSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso, 405/2021, FJ 3. Más aún, señala el Consejo Interterritorial de salud en la Estrategia de vacunación que: «podría ser que la vacuna evitara la enfermedad grave pero no la asintomática con lo que el vacunado podría involuntariamente contribuir a la propagación». GRUPO DE TRABAJO TÉCNICO DE VACUNACIÓN COVID-19, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*. 2.12.2020, Madrid, 2020, p. 67.

⁴⁹ DOSHI, P., «Will covid-19 vaccines save lives? Current trials aren't designed to tell us», *BMJ*, vol. 371, 2020, fecha de consulta 2 diciembre 2021, en <https://www.bmj.com/Content/371/Bmj.M4037>; KAMPF, G., «COVID-19 Vaccinated Individuals Can Be a Source of SARS-CoV-2 Transmission—A Systematic Review», *Hygiene*, vol. 1, 1, 2021, fecha de consulta 4 febrero 2022, en <https://www.mdpi.com/2673-947X/1/1/1/htm>; KAMPF, G., «COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified», *The Lancet*, vol. 398, 10314, 2021, fecha de consulta 4 febrero 2022, en <http://www.thelancet.com/article/S0140673621022431/fulltext>; KAMPF, G., «The epidemiological relevance of the COVID-19-vaccinated population is increasing», *The Lancet Regional Health - Europe*, vol. 11, 2021, fecha de consulta 1 marzo 2022, en <https://doi.org/10.1016/j.lanepe.2021.100272>; SUBRAMANIAN, S. V Y KUMAR, A., «Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States», *European Journal of Epidemiology*, vol. 36, 12, 2021, fecha de consulta 4 febrero 2022, en <https://link.springer.com/article/10.1007/s10654-021-00808-7>; WALENSKY, R. P., «Statement from CDC Director Rochelle P. Walensky, MD, MPH on Today's MMWR. 31.7.2021», *CDC Online Newsroom*, 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en <https://www.cdc.gov/media/releases/2021/s0730-mmwr-covid-19.html>.

riores⁵⁰; acreditar haber sido vacunado o haber superado la enfermedad son medidas claramente ineficaces.

Debe igualmente tenerse en cuenta que dicho certificado no se exige al personal de los establecimientos señalados por las distintas órdenes (restaurantes, centros culturales, residencias)⁵¹ ni a menores de 12 años que pueden acceder estando contagiados.

Esto es, ni la vacunación (más del 80% de la población estaba vacunada con dos dosis a diciembre de 2021)⁵², ni la recuperación evitan la transmisión, sino que pueden incluso crear la falsa sensación de seguridad de que ciertos lugares (bares, establecimientos de ocio nocturno, eventos multitudinarios) son «espacios sin COVID» que a su vez dé lugar a la relajación de medidas ordinarias que terminen provocando un aumento de contagios. Así lo venían advirtiendo muchos epidemiólogos desde el verano⁵³.

En resumen, la medida en conjunto⁵⁴ no es idónea para la prevención de contagios y, por tanto, tampoco para prevenir un aumento de la carga hospitalaria pudiendo incluso resultar contraproducente.

De esta forma sorprende el poco esfuerzo argumental desplegado por el TS⁵⁵ al avalar la adecuación de la medida.

3. Necesidad

El análisis de necesidad seguido por los TSJ⁵⁶ que han autorizado la medida ha sido una comparación entre medidas más gravosas (cierre de los establecimientos)

⁵⁰ Cfr. FERGUSON, N. Y OTROS, «Growth, population distribution and immune escape of Omicron in England», *Imperial College London COVID-19 response team*, 2021, fecha de consulta en <https://doi.org/10.25561/93038>; OMS, «Situación actual relativa a la variante ómicron», *Organización Mundial de la Salud*, 2021, fecha de consulta 7 febrero 2022, en <https://www.who.int/es/news/item/28-11-2021-update-on-omicron>.

⁵¹ O al menos —como señala el ATSJPV Sala de lo Contencioso 91/2021 FJ 2 respecto de la Orden vasca— no queda claro en la dicción de la norma.

⁵² Con especial tino señala el ATSJPV Sala de lo Contencioso 91/2021, FJ 2 que: «este elevadísimo porcentaje de vacunados es un factor que opera en contra de la medida cuya autorización se pretende y es que lo que habrá que presumir es que la inmensa mayoría de la población está vacunada. Desde esa presunción el imponer la exigencia del Pasaporte de modo indiscriminado carece de justificación, y menos aún cuando simultáneamente se reconoce que los efectos del contagio en los vacunados no son relevantes».

⁵³ Por todos, LAW, R., «Are We Killing The COVID Canary?», *BMJ*, vol. 371, 2021.

⁵⁴ Resulta muy revelador que ATSJ Canarias Sala de lo Contencioso 219/2021 FJ 7 analice la idoneidad de la vacuna en lugar de la adecuación del certificado COVID (medida cuya autorización se solicita). Parece asumir el Tribunal que el verdadero objetivo es promover la vacunación y se exige de evaluar la efectividad de la exhibición del pasaporte.

⁵⁵ SSTs Sala 3ª 1112/2021 FJ 9 y 1412/2021 FJ 5).

⁵⁶ Cfr. AATSJ Sala de lo Contencioso Navarra 164/2021 FFJJ 6 y 7.2, Valencia 479/2021 FJ 6.2.2, Galicia 129/2021 FJ 4, 135/2021 FJ 3, Cataluña 4.11.2021 FJ 9, Asturias 23.12.2021 FJ 6, La

y la exigencia del pasaporte COVID. En dicho juicio comparativo han dado por sentado —sin apenas análisis— que otras medidas menos invasivas (mascarilla, gel, distancia, ventilación, aforos máximos, utilización de limpiadores y purificadores de aire...) no eran igualmente efectivas.

El TS ha seguido un camino parecido en sus sentencias sobre el pasaporte COVID gallego y vasco (SSTS Sala 3ª 1112/2021 y 1412/2021). La primera de ellas elabora un examen de proporcionalidad ciertamente desordenado en el que se adelanta la ponderación en sentido estricto (FJ 8) a los juicios de adecuación y necesidad (FJ 9). Por lo que se refiere al juicio de necesidad, señala el Tribunal que la Consejería de Salud Gallega ya consideró otras medidas menos invasivas (purificadores de aire) pero ni aclara por qué se descartaron ni se revisa el juicio comparativo trazado por la Consejería. De nuevo, el Tribunal toma en consideración sólo medidas más restrictivas (cierre del ocio nocturno, mayor duración y extensión temporal) y no otras más livianas, que es lo que el juicio de necesidad exige.

Como tampoco se da acceso a los informes epidemiológicos que aportan las consejerías —sino que se citan pequeños extractos o bien en la discusión de las sentencias o en el preámbulo de las órdenes correspondientes—, no es posible revisar el análisis de las medidas. De esta manera, el examen judicial de la proporcionalidad de las limitaciones iusfundamentales se sustrae al control de racionalidad que le es exigible⁵⁷.

Es fácil advertir que esta asimetría informativa provoca indefensión a quienes pretendan recurrir las medidas adoptadas. Éstos ni son parte en el procedimiento de autorización, ni tienen acceso a los informes y, en muchas ocasiones, ni siquiera al auto de autorización⁵⁸. En fin, si deciden impugnar las medidas autorizadas, se les termina trasladando la carga de probar su desproporción —carga que debería corresponder al Gobierno que adopta las medidas en el procedimiento inicial de autorización— y corren el riesgo, a diferencia del Ejecutivo, de ser condenados en costas⁵⁹.

Rioja 149/2021 FJ 5, Murcia 360/2021 FJ único *in fine* y Canarias 219/2021 FJ 7. Los AATSJ Cataluña Sala de lo Contencioso de 9 y 23 de diciembre de 2021 sencillamente reproducen el FJ 5 de la STS Sala 3ª 1412/2021. Los autos de los TSJ de Castilla La Mancha, Baleares, Cantabria y de Andalucía referidos a Melilla no han sido publicados ni siquiera tras el fin de la vigencia de las normas. Sabiendo que las medidas son de aplicación general, es sintomático que ni la base de datos CENDOJ ni las respectivas oficinas de comunicación hayan facilitado las resoluciones.

⁵⁷ Sobre el control de racionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales (*Nachvollziehbarkeitskontrolle*), HILLGRUBER, C., «§ 201 Grundrechtsschranken», cit., n. 85.

⁵⁸ Con toda claridad STC 70/2022 FJ 7: «Quiebra, asimismo, como también hemos señalado, los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dado que las resoluciones judiciales que autorizan, en todo o en parte, esas disposiciones generales en materia sanitaria no son publicadas en el diario oficial correspondiente, lo que dificulta el conocimiento por parte de los destinatarios de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales a las que quedan sujetos como consecuencia de la autorización judicial de esos reglamentos sanitarios de necesidad».

⁵⁹ Cfr. AATSJ Cataluña Sala de lo Contencioso de 16.12.2021 (rec. 518/2021 y 526/2021) y la condena en costas de 2.000 euros a cada una de las asociaciones recurrentes que solicitaban la suspensión cautelar del pasaporte.

4. Ponderación

Como son muchos los derechos fundamentales afectados por la medida, conviene hacer un pequeño repaso de ellos para evaluar la proporcionalidad *stricto sensu*.

a) Igualdad

Quienes tienen certificado pueden acceder a ciertos establecimientos sanitarios, de restauración y ocio. Quienes carecen de él, no. El *tertium comparationis* utilizado es la posesión del mencionado certificado. Ser titular de un pasaporte sanitario ciertamente no encaja en ninguno de los criterios sospechosos de discriminación expresamente contemplados en el art. 14 CE. Por ello, el escrutinio que ha de superar la medida es el de mera razonabilidad.

La justificación esgrimida por las distintas consejerías autonómicas es la prevención del contagio. Como ha quedado explicado al revisar la idoneidad del certificado, los titulares del pasaporte no sólo pueden transmitir el virus y contagiarse, sino que tienden a relajar las medidas profilácticas ordinarias. En consecuencia, prohibir la entrada a dichos locales a quienes no presenten dicha acreditación es arbitrario y vulnera el derecho a la igualdad en la ley por carecer de una razonable justificación.

b) Integridad física, libertad ideológica y religiosa

El rechazo de tratamientos médicos (como la vacuna) y el no someterse a pruebas diagnósticas son conductas protegidas por la faceta *negativa* del derecho fundamental a la integridad física sin que sea necesario aportar las razones de la decisión⁶⁰.

La exigencia de dicho certificado somete a una importante carga (exclusión del acceso a numerosos establecimientos sociosanitarios, de restauración y ocio) a quienes amparados por el art. 15 CE hayan optado por no someterse a la vacunación ni a las mencionadas pruebas. De nuevo, la ineficacia del certificado pone de manifiesto la desproporción de la injerencia.

Por su parte, quienes optan por no someterse a la vacunación *por motivos de conciencia*⁶¹, han de sufragar las correspondientes pruebas diagnósticas. Por idénticas razones (inutilidad del certificado), la carga económica resulta desmedida.

⁶⁰ STC 48/1996 FJ 3: «el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa».

⁶¹ «GUIDANCE ON GETTING THE COVID-19 VACCINE», *Children of God for Life*, 2021, fecha de consulta 14 diciembre 2021, en <https://cogforlife.org/guidance/>; CHILDREN OF GOD FOR LIFE, *Most Common Fetal Cell Lines and Their Uses (Chronologically Ordered)*, 2015, fecha de consulta en <https://cogforlife.org/wp-content/uploads/Aborted-Fetal-Cell-Line-Chart.pdf>; «Aborted Fetal Material Used in Vaccines and Medicines»; CHILDREN OF GOD FOR LIFE, *Abortion-Tainted Vaccines for US and Canada*

c) Intimidad personal y protección de datos

La reserva de la información sanitaria (haber superado la enfermedad, estar vacunado o ser negativo en una prueba diagnóstica) es parte del derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE garantiza⁶². La obligación creada por las órdenes de las distintas consejerías autonómicas de revelar información personal de salud para acceder a ciertos establecimientos restringe esta libertad. Quienes se nieguen a aportar dicha información ejercen legítimamente este derecho fundamental. El sacrificio de esta facultad, sin embargo, no viene compensado por un beneficio mayor por la ineficacia del certificado para contener la enfermedad.

Es de advertir que las órdenes de las consejerías autonómicas habilitan a sujetos privados a exigir la revelación de datos sanitarios y a acceder a un sistema de verificación. Es necesaria, por tanto, una específica habilitación legal de la que las órdenes autonómicas carecen pues no puede extenderse la autorización del art. 10 del Reglamento (UE) 2021/953⁶³ a supuestos distintos a los previstos por la norma europea⁶⁴. Se vulnera de esta forma el derecho a la protección de datos ex art. 18.4 CE.

d) Libertad de circulación, de reunión, artística y de empresa

Impedir el acceso a lugares abiertos al público a quienes carezcan de una acreditación sanitaria restringe su libertad de circulación⁶⁵. El hecho de que sea voluntario

and Ethical Alternatives, 2021, fecha de consulta en <https://cogforlife.org/wp-content/uploads/Abortion-Tainted-Vaccines.pdf>; CULLEN, P., «Die Impfstoffe gegen Corona und die Verwendung humaner fetaler Zelllinien – Bestandsaufnahme und Bewertung», August; LADARIA, L. F., *Nota sobre la moralidad del uso de algunas vacunas contra la Covid-19*, Roma, 2020, fecha de consulta en https://www.vatican.va/roman_curial/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20201221_nota-vaccini-anticovid_sp.html.

⁶² STC 159/2009 FJ 3 a) y ex arts. 10.2 CE y 8.1 CEDH: SSTEDH Z. c. Finlandia 1997 §96, C.C. c. España, 2009 §33, P. y S. c. Polonia 2012 §128, Avilkina y otros c. Rusia 2013 §45, Y. c. Turquía 2015 §68 y P.T. c. Moldavia 2020 §§26-30.

⁶³ En idéntico sentido el comunicado de la AEPD de protección de datos del 30 de julio 2021. AEPD, «La AEPD requiere a varias CCAA información sobre el uso del certificado de vacunación para acceder a establecimientos», *Agencia Española de Protección de Datos*, 2021, Madrid, fecha de consulta 31 enero 2022, en <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-requiere-varias-ccaa-informacion-certificado-vacunacion>.

⁶⁴ Art. 10.2: «A efectos del presente Reglamento, los datos personales contenidos en los certificados expedidos de conformidad con el presente Reglamento serán tratados únicamente con el fin de acceder a la información incluida en el certificado y verificarla, con el fin de facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión durante la pandemia de COVID-19. No se producirá ningún tratamiento ulterior una vez finalizado el período de aplicación del presente Reglamento».

⁶⁵ Cfr. STC 183/2021 FJ 6.C).b): «el significado y alcance del término «permanencia», que utiliza el precepto controvertido, atiende a la idea de estancia temporal y, de hecho, sin ningún vínculo jurídico o finalidad de interés público, en un lugar determinado, que puede ser público o privado, al aire libre o en espacio cerrado. Por tanto, la limitación establecida afecta, en realidad, a la libertad de

acceder a estos establecimientos, no resta gravedad a la injerencia⁶⁶. Además, como hacía notar el ATSJ PV Sala de lo Contencioso 91/2021 FJ 2 la medida afecta también a las libertades de reunión —al prohibir reuniones con familiares, amigos y otras personas sin el correspondiente certificado en hospitales, residencias, lugares de ocio y establecimientos de restauración— y en menor medida a las libertades de expresión y creación artística por aplicarse a establecimientos como karaokes. Por último, la mayoría de los recursos contra las medidas han sido adoptados por asociaciones en representación del sector directamente afectado por las medidas: restauración y hostelería. La obligación que se les impone de controlar a sus clientes y negar la entrada a quienes no presenten el certificado sanitario correspondiente supone una clara injerencia en la libertad de empresa.

El sacrificio de estas libertades sigue siendo desproporcionado por la ineffectividad del pasaporte.

5. *Conclusión del examen de proporcionalidad*

En resumen, el certificado COVID-19 no es idóneo para el fin previsto de contener la pandemia y evitar posteriores contagios, pudiendo incluso resultar contraproducente. Tampoco es una medida necesaria y vulnera (por suponer un sacrificio desmedido) los derechos fundamentales a la igualdad en la ley, la integridad física, la intimidad personal, la protección de datos y las libertades de conciencia, de circulación, de reunión y de empresa.

V. *VACCINE-NUDGING*

¿Qué cambia si el fin de la medida no es controlar el avance de la pandemia sino animar a la vacunación para aliviar la carga del sistema sanitario? La justificación de salud pública que suele ofrecerse en favor del establecimiento de cargas para los reticentes a vacunarse es el alivio que dicha medida profiláctica supone para el sistema de salud. Esto es, en la medida en que la exigencia del certificado —aun teniendo en cuenta su ineficacia para detener los contagios y su efecto contraproducente— anima efectivamente a la vacunación y ésta a su vez reduce el número de personas hospitali-

circulación entendida en su más amplia dimensión, como derecho a la libre determinación de estar en un lugar, durante un determinado período de tiempo y para fines de interés particular o social».

⁶⁶ En este sentido, es muy poco sólido el argumento esgrimido por el TS: «porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación» STS Sala 3ª 1112/2021 FJ 8.

zadas, ingresadas en UCI y fallecidas por COVID⁶⁷ y es segura; podrían establecerse cargas y deberes sustitutorios a quienes decidan no vacunarse.

Como es sabido, la vacunación en España es *voluntaria*⁶⁸. La vacunación obligatoria adoptada por la Ley gallega 8/2021 —art. 38.2.b).5º de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia— fue suspendida por el TC⁶⁹ con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno que fue finalmente retirado⁷⁰.

El certificado COVID autonómico, empero, somete a las personas no vacunadas a la obligación de costearse personalmente pruebas diagnósticas para poder acceder a establecimientos de restauración, ocio nocturno y, en algunos casos, residencias y hospitales. A diferencia de la vacuna —que está sufragada con fondos públicos—, las pruebas diagnósticas corresponde pagarlas a cada uno. Los precios oscilan entre 115-180 euros para PCR y 40-75 para antígenos⁷¹ y su vigencia es muy limitada (72 y 48 horas respectivamente). De esta forma, no sólo se incentiva a vacunarse por el ahorro y el salvoconducto que se expide, sino que se castiga a quienes decidan no hacerlo⁷².

1. *Naturaleza jurídica del certificado*

Surge, entonces, la siguiente pregunta: ¿se pueden establecer deberes sustitutorios (prohibición de entrada en ciertos establecimientos o sometimiento a pruebas diagnósticas autofinanciadas) por no seguir una *recomendación* (vacunación)? El incumplimiento de un *deber legítimo* (como el servicio militar) puede someterse a cargas

⁶⁷ HIGDON, M. M. Y OTROS, «A systematic review of COVID-19 vaccine efficacy and effectiveness against SARS-CoV-2 infection and disease», *medRxiv*, 2021, fecha de consulta 11 febrero 2022, en <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.09.17.21263549v1>.

⁶⁸ «Sin perjuicio del deber de colaboración que recae sobre los individuos, la vacunación frente a COVID-19 será voluntaria, y ello, a salvo de lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública. Se considera importante registrar los casos de rechazo a la vacunación en el Registro de vacunación, con la finalidad de conocer las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población». GRUPO DE TRABAJO TÉCNICO DE VACUNACIÓN COVID-19, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España. Actualización 1. 18.12.2020*, Madrid, 2020, p. 7. La salvaguarda de la LOMESP es problemática por su insuficiencia como ley de habilitación. *Vid.* III.

⁶⁹ Cfr. ATC 74/2021.

⁷⁰ ATC 70/2022. Se mantiene, en cambio, el recurso de inconstitucionalidad nº 2901-2021. Otras leyes autonómicas similares han habilitado a los respectivos ejecutivos de las CCAA para imponer la obligatoriedad de la vacunación (arts. 14.3 Ley vasca 2/2021, 49 bis apdos. 2-3 Ley balear 16/2010 y 14.2 Decreto-ley canario 11/2021). Todas ellas han sido recurridas, la norma vasca ha sido suspendida a petición del Gobierno y el TC ha mantenido vigente dicha suspensión (ATC 12.7.2022).

⁷¹ Cfr. ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, «Test COVID 19: tipos, utilidad, ventajas», cit.

⁷² En la clasificación de CIERCO SEIRA, podría afirmarse que el sistema de vacunación adoptado es *fuertemente condicionante*, porque «el certificado de vacunación adquiere mucho peso en lo cotidiano [tanto que] puede irse a parar a una obligatoriedad indirecta, caracterizada por la convicción social de que, en la práctica, vacunarse es imperativo para desenvolverse en el día a día». «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», cit., p. 21.

(servicio social sustitutorio)⁷³. Pero, como hemos visto, la vacunación es voluntaria⁷⁴. No estarían, por tanto, justificadas las restricciones iusfundamentales por no seguir una recomendación, más aún sabiendo que quien decide no vacunarse ejerce su derecho fundamental a la integridad física (STC 48/1996 FJ 3)⁷⁵.

Esta conclusión nos lleva a ulteriores preguntas, ¿cuál es entonces la naturaleza jurídica del certificado? *Prima facie*, podemos descartar: i) que se trate de una sanción porque no hay incumplimiento de deber alguno⁷⁶ y ii) su carácter indemnizatorio⁷⁷ porque el sistema sanitario no compensa el supuesto aumento del gasto sanitario con las pruebas diagnósticas a las que somete a los no vacunados. ¿Es una medida de estímulo (*nudging*)⁷⁸, o que legítimamente desincentive el *ejercicio antisocial* de un derecho (rechazar tratamientos médicos) o que exija el cumplimiento de la función social intrínseca a un derecho fundamental? Veámoslo con algo de detenimiento.

a) *Nudging*

El ejemplo paradigmático de las medidas de estímulo restrictivas de derechos avaladas por el TC es el recargo del 10% una vez transcurrido el periodo de ingreso voluntario previsto en el art. 61.2 de la antigua LGT (versión dada por la DA 31^a Ley 46/1985). Al respecto, entendió el TC que dicho recargo conseguía «un doble fin: estimular el pago puntual de la deuda, en evitación de las dificultades de reso-

⁷³ SSTC 160/1987 FJ 3, 60/1991 FJ 4, 55/1996 FJ 5.

⁷⁴ En otros términos, no cabe hablar de objeción a un deber. Estamos en un paso anterior, a saber, el ejercicio de una libertad. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 240-249; RUIZ MIGUEL, A., «La objeción de conciencia a deberes cívicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 47, 2, 1996, pp. 105-107.

⁷⁵ «El derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa».

⁷⁶ Sí existiría respecto de los recargos de apremio del 50% y 100% de la LGT (por todas, STC 39/2011 FFJJ 1-2).

⁷⁷ Como lo entendió el TC respecto de los intereses moratorios (STC 206/1993 FJ 2).

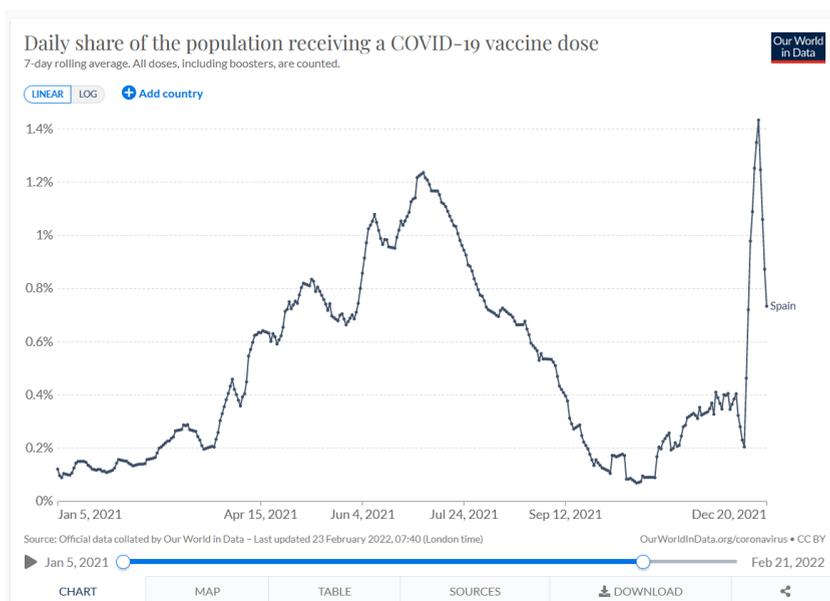
⁷⁸ Sobre el concepto y su recepción en el Derecho público español, cfr. MOREU CARBONELL, E., «Integración de nudges en las políticas ambientales», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. XIX, 2018; THALER, R. H. Y SUNSTEIN, C. R., *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven, London, 2008. Con mayor claridad aún, THALER Y SUNSTEIN aplican la arquitectura decisional de *nudges* a la vacunación COVID-19 en la última edición de su obra. *Nudge: the final edition*, Penguin Books, London, 2021, pp. 151-153. Varios autores españoles acogen la misma idea, CIERCO SEIRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», cit., p. 23; DELGADO GARRIDO, C., «El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia», cit., p. 22; DE MIGUEL BERIAIN, Í. Y SANTISTEBAN GALARZA, M., «Pasaportes inmunológicos: un comentario ético-jurídico», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, vol. 93-94, 2021, p. 51; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. Y BELLVER CAPELLA, V., «Estrategia para la vacunación frente a la COVID-19: naturaleza jurídica, eficacia y aspectos éticos», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, vol. 93-94, 2021, p. 57.

rería y los daños que puede provocar a la Hacienda Pública el retraso masivo en el pago de los tributos, y, además, estimular que, una vez producido el retraso, el pago, aunque tardío, se efectúe de manera voluntaria, evitando así la puesta en marcha de los mecanismos de inspección y sanción de la Administración tributaria. De nuevo, el carácter masivo de las relaciones tributarias y la lógica limitación de medios materiales y humanos de la Administración tributaria justifican el recurso a este tipo de medidas de estimulación. En conclusión, la figura aquí examinada cumple, aparte un cometido resarcitorio, una función eminentemente disuasoria, lo que no es bastante para conducirla al campo de las sanciones dada la ausencia de finalidad represiva.»⁷⁹

El Tribunal admitió su constitucionalidad porque el recargo traía causa de un incumplimiento (ingreso fuera de plazo), tenía en parte naturaleza indemnizatoria (cubría parcialmente los intereses moratorios), era una cantidad razonable muy inferior a la del resto de sanciones y ahorra a la Hacienda la labor persecutoria.

¿Puede trazarse un razonamiento paralelo respecto al certificado COVID por la protección de la salud (art. 43 CE) y el ahorro sanitario que la vacunación masiva supone?

Ciertamente la medida incentiva la vacunación, tal como muestran los datos oficiales tras la generalización del pasaporte a principios de diciembre de 2021⁸⁰.



⁷⁹ STC 164/1995 FJ 5 *in fine*.

⁸⁰ <https://ourworldindata.org/grapher/daily-covid-vaccination-doses-per-capita?time=earliest..2021-12-20&country=~ESP>

Ahora bien, también lo hacen muchas otras estrategias de comunicación que no restringen derechos fundamentales⁸¹. Conviene no olvidar que las medidas de estímulo que limitan libertades públicas están sometidas al mismo examen de proporcionalidad que cualquier otra injerencia iusfundamental⁸². En el caso del pasaporte —a diferencia del pago extemporáneo de un tributo—, no hay deber alguno infringido por no vacunarse, sino el legítimo ejercicio del derecho fundamental a la integridad física. Corresponde, en consecuencia, analizar si la medida supera dicho test teniendo en cuenta que el fin pretendido no es contener la pandemia sino animar a la vacunación y descargar el sistema de salud. Dicho análisis se aborda en el apartado V.2.

b) ¿Ejercicio antisocial de un derecho?

El planteamiento que suelen repetir las autoridades sanitarias para conminar a la vacunación es el deber de solidaridad con el resto de conciudadanos⁸³. Esto es, aunque conocen que la medida ni evita el contagio del vacunado ni que éste infecte a terceros⁸⁴, insisten en la importancia de alcanzar altas coberturas de vacunación.

Parece subyacer a este razonamiento la convicción de que quienes no se vacunen suponen una amenaza al sistema de salud y que su rechazo a la medida supone un ejercicio antisocial del derecho fundamental. En consecuencia, «se considera importante registrar los casos de rechazo a la vacunación en el Registro de vacunación, con la finalidad de conocer las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población.»⁸⁵

⁸¹ CANTARELLI, P. Y BELLE, N. Y QUATRONE, F., «Nudging influenza vaccination among health care workers», *Vaccine*, vol. 39, 40, 2021; REÑOSA, M. D. C. Y OTROS, «Nudging toward vaccination: a systematic review», *BMJ Global Health*, vol. 6, e006237, 2021, fecha de consulta 18 febrero 2022, en <https://gh.bmj.com/content/6/9/e006237>.

⁸² SCHWEIZER, M., «Nudging and the Principle of Proportionality», en *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer International Publishing, Cham, 2016.

⁸³ DARIAS, C., «Darias: La vacunación frente a la COVID-19 es un ejercicio de responsabilidad y de solidaridad con la salud de los demás», *Ministerio de Sanidad*, 2021, fecha de consulta 21 febrero 2022, en <https://www.sanidad.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5452>; LECUONA, I. Y GARCÍA LÓPEZ, F., «Vacunación contra el COVID-19: un acto de autoprotección y de solidaridad | Vacunación COVID-19 Gobierno de España», *Estrategia de Vacunación COVID-19*, 2021, fecha de consulta 21 febrero 2022, en <https://www.vacunacovid.gob.es/voces-expertas/vacunacion-contra-el-covid-19-un-acto-de-autoproteccion-y-de-solidaridad>; MINISTERIO DE DEFENSA, *Margarita Robles afirma que vacunarse es el mayor ejercicio de solidaridad y generosidad*, Corral de Calatrava, 2022, fecha de consulta en <https://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2022/01/DGC-220124-visita-vacunacion-ciudad-real.html>.

⁸⁴ KAMPF, G., «COVID-19 Vaccinated Individuals Can Be a Source of SARS-CoV-2 Transmission—A Systematic Review», cit.; «COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified», cit.; SUBRAMANIAN, S. V Y OTROS, «Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States», cit.

⁸⁵ GRUPO DE TRABAJO TÉCNICO DE VACUNACIÓN COVID-19, *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España. Actualización 1. 18.12.2020*, cit., p. 7. No se ha hecho público si se trata de un

Por lo que se refiere al ejercicio antisocial de un derecho fundamental, el TC⁸⁶ ha entendido que el no sometimiento a pruebas de paternidad para evitar el establecimiento de la relación paternofamiliar y eludir el pago de alimentos por parte de quienes razonablemente podían ser progenitores —convivencia o relación *more uxorio* durante el tiempo de la concepción— supone —aun siendo manifestación del derecho a la integridad física (art. 15 CE)— un ejercicio antisocial del derecho⁸⁷ que podía ser sometido a cargas porque vulnera el deber de colaboración con la justicia (art. 118 CE) y va dirigido a eludir los posibles deberes paternofamiliares (arts. 39.2 y 39.3 CE).

¿Cabe un razonamiento similar respecto de la vacuna? Esto es, ¿quien se resista a las inyecciones habrá de soportar cargas sustitutorias porque se aferra en perjuicio de terceros a su derecho a la integridad física?

De nuevo, volvemos al punto inicial. A diferencia de las demandas de filiación, no hay deber alguno (alimentos, legítimas) que pretenda eludirse porque —valga la insistencia— la vacunación es voluntaria.

A ello se añade que este modo de razonar siembra una injustificada sospecha —ser insolidarios— sobre quienes rechazan la vacuna y solapadamente les traslada la carga de probar la ineffectividad e inseguridad de la vacuna. En otros términos, el certificado limita derechos fundamentales y, en consecuencia, corresponde *al poder público* justificar suficientemente su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si, por el contrario, consideramos el rechazo de la vacuna como un ejercicio iusfundamental antisocial es el particular quien debe probar la desproporción de la medida para quedar libre de las obligaciones sustitutorias; *probatio* ciertamente *diabolica* sabiendo que son las autoridades sanitarias quienes tienen toda la información epidemiológica, la cual publican —como se verá en V.2-3— de forma incompleta y sesgada.

c) ¿Cumplimiento de la función social intrínseca a un derecho fundamental?

Pudiera también argüirse que los derechos a la vida e integridad física incluyen una implícita⁸⁸ función social intrínseca. Esto es, en la medida en que la salud y enfermedad de una persona afectan a terceros, el ejercicio que el titular haga de su

censo anonimizado o en el que constan los datos personales. La Secretaría de Estado de Salud eludió responder a dicha pregunta. Cfr. GARCÍA-ABADILLO, R. R. Y IBAÑES, L. G., «Covid-19: Sanidad censará a quienes no quieran vacunarse contra el coronavirus», *El Mundo*, 2020, Madrid, fecha de consulta 21 febrero 2022, en <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2020/12/21/5fe0a8edfdddf96098b4716.html>.

⁸⁶ ATC 221/1990.

⁸⁷ Sobre los conceptos de ejercicio antisocial y abuso del derecho como límites inmanentes al ejercicio de un derecho fundamental y su alcance, cfr. MERTEN, D., «§ 60 Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Grenzen», en Hans-Jürgen Papier, Detlef Merten (eds.) *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, C. F. Müller, Heidelberg, 2009, pp. 216-238..

⁸⁸ A diferencia del derecho de propiedad (art. 33.2 CE).

derecho a la integridad física (también el rechazo de tratamientos o medidas de salud preventivas) puede someterse a cargas.

Ejemplo de ello puede ser el deber de llevar casco al viajar en moto no sólo para protegerse a uno mismo, sino también para auxiliar mejor a terceros en caso de accidente (BVerfGE 59, 275 [277 y ss.]), esto es, para cumplir mejor el deber de socorro⁸⁹.

Sin embargo, tampoco esta analogía convence porque en el caso del certificado COVID no se pretende asegurar el cumplimiento de deber de socorro alguno. Y, en fin, el rechazo de un tratamiento médico con efectos secundarios como la vacuna es muy distinto a una autolesión; de forma que tampoco cabría igualar el supuesto presente al antiguo art. 425 del CP de 1973 que castigaba las autolesiones infligidas para evitar el cumplimiento de un deber público como el servicio militar.

2. *Justificación del certificado como medida de estímulo*

Recapitulando, si: i) la vacunación no es un deber⁹⁰, ii) la vacuna —como todo fármaco— tiene efectos secundarios tanto leves (muy comunes) como graves (estos menos frecuentes)⁹¹, iii) la vacuna no evita los contagios ni la transmisión a terceros⁹², iv) quien decide no vacunarse ejerce su derecho fundamental a la integridad física (STC 48/1996 FJ 3)⁹³ y iv) la exigencia del certificado COVID no es idónea para frenar los contagios (IV.2); ¿se puede someter a cargas a quien no se vacune?

⁸⁹ Cuya omisión también está tipificada en España (arts. 195-196 CP).

⁹⁰ Crear dicha obligación exigiría ley orgánica y sometimiento al principio de proporcionalidad.

⁹¹ EMA, «COVID-19 VACCINE JANSSEN (AD26.COV2.S)», 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FFPHV_DAP%2F_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line_Listing_Objects%22.%22Substance_High_Level_Code%22&P3=1+42287887; EMA, «COVID-19 VACCINE ASTRAZENECA (CHADOX1 NCOV-19)», 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FFPHV_DAP%2F_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line_Listing_Objects%22.%22Substance_High_Level_Code%22&P3=1+40995439; EMA, «COVID-19 MRNA VACCINE PFIZER-BIONTECH (TOZINAMERAN)», 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FFPHV_DAP%2F_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line_Listing_Objects%22.%22Substance_High_Level_Code%22&P3=1+42325700; EMA, «COVID-19 MRNA VACCINE MODERNA (CX-024414)», 2021, fecha de consulta 19 enero 2022, en https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FFPHV_DAP%2F_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line_Listing_Objects%22.%22Substance_High_Level_Code%22&P3=1+40983312.

⁹² KAMPF, G., «COVID-19 Vaccinated Individuals Can Be a Source of SARS-CoV-2 Transmission—A Systematic Review», cit.; «COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified», cit.; SUBRAMANIAN, S. V Y OTROS, «Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States», cit.

⁹³ «el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa».

Responder a esta pregunta exige un análisis algo más detenido de la vacuna misma y de las campañas generales de vacunación. Conviene, ahora, examinar la premisa sobre la que se construye la argumentación (efectividad y seguridad de la vacuna)⁹⁴. Para este análisis se tiene en cuenta el estado de la ciencia antes del inicio de las Navidades (inicio de diciembre de 2021) pues fue entonces cuando se generalizó la exigencia del certificado y las CCAA que ya lo habían adoptado debieron tener en cuenta el avance del estado de la ciencia al solicitar las sucesivas renovaciones de la autorización inicial.

a) Eficacia de la vacuna

Se sabía —y es pacífico en la doctrina científica— que quienes están vacunados se siguen contagiando⁹⁵, pueden infectar a terceros⁹⁶ y no tienen protección frente a la variante Ómicron⁹⁷. Según los resultados publicados por las compañías farmacéuticas de sus ensayos clínicos⁹⁸, la vacuna más efectiva (Pfizer) reducía el riesgo rela-

⁹⁴ En el mismo sentido, GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E., «COVID-19, vacunación obligatoria y derechos fundamentales al hilo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Vavricka y otros c. República checa: un falso dilema», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, 2, 2021, pp. 377-380, 396-397, 399-400.

⁹⁵ KAMPF, G., «COVID-19 Vaccinated Individuals Can Be a Source of SARS-CoV-2 Transmission—A Systematic Review», cit.; «COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified», cit.; SUBRAMANIAN, S. V Y OTROS, «Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States», cit.

⁹⁶ DOSHI, P., «Will covid-19 vaccines save lives? Current trials aren't designed to tell us», cit.; WALENSKY, R. P., «Statement from CDC Director Rochelle P. Walensky, MD, MPH on Today's MMWR. 31.7.2021», cit.

⁹⁷ CELE, S. Y OTROS, «SARS-CoV-2 Omicron has extensive but incomplete escape of Pfizer BNT162b2 elicited neutralization and requires ACE2 for infection», *medRxiv*, 2021, fecha de consulta 8 febrero 2022, en <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.12.08.21267417v1>; FERGUSON, N. Y OTROS, «Growth, population distribution and immune escape of Omicron in England», cit., p. 8.

⁹⁸ Es crucial tener en cuenta el posible sesgo de los estudios publicados y el conflicto de interés subyacente. Cfr. JEFFERSON, T., «Sponsorship bias in clinical trials: growing menace or dawning realisation?», *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 113, 4, 2020, fecha de consulta 10 febrero 2022, en <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0141076820914242>. Máxime conociendo el historial de las compañías farmacéuticas como Pfizer y AstraZeneca y las astronómicas transacciones judiciales en procesos civiles y criminales por silenciar riesgos y exagerar los beneficios de sus productos. Cfr. ANGELL, M., *The truth about the drug companies*, Random House, New York, 2004; HARRIS, G., «Pfizer to Pay \$430 Million Over Promoting Drug to Doctors», *New York Times*, 2004, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.nytimes.com/2004/05/14/business/pfizer-to-pay-430-million-over-promoting-drug-to-doctors.html>; HEALY, D. Y CATTELL, D., «Interface between authorship, industry and science in the domain of therapeutics», *The British Journal of Psychiatry*, vol. 183, 1, 2003, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.cambridge.org/core/journals/the-british-journal-of-psychiatry/article/interface-between-authorship-industry-and-science-in-the-domain-of-therapeutics/C6C9C63588A474F6CF6CA27BA2BD43A6>; HEAVEY, S., «FDA warns Pfizer for not reporting side effects», *Reuters*, 2010, Washington D. C., fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.reuters.com/article/us-pfizer-fda-idUSTRE6586PE20100610>; HORTON, R., «Vioxx, the implosion of Merck,

tivo (RRR) de padecer la enfermedad con síntomas moderados en un 95%⁹⁹. Dicha eficacia significa que —en el mejor de los casos— la vacuna reduce el riesgo absoluto (RRA) de la población general de padecer la enfermedad con síntomas moderados del 0,88% al 0,04%¹⁰⁰. Ahora bien, los datos de los servicios hospitalarios demuestran una eficacia de la vacuna mucho menor (RRR: 40,5%, RRA: del 0,88% al 0,54%)¹⁰¹. Era igualmente conocido que los ensayos clínicos *no habían sido diseñados* para demostrar que la vacuna redujese los casos graves, las hospitalizaciones y las muertes por COVID, sino únicamente los síntomas moderados¹⁰². Y, al menos desde septiembre, se conocía también el nulo efecto de las vacunas de Pfizer¹⁰³ y Moderna¹⁰⁴ para reducir

and aftershocks at the FDA», *The Lancet*, vol. 364, 9450, 2004; JØRGENSEN, K. J. Y JOHANSEN, H. K. Y GØTZSCHE, P. C., «Flaws in design, analysis and interpretation of Pfizer's antifungal trials of voriconazole and uncritical subsequent quotations», *Trials*, vol. 7, 1, 2006, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://trialsjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/1745-6215-7-3>; KASSIRER, J. P., *On the take*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005; LANDEFELD, C. S. Y STEINMAN, M. A., «The Neurontin Legacy — Marketing through Misinformation and Manipulation», *The New England Journal of Medicine*, vol. 360, 2, 2009, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMp0808659>; LENZER, J., «Whistleblower removed from job for talking to the press», *BMJ*, vol. 328, 7449, 2004, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.bmj.com/content/328/7449/1153.1>; LENZER, J., «Pfizer pleads guilty, but drug sales continue to soar», *BMJ*, vol. 328, 7450, 2004, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.bmj.com/content/328/7450/1217.1>; LENZER, J., «Pfizer criticised over delay in admitting drug's problems», *BMJ*, vol. 329, 7472, 2004, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.bmj.com/content/329/7472/935.2>; MOYNIHAN, R. Y CASSELS, A., *Selling Sickness*, Allen & Unwin, Crows Nest, New South Wales, 2005; SAUL, S., «Experts Conclude Pfizer Manipulated Studies», *New York Times*, 2008, New York, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.nytimes.com/2008/10/08/health/research/08drug.html>; SMITH, R., «The trouble with medical journals», *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 99, 2006; TANNE, J. H., «Pfizer pays record fine for off-label promotion of four drugs», *BMJ*, vol. 339, 2009, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.bmj.com/content/339/bmj.b3657>; TANNE, J. H., «AstraZeneca pays \$520m fine for off label marketing», *BMJ*, vol. 340, 2010; TANSEY, B., «Huge penalty in drug fraud / Pfizer settles felony case in Neurontin off-label promotion», *San Francisco Chronicle*, 2004, San Francisco, fecha de consulta 25 enero 2022, en <https://www.sfgate.com/business/article/Huge-penalty-in-drug-fraud-Pfizer-settles-2759293.php>.

⁹⁹ POLACK, F. P. Y OTROS, «Safety and Efficacy of the BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine», *New England Journal of Medicine*, vol. 383, 27, 2020, fecha de consulta 2 diciembre 2021, en <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmoa2034577>.

¹⁰⁰ OLLIARO, P., «What does 95% COVID-19 vaccine efficacy really mean?», *The Lancet Infectious Diseases*, vol. 21, 6, 2021; OLLIARO, P. Y TORREELE, E. Y VAILLANT, M., «COVID-19 vaccine efficacy and effectiveness—the elephant (not) in the room», *The Lancet Microbe*, vol. 2, 7, 2021, fecha de consulta 13 diciembre 2021, en <http://www.thelancet.com/article/S2666524721000690/fulltext>.

¹⁰¹ MINISTRY OF HEALTH ISRAEL, «Two-dose vaccination data. Government of Israel», 2021, p. 7, fecha de consulta en https://www.gov.il/BlobFolder/reports/vaccine-efficacy-safety-follow-up-committee/he/files_publications_corona_two-dose-vaccination-data.pdf.

¹⁰² DOSHI, P., «Will covid-19 vaccines save lives? Current trials aren't designed to tell us», cit.

¹⁰³ POLACK, F. P. Y OTROS, «Supplementary Appendix to: Safety and Efficacy of the BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine», *New England Journal of Medicine*, vol. 3851, 2021, p. 11.

¹⁰⁴ BADEN, L. R. Y OTROS, «Supplementary Appendix to: Efficacy and Safety of the mRNA-1273 SARS-CoV-2 Vaccine», *New England Journal of Medicine*, vol. 384, 5, 2021, p. 67, fecha de

el número de muertes¹⁰⁵. La eficacia anunciada, por tanto, se refería exclusivamente a la reducción de síntomas moderados de las variantes Delta y anteriores.

La supuesta eficacia observada en la reducción del número de hospitalizaciones, ingresos en UCI y fallecimientos¹⁰⁶ está basada en estudios observacionales aún provisionales de los que no pueden extraerse las conclusiones generales que los informes del Ministerio de Sanidad obtienen¹⁰⁷. De igual forma que la reducción de la incidencia que el informe atribuye a la vacuna ha quedado desacreditada por estudios mucho más amplios que tienen en cuenta datos de 68 países¹⁰⁸; la reducción del número de hospitalizaciones, ingresos en UCI y fallecimientos en España difícilmente es atribuible a la vacuna. Australia ha experimentado desde septiembre de 2021 más hospitalizaciones e ingresos en UCI que antes de la generalización de la vacuna¹⁰⁹. Corea del Sur más ingresos en UCI y muertes¹¹⁰. Ambos países tenían amplísimas coberturas de vacunación¹¹¹. Sabiendo que el informe del Ministerio de Sanidad cita datos extranjeros (pp. 14-15), es exigible que lo haga de forma completa.

consulta 14 febrero 2022, en https://www.nejm.org/doi/suppl/10.1056/NEJMoa2113017/suppl_file/nejm2113017_appendix.pdf.

¹⁰⁵ Los estudios muestran la existencia de una muerte más entre los vacunados con Pfizer (15) que en el grupo control que recibió placebo (14). En el estudio de Moderna se notifican el mismo número de muertes en el grupo de vacunados que en el grupo control (15). El caso de Israel es muy elocuente al respecto. A pesar de ser uno de los países con mayor porcentaje de vacunados (56% de la población con 3 dosis), entre diciembre y enero de 2022 han tenido más hospitalizaciones, más ingresos en UCI y más muertes por COVID que en las mismas fechas de 2021 cuando aún estaba arrancando la vacunación en el país. Cfr. DONG, E. Y DU, H. Y GARDNER, L., «An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time», *The Lancet Infectious Diseases*, vol. 20, 5, 2020, fecha de consulta 8 febrero 2022, en <http://www.thelancet.com/article/S1473309920301201/fulltext>; ISRAEL NATIONAL NEWS, ««80% of serious COVID cases are fully vaccinated» says Ichilov hospital director», *Israel National News Arutz Sheva*, 2022, Bet El, fecha de consulta 11 febrero 2022, en <https://www.israelnationalnews.com/news/321674>; MATHIEU, E. Y RITCHIE, H., «Vaccinations and COVID-19 – Data for Israel - Our World in Data», *Oxford Martin School*, 2022, fecha de consulta 8 febrero 2022, en <https://ourworldindata.org/vaccination-israel-impact>.

¹⁰⁶ CENTRO DE COORDINACIÓN DE ALERTAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS, *Actualización nº 516. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19). 02.12.2021*, Madrid, 2021, pp. 11-12, fecha de consulta en https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_44_COVID_1200.pdf.

¹⁰⁷ «Principales conclusiones

Entre el 20 de septiembre y el 21 de noviembre de 2021, la incidencia en personas completamente vacunadas es muy inferior a la observada en no vacunadas. La mayor diferencia se observa en personas de 60 a 80 años, con un riesgo de infección en vacunados casi 7 veces menor, de hospitalización 16 veces menor y de fallecimiento 14 veces menor respecto a no vacunados. En el grupo de 30 a 59 años, la incidencia total es 2 veces inferior y 9 veces inferior para hospitalización».

¹⁰⁸ KAMPF, G., «COVID-19: stigmatising the unvaccinated is not justified», cit.; SUBRAMANIAN, S. V Y OTROS, «Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States», cit.

¹⁰⁹ <https://ourworldindata.org/covid-hospitalizations#intensive-care-icu-admissions-due-to-covid-19>

¹¹⁰ <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/south-korea>

¹¹¹ Todos los datos actualizados pueden consultarse en <https://ourworldindata.org/coronavirus>.

Aunque se trate de datos posteriores al inicio de diciembre de 2021, conviene también mencionar que Israel, Corea del Sur, Noruega, Finlandia y Canadá han tenido más fallecimientos entre diciembre de 2021 y febrero de 2022 por COVID-19 tras la vacunación que en ese mismo periodo del año anterior¹¹². Igual cabe decir de Francia, Estados Unidos¹¹³ y Canadá respecto de las hospitalizaciones tras la vacunación masiva de la población¹¹⁴.

b) Seguridad de la vacuna

A este análisis debemos añadir las siguientes consideraciones sobre la seguridad de la vacuna, pues difícilmente podrán crearse deberes sustitutorios si la vacunación —aun reduciendo la virulencia del COVID-19— resultara globalmente perjudicial para la salud.

Pues bien, partiendo del libro de referencia sobre el COVID-19 y las sucesivas actualizaciones¹¹⁵, estos son los *caveats* a tener en cuenta:

- i) la falta de acceso a la información primaria¹¹⁶ sobre los efectos adversos hallados durante los ensayos clínicos¹¹⁷ y la no corrección de los estudios publicados tras el hallazgo de importantes deficiencias en su desarrollo¹¹⁸,

¹¹² <https://ourworldindata.org/covid-deaths>

¹¹³ Es ciertamente preocupante la falta de transparencia del CDC estadounidense respecto de la eficacia de la vacuna. Cfr. MANDAVILLI, A., «The C.D.C. Isn't Publishing Large Portions of the Covid Data It Collects», *New York Times*, 2022, fecha de consulta 23 febrero 2022, en <https://www.nytimes.com/2022/02/20/health/covid-cdc-data.html>.

¹¹⁴ <https://ourworldindata.org/covid-hospitalizations>

¹¹⁵ KAMPS, B. S. Y HOFFMANN, C., *COVID Reference*, 6, Steinhäuser Verlag, 2021, pp. 155-235, fecha de consulta 5 mayo 2022, en <https://covidreference.com/>.

¹¹⁶ DOSHI, P. Y GODLEE, F. Y ABBASI, K., «Covid-19 vaccines and treatments: we must have raw data, now», *BMJ*, vol. 376, 102, 2022, fecha de consulta 8 febrero 2022, en <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.o102>.

¹¹⁷ Hay que tener igualmente en cuenta que con la actual normativa europea de transparencia no hay acceso a los datos anonimizados de pacientes individuales (IPD, por sus siglas en inglés) ni tampoco a los ensayos clínicos que han resultado fallidos. Cfr. KIM, D., «Transparency Policies of the European Medicines Agency: Has the Paradigm Shifted?», *Medical Law Review*, vol. 25, 3, 2017, fecha de consulta 13 febrero 2022, en <https://academic.oup.com/medlaw/article/25/3/456/3052258>; KIM, D., «Legal Sources of Control Over and Access to Clinical Trial Data Under the EU Applicable Framework», en *Access to Non-Summary Clinical Trial Data for Research Purposes Under EU Law*, Springer, Cham, 2021, pp. 121-122.

¹¹⁸ COOMBES, R., «Re: Covid-19: Researcher blows the whistle on data integrity issues in Pfizer's vaccine trial», *BMJ*, vol. 375, 2021, fecha de consulta 2 diciembre 2021, en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/34728500>; DEMASI, M., «Are adverse events in Covid-19 vaccine trials under-reported?», 2021, fecha de consulta en <https://maryannedemasi.com/publications/f/are-adverse-events-in-covid-19-vaccine-trials-under-reported>; DEMASI, M., «A credibility blow to Pfizer's COVID- 19 vaccine», 2021, fecha de consulta en <https://maryannedemasi.com/publications/f/a-credibility-blow-to-pfizer-s-covid-19-vaccine>; THACKER, P. D., «Covid-19: Researcher blows the whistle on data integrity issues in

- ii) la interrupción de los ensayos clínicos de fase III a los dos meses¹¹⁹,
- iii) que la vacuna se haya comercializado bajo una autorización condicional urgente en la que se han acordado los plazos ordinarios¹²⁰,
- iv) el mantenimiento en España de vacunas retiradas en otros países (Moderna) por problemas de seguridad¹²¹,
- v) el significativo aumento de riesgo de padecer miocarditis y miopericarditis (mayor que el generado por el virus) que todas las vacunas aprobadas contra el virus provocan en varones menores de 40 años¹²² y de sufrir trombocitopenia y trombosis a resultas de la vacuna de AstraZeneca¹²³
- vi) la limitada información que proporcionan los sistemas de farmacovigilancia —se estima que se notifican en torno al 1% de los efectos adversos de las vacunas¹²⁴— y
- vii) la falta de un consentimiento informado específico¹²⁵ en el que se dé cuenta de los riesgos y beneficios de manera personalizada antes de recibir la vacuna¹²⁶.

Pfizer's vaccine trial», *BMJ*, vol. 375, 2021, fecha de consulta 2 diciembre 2021, en <https://www.bmj.com/content/375/bmj.n2635>.

¹¹⁹ LENZER, J., «Covid-19: Should vaccine trials be unblinded?», *BMJ*, vol. 371, 2020, fecha de consulta 11 febrero 2022, en <https://www.bmj.com/content/371/bmj.m4956>.

¹²⁰ PRUGGER, C. Y SPELSBERG, A. Y KEIL, U. Y ERVITI, J. Y DOSHI, P., «Evaluating covid-19 vaccine efficacy and safety in the post-authorisation phase», *BMJ*, vol. 375, 2021, fecha de consulta 11 febrero 2022, en <https://www.bmj.com/content/375/bmj-2021-067570>.

¹²¹ PATERLINI, M., «Covid-19: Sweden, Norway, and Finland suspend use of Moderna vaccine in young people «as a precaution»», *BMJ*, vol. 375, 2021, fecha de consulta 2 diciembre 2021, en <https://www.bmj.com/content/375/bmj.n2477>.

¹²² DEMASI, M., «Are adverse events in Covid-19 vaccine trials under-reported?», cit.; HUSBY, A. Y OTROS, «SARS-CoV-2 vaccination and myocarditis or myopericarditis: population based cohort study», *BMJ*, vol. 375, 2021, fecha de consulta 8 febrero 2022, en <http://dx.doi.org/10.1136/>; PATONE, M. Y OTROS, *Risk of myocarditis following sequential COVID-19 vaccinations by age and sex*, Oxford, 2021.

¹²³ GREINACHER, A. Y OTROS, «Thrombotic Thrombocytopenia after ChAdOx1 nCov-19 Vaccination», *NEJM*, vol. 384, 2021; PAVORD, S. Y SCULLY, M. Y HUNT, B. J. Y AL., E., «Clinical Features of Vaccine-Induced Immune Thrombocytopenia and Thrombosis», *NEJM*, vol. 385, 2021; SALIH, F. Y SCHONBORN, L. Y KOHLER, S. Y AL., ET, «Vaccine-induced thrombocytopenia with severe headache», *NEJM*, vol. 385, 2021; THIELE, T. Y WEISSER, K. Y SCHONBORN, L., «Laboratory confirmed vaccine-induced immune thrombotic thrombocytopenia: analysis of reported cases after vaccination with ChAdOx-1 nCoV-19 in Germany», *Lancet Regional Health – Europe*, vol. 12, 2021.

¹²⁴ LAZARUS, R. Y KLOMPAS, M., *Electronic Support for Public Health-Vaccine Adverse Event Reporting System (ESP:VAERS)*, Boston, Massachusetts, 2010, p. 6; ROSE, J., «Critical Appraisal of VAERS Pharmacovigilance: Is the U.S. Vaccine Adverse Events Reporting System (VAERS) a Functioning Pharmacovigilance System?», *Science, Public Health Policy, and the Law*, vol. 3, 2021, fecha de consulta 1 marzo 2022, en <https://www.nia.nih.gov/sites/default/files/2018-09/nia-ae-and-sae-guidelines-2018.pdf>. También para los efectos adversos del resto de fármacos la estimación es del 1% WHITAKER, R., *Anatomy of an epidemic*, Crown Publishers, New York, 2011, p. 236.

¹²⁵ Toda intervención médica requiere información *ad hoc* al paciente o usuario (arts. 2, 4-10 Ley 41/2002).

¹²⁶ No basta, por tanto, la actualización de los informes en la web de la AEMPS. Cfr. <https://www.aemps.gob.es/la-aemps/ultima-informacion-de-la-aemps-acerca-del-covid%e2%80%91119/>

c) Conclusión

A mayor incertidumbre sobre la idoneidad y necesidad de las medidas, menos justificada estará la injerencia iusfundamental¹²⁷. A la vista del análisis trazado observamos una eficacia muy limitada de la vacuna y un conocimiento insuficiente de sus riesgos.

Así, crear deberes sustitutorios que impliquen la restricción de derechos fundamentales (IV.4) por no seguir una recomendación voluntaria —aun siendo idóneo para animar a la vacunación— es innecesario tanto por la limitada eficacia de la vacuna como por el conocimiento aún parcial de los efectos adversos de la medida.

3. *Consentimiento informado y campaña de vacunación*

La presente reflexión lleva a una última pregunta sobre la estrategia de vacunación. Esto es, dejando de lado las restricciones a otros derechos fundamentales (libertad de circulación, igualdad, protección de datos, intimidad personal...) ¿puede el diseño mismo de una campaña *voluntaria* de vacunación resultar inconstitucional por vulnerar el derecho a la autonomía del paciente (parte del derecho fundamental a la integridad física)¹²⁸?

Para contestar debe repasarse someramente la jurisprudencia al respecto. Sorprende a este respecto el doble rasero adoptado por el Tribunal Supremo. De un lado, exige una mayor especificidad en el consentimiento informado para tratamientos no curativos y, en particular, para las medidas profilácticas que se aplican a personas sanas —por todas, STS Sala 1^a 828/2021 FJ 2.3¹²⁹— y simultáneamente admite que

vacunas-contra-la-covid%e2%80%9119/farmacovigilancia-de-vacunas/informes-periodicos-de-farmacovigilancia-de-vacunas-covid-19/

¹²⁷ «los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención» ALEXY, R., «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 3, 2002, pp. 53-54. En la misma línea, GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E., «COVID-19, vacunación obligatoria y derechos fundamentales al hilo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Vavricka y otros c. República checa: un falso dilema», cit., pp. 377-380.

¹²⁸ Cabe, por tanto, profundizar y matizar la posición de DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN y BELLVER CAPELLA quienes entienden que: «la Estrategia ni incide ni pretende incidir sobre ninguno de los derechos y libertades de los ciudadanos o, al menos, en lo que se refiere a los derechos sujetos a reserva de ley y de jurisdicción en los términos que se expresa el artículo 53.1 y 2 de la Constitución. Y del tenor de la Estrategia puede perfectamente sostenerse que la misma no afecta ni limita derecho alguno de los consagrados en el Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, los proclamados en los artículos 14 a 38, y más aún, cuando la propia Estrategia afirma que la vacunación no es obligatoria». «Estrategia para la vacunación frente a la COVID-19: naturaleza jurídica, eficacia y aspectos éticos», cit., p. 57.

¹²⁹ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018, pp. 156-158, fecha de consulta 10 febrero 2022, en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2018-83.

en las campañas generales de vacunación (medida preventiva aplicada a personas sanas) las autoridades sanitarias *silencien deliberadamente* los riesgos graves menos frecuentes para animar a la población a vacunarse¹³⁰. Así, el derecho al consentimiento informado —parte del derecho fundamental a la integridad física (STC 37/2011 FJ 5¹³¹) que rige de forma directa e inmediata frente a los poderes públicos— puede ser sencillamente desplazado por esta omisión intencionada de los riesgos.

En otros términos, el diseño mismo de una campaña de vacunación (como la del COVID-19) en la que se publican selectivamente los beneficios y se omiten o rebajan los riesgos vulnera el derecho fundamental a la integridad física. Este modelo de *nudging* tendencioso equivaldría a una estrategia de salud pública contra la obesidad en la que se instalasen espejos en las ciudades que subrepticamente deformaran la silueta de los ciudadanos para hacerlos parecer obesos y que se sometieran a tratamientos médicos contra el sobrepeso¹³². En la medida en que la comunicación veraz de beneficios y riesgos (consentimiento informado) es parte del derecho fundamental a la integridad física, este tipo de estrategias son inconstitucionales.

¹³⁰ STS Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, 9 octubre 2012, (rec. 6878/2010), FJ 6: «las campañas generales de vacunación [...] persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna; factores estos que justifican que los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas».

¹³¹ «La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental».

¹³² En idéntico sentido, SCHWEIZER, M., «Nudging and the Principle of Proportionality», cit., p. 100.

Title

COVID-Pass under Scrutiny. Nudging and Fundamental Rights

Summary:

I. INTRODUCTION II. PROBLEMS RAISED BY THE CERTIFICATE. III. THE LEGAL AUTHORISATION INVOKED IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE. IV. PROPORTIONALITY OF INTERFERENCE. V. *VACCINE-NUDGING*.

Resumen:

La exigencia del certificado COVID-19 por parte de las Consejerías de Salud autonómicas —generalizada en diciembre de 2021— para entrar en establecimientos de ocio y restauración y centros sociosanitarios pretendía contener la pandemia y animar a la vacunación. Dada la novedad de la medida, el desarrollo doctrinal es aún incipiente. El pasaporte COVID-19 autonómico limita, entre otros, los siguientes derechos fundamentales: igualdad en la ley, integridad física, intimidad y las libertades de circulación y de empresa. Este trabajo analiza la habilitación legal de este instrumento para establecer dichas injerencias, su proporcionalidad y la constitucionalidad de la medida como estímulo (*nudge*) de la vacunación teniendo en cuenta su verdadera eficacia y seguridad. Cierra el estudio una reflexión sobre la adecuación a la CE de la campaña general de vacunación contra la COVID-19.

Abstract:

The requirement of the COVID-19 certificate by the regional Ministries of Health generalised in December 2021 to access leisure, catering and socio-healthcare establishments as an instrument to contain the pandemic and encourage vaccination limits, among others, the following fundamental rights: equality, physical integrity, privacy, freedom of movement and free enterprise. Given its novelty the literature on the topic is still in its infancy. This work analyses the legal basis of this instrument to establish such limitations, its proportionality and the constitutionality of the measure as a nudge to promote vaccination taking into account its real effectiveness and safety. The study concludes evaluating the general COVID-19 vaccination campaign's constitutionality.

Palabras clave:

Certificado COVID-19; medida de estímulo; reserva de ley orgánica; limitaciones puntuales; mandato de determinación

Key words:

COVID-19 Pass; nudge; organic statutory reservation; punctual limitations; principle of certainty.