LAS **RESTRICCIONES** DE DERECHOS Y **LIBERTADES** CON OCASIÓN DEL **COVID-19**

ANTONIO JOSÉ SÁNCHEZ SÁEZ
(coord.)

Antonio José Sánchez Sáez
(coord.)

Las restricciones de derechos y libertades con ocasión del Covid-19

Granada, 2022

Diseño de cubierta y maquetación: Natalia Arnedo

© Los autores

© Editorial Comares, 2022
Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 • Albolote (Granada)
Tlf.: 958 465 382
https://www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
https://www.facebook.com/Comares • https://twitter.com/comareseditor
https://www.instagram.com/editorialcomares/

ISBN: 978-84-1369-413-9 • Depósito Legal: Gr. 1672/2022

Impresión y encuadernación: COMARES

Sumario

Cap. I—El fiasco de los pasaportes Covid en España: casuismo autonómico intolerable y falta de idoneidad como medida de control de contagios. 1
Antonio José Sánchez Sáez

Cap. II—El principio de favor libertatis frente al principio de precaución como alternativa a una gestión de la pandemia limitativa de derechos 55
Antonio Alonso Timón

Cap. III—La jurisprudencia constitucional española sobre los estados de alarma de 2020 87
Francisco Javier Ruiz Bursón

Cap. IV—Efectos de las restricciones adoptadas en relación al covid 19 sobre los contratos de arrendamiento de locales de negocios. Análisis de la práctica en nuestros tribunales. 123
Ángela Fernández Arévalo

Cap. V—Gobernanza y participación ciudadana: el principio de subsidiariedad en tiempo de pandemia 143
Ramón Darío Valdivia Jiménez

Cap. VI—Estado(s), (des)globalización y pandemia(s): breves consideraciones en torno al (a los) espacio(s) 161
João Carlos Loureiro

Cap. VII—Pandemia magistra vitae. Aprender de las catástrofes 211
Claudio Sartea

Cap. VIII—Distopía y pandemia 225
Juan Antonio Martínez Muñoz

Cap. IX—Frente a la arbitrariedad, más iusnaturalismo. Una reflexión sobre la ley natural a raíz de los abusos cometidos durante la pandemia de 2020 . . 261
Diego Poole Derqui

Cap. X—De la biopolítica a la psicopolítica, y vuelta 293
José María Carabante

Cap. XI—La limitación de derechos fundamentales ante la pandemia del COVID-19: la exigencia del pasaporte COVID y el consecuente incremento del uso de las plataformas en streaming 305
María José Salar Sotillos
Ignacio Lleó de Nalda

Cap. XII—A reacção dos poderes públicos à situação covid-19 em Portugal. O Estado de direito sob o ataque de uma mudança de paradigma social 333
David Magalhães

CAPÍTULO I

El fiasco de los pasaportes Covid en España: casuismo autonómico intolerable y falta de idoneidad como medida de control de contagios

Antonio José Sánchez Sáez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Las limitaciones de derechos en el ámbito de la loeaes. II. Las limitaciones de derechos ordinarias, fuera del marco de la loeaes. 1. ¿Necesidad de una Ley Antipandemias? 2. El mecanismo de ratificación judicial de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. 3. Pasaporte Covid: sus carencias científicas. 4. Marco legal para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales con razón del Co*vid*. 5. La importante objeción a los pasaportes Covid por parte del Consejo de Europa. III. Análisis de proporcionalidad de la imposición del pasaporte covid en españa. 1. Sobre la idoneidad del pasaporte Covid para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, es decir, para reducir considerablemente la mortalidad o reducir la presión asistencial, sobre todo los ingresos de pacientes graves en UCI. 2. Sobre la necesidad del pasaporte Co*vid*. Es decir, si cabría aplicar otras medidas menos lesivas para los derechos fundamentales y de eficacia pareja. 3. Su razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si de su imposición se derivasen más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los derechos fundamentales comprometidos. IV. Análisis de la proporcionalidad del pasaporte covid exigido a nivel autonómico para actividades puntuales. V. Algunas conclusiones

En esta investigación queremos probar con argumentos jurídicos (remitiéndonos también a estudios científicos) la inutilidad de los denominados «pasaportes Covid» en España, debido al grave incumplimiento del examen de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia; y, de paso, cómo han vulnerado el principio de no discriminación y la libertad de circulación, recogidos en los Tratados europeos y en nuestra Constitución.

Las restricciones o limitaciones de derechos fundamentales son constitucionales en los Estados de Derecho, como lo es España. Esas limitaciones pueden producirse dentro del marco de los estados de alarma, excepción y sitio previstos en los arts. 116 y 55 CE. Habrá que estar, para ello, a las condiciones que impone la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES) y a la escasa jurisprudencia que ha emanado el TC en los pocos casos que ha revisado hasta ahora, básicamente la declaración del estado de alarma el 4 de diciembre de 2010 para la militarización de los controladores aéreos por el cierre del espacio aéreo derivado de la huelga de controladores, y los dos estados de alarma declarados en 2020 con ocasión del Co*vid*.

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

I. Las limitaciones de derechos en el ámbito de las LOEAES

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

Por tanto, no podrán establecerse suspensiones de derechos por medio de la declaración del estado de alarma, como ha dejado sentado de forma tajante recientemente nuestro Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, de 14 de julio. Y ello porque la suspensión afecta a su contenido esencial, «desactivándolo» (Velasco Caballero[1]) sin que se den, para la declaración de estado de alarma, las garantías formales suficientes para ello[2].

La imposición del pasaporte Covid no implica una suspensión de derechos, por lo que no requeriría de previa declaración de estado de excepción. Y ello porque no suspende

[1] Cfr. Velasco caballero, F., «Libertades públicas durante el estado de alarma por la Covid-19», en Blanquer, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 88.

[2] Cfr. Fernández de Casadevante Mayordomo, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en RVAP, núm. 119. Enero-Abril 2021, pág. 66. También Tajadura Tejada, J., «El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», en R.V.A.P. núm. 120, mayo-agosto 2021, pág. 161, consideró que la afectación que se hizo de los derechos fundamentales en el primer estado de alarma eran más propios de una suspensión que de una limitación o restricción. También avisó de ello (que en realidad se estaban suspendiendo derechos en lugar de limitarlos) Santamaría Pastor, J. A., «Notas sobre el ejercicio de potestades normativas en tiempos de pandemia», en Blanquer, D., *Covid-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá),* en Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 228. Otros muchos autores han defendido lo mismo: que en el primer estado de alarma en realidad se estaban suspendiendo derechos. Los cita a todos Bombillar Sáenz, F. M., «Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del Covid-19», en Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, J. F. (directores), *Las respuestas del Derecho a la crisis de la salud pública,* Dyckinson, Madrid, 2020, pág. 70, como Alegre Ávila, Sánchez Lamelas, Amoedo-Soto, Díaz Revorio, Nogueira López o Teruel Lozano. A las que añado la opinión de mi querido maestro, Alfonso Pérez Moreno. Cfr. Pérez Moreno, A. y Pérez Andrés, A. A., «La utilización de la figura del RDL para la limitación de derechos en lugar de la prórroga del estado de alarma. El permiso obligatorio retribuido. Límites de los Reales Decretos-Leyes o al ser excepcionales, ¿todo vale?», en Morote Sarrión, J. V. (director) y Del Saz, S. (coordinadora), *El impacto del Covid-19 en las instituciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch-Andersen, Madrid, 2020, pág. 108.

en general un derecho completo como la libertad de circulación, sino solo para la entrada en determinados establecimientos[3].

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

Pero, en segundo lugar, salvada la premisa, para considerar constitucional la medida de implantación del pasaporte Covid en España por medio de la previa declaración del estado de alarma habría que estudiar el alcance restrictivo que ese pasaporte Covid habría impuesto en el Real Decreto que tendría que aprobar el Gobierno para ello. Es decir, el juicio de constitucionalidad de la medida necesitaría también pasar el examen de proporcionalidad, como indica el Fdto. Jco. 3.º de la referida STC 148/2021[4] y el art. 1.2 de la LOEAES[5].

[3] Esta posición de nuestro TC, digna de elogio y con la que estamos plenamente de acuerdo, no ha sido compartida por otros Tribunales Supremos ni por otra doctrina, que considera que la salud permite restringir derechos fundamentales como éste hasta el punto de imponer confinamientos muy duros. Es el caso de la Corte Suprema de Argentina en su fallo Peralta (313:1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional-Ministerio de Economía-Banco Central, considerando 38). O el fallo *Smith* de la misma Corte, días después. A esta opinión jacobina se une López Testa, D., «Derecho a la autodeterminación en pandemia», en Espejo Lerdo de Tejada, M., García Oliva, J., Martínez Cruz, J. y Murga Fernández, J. P., *Derecho y pandemia desde una perspectiva global,* Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, págs. 218-219.

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

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

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

— su *idoneidad* para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, es decir, si la medida resulta eficaz para reducir considerablemente o impedir las muertes o ingresos en UCI de personas contagiadas.

— su *necesidad*, es decir, si no existía otra medida menos incisiva en los derechos fundamentales y de eficacia pareja;

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

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

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

II. Las limitaciones de derechos ordinarias, fuera del marco de la LOEAES

1. ¿Necesidad de una Ley Antipandemias?

De entrada, nos mostramos contrarios a la postura de varios partidos políticos (esencialmente PP y Ciudadanos) y de gran parte de la doctrina para que el Estado apruebe una Ley Antipandemias, como la alemana. Básicamente porque eso le permitiría al Gobierno estatal y a los gobiernos autonómicos adoptar medidas radicales de lucha contra el Covid, de forma abusiva, como la imposición del pasaporte Covid de forma genérica para actividades cotidianas de la vida, tales como ir a trabajar, acceder a tiendas, al ocio y a otras actividades económicas y sociales. No hablamos a la ligera. Basta mirar las imposiciones absurdas de este pasaporte en Italia, Australia, Francia (cuyo presidente ha dicho claramente que no se trata de política sanitaria sino de «emmerder» – sic - a los no vacunados[6]) e incluso Austria y Alemania a partir de febrero (con posibles sanciones

[6] Estas declaraciones políticas en las que políticos extranjeros y patrios reconocen abiertamente y sin rubor que la exigencia del pasaporte Covid no es en realidad una medida con base científica, sino que busca chantajear y presionar a los no vacunados para que se vacunen deberían, por sí solas, ponerles

para los no vacunados), que están provocando un reguero de sufrimiento personal y social en enormes capas de la población, renuentes a vacunarse, por principios morales o por precaución ante unas terapias genéticas no suficientemente probadas y cuyos efectos adversos se están demostrando gravísimos.

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

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

---

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

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

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

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

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

> «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.»

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

Esta obra colectiva, dirigida por Antonio José Sánchez Sáez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, es una llamada de atención, desde el mundo del Derecho, frente a las medidas administrativas que se han adoptado en España y en otros países de nuestro entorno con ocasión del covid-19.

Se trata de una investigación transversal, que cuenta con contribuciones de Derecho positivo (Administrativo, Constitucional, Civil) como de Derecho Natural, tanto de profesores españoles como extranjeros.

Pasados ya unos meses de estos lamentables sucesos, estamos en disposición de hacer una reflexión serena sobre lo ocurrido, para evitar que estos abusos se produzcan de nuevo a corto plazo. Reputamos contrarias a Derecho medidas como la vacunación obligatoria con técnicas de ARN mensajero insuficientemente probadas, la segregación injusta provocada por el "pasaporte covid" (que no pasa el test de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia), la limitación de los derechos de reunión y manifestación, la restricción de la libertad de circulación y, en suma, de la propia libertad individual.

En esta crisis del covid hemos comprobado estupefactos cómo el Estado de derecho ha quedado dócilmente sometido a la arbitrariedad del poder ejecutivo, que ha apelado a un supuesto dictamen científico objetivo (de comités de salud "fantasmas") para restringir de forma desproporcionada y abusiva las libertades ciudadanas, pero impidiendo en realidad el verdadero debate científico, que se ignoraba constantemente.

Además, hemos observado con preocupación cómo organismos sin legitimidad democrática como la OMS (claramente comprometido con los lobbies farmacéuticos) acaban dictando la política nacional de seguridad y salud públicas de los Estados, en contra del verdadero interés general.

En estos doce capítulos se tratan todos estos temas, desde el máximo rigor que exige la mejor investigación jurídica, por parte de profesores de reconocido prestigio nacional e internacional.

COMARES
editorial

ISBN 978-84-1369-413-9
9 788413 694139