

PASAPORTE COVID PASAPORTE A LA NORMALIDAD*

**Luis Jesús
Vázquez Forno**

*Letrado de la Xunta de Galicia
Letrado-Jefe de la Asesoría Jurídica del Sergas en A Coruña*

SUMARIO

I. Introducción. II. Control Judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. III. Condiciones que impone el Tribunal Supremo para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. IV. Sporte normativo para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. V. Medidas adoptadas en la Orden de la Consellería de Sanidad de 22 de julio de 2021 de la Xunta de Galicia y resolución del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. VI. Recurso de la Xunta de Galicia y resolución del Tribunal Supremo. VII. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4ª, Sentencia n.º 1412/2021 de 1 de diciembre de 2021 (rec 8074/2021). VIII. Conclusión.

RESUMEN

Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2021 que autoriza el certificado/pasaporte COVID.

PALABRAS CLAVE

Pasaporte COVID.

I. INTRODUCCIÓN

La grave crisis sanitaria generada por la COVID 19 con continuos brotes epidémicos desde el año 2020 ha venido exigiendo de las Administraciones

Públicas la adopción de múltiples medidas sanitarias con el fin de controlar/mitigar los contagios y por ende las hospitalizaciones y, lo más dramático, los fallecimientos.

En este contexto se ha venido imponiendo una importante intervención administrativa como jamás hemos vivido, en el que las Administraciones Públicas han de intentar acompañar la necesaria protección de la vida y la salud, con un ejercicio limitado de algunos derechos fundamentales, con la preservación de la actividad económica.

En las actuales circunstancias, y a pesar de los avances de la ciencia, todavía no contamos con

* Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 1112/21 de fecha 14 de octubre de 2021 (rec. n.º 5909/21).

tratamiento médico curativo efectivo, sino fundamentalmente con medidas profilácticas de protección y las vacunas autorizadas.

Desde el fin del primer estado de alarma acordado por RD 463/2020, de 14 de marzo hasta la actualidad se han venido adoptando medidas limitativas de los derechos individuales de las personas desde las más intensas como la limitación del derecho de libre circulación, o la libre reunión o los denominados “toques de queda” hasta las más livianas como el establecimiento de aforos máximos en locales, ocio, restauración.

Y todo ello porque se ha demostrado que para lograr el fin propuesto resulta imprescindible evitar las aglomeraciones y garantizar el mantenimiento en todo momento de la distancia de seguridad, reduciendo el contacto físico o la proximidad en condiciones favorecedoras del contagio.

Si bien es cierto que se han alcanzado cifras porcentuales de vacunación elevadas, llegando casi a alcanzar la inmunidad de grupo, la COVID 19 sigue presente entre nosotros por lo que las medidas sanitarias deben centrarse fundamentalmente en la prevención, atendiendo a los parámetros que describen la situación, como son la incidencia acumulada a 7 y 14 días, el grado de ocupación hospitalaria tanto en planta como en la UCI y por supuesto el mayor grado de contagio de las nuevas variantes detectadas, como la lambda, delta y ahora omicron.

En este contexto y con el fin de hacer compatible el ejercicio de los derechos fundamentales con la preservación de la salud, con la vuelta a una nueva normalidad y el libre ejercicio de determinados sectores económicos muy castigados durante la pandemia se han venido adoptando medidas sanitarias como el denominado “pasaporte covid” como “pasaporte a la nueva normalidad” cuya exhibición permite el acceso a interiores de hostelería y restauración, ocio nocturno, gimnasios... en situaciones en que antes estaban cerrados.

Tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general, en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan

limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.

Diversos países de nuestro entorno han adoptado, incluso con mayor amplitud, medidas similares de exigencia del “pasaporte covid” como el caso de Francia, tras la Decisión nº 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional, donde se exige el certificado covid para tomar un café, el almuerzo aunque sea en una terraza, realizar una compra en un centro comercial o viajar en tren o en avión.

Lo mismo ocurre en Italia o Grecia, donde resulta obligatorio mostrar el certificado de vacunación para acceder a interiores de bares y restaurantes.

En nuestro ámbito se ha adoptado la medida de exigencia del “pasaporte covid” entre otras Comunidades Autónomas en Galicia, Andalucía, Cantabria, Asturias, Canarias, Cataluña, Murcia Baleares..., aunque no en todas ellas se ha autorizado de manera inicial por los órganos jurisdiccionales competentes.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1112/21 de fecha 14-09-2021 (rec. Nº 5909/21), conoce de un recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Auto núm. 97/2021, de 20 de agosto, dictado en el procedimiento núm. 7559/2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sobre ratificación de la medida sanitaria contenida en la Orden de la Consellería de Sanidade de 13 de agosto de 2021 de la Xunta de Galicia, en el que se acordó: «[...] Denegar la autorización de las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos previstos en la Orden de 13 de agosto de 2021 [...]»

El Tribunal Supremo en la citada Sentencia autoriza por primera vez la exigencia del pasaporte Covid para acceder a determinadas actividades sociales siendo la misma un punto de inflexión para la recuperación de la tan ansiada normalidad.

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado Sentencia n.º 1412/2021 de 1 Dic. 2021, Rec. 8074/2021 analiza un recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco contra el auto n.º 91/2021, de 22 de noviembre, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que no se autoriza la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión Europea (QR) prevista por la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera, de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la que se establece la exigencia del Certificado Covid Digital de la Unión. Europea como

medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la finalización de la situación de emergencia.

El Tribunal Supremo acuerda estimar el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco autorizando el Certificado Covid en los términos propuestos en la Orden citada.

A continuación se analizan ambas sentencias y se exponen diversos aspectos relacionados con la adopción de esta y otras medidas sanitarias.

II. CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El legislador nacional ha establecido, a raíz de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre que modificó la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa en los artículos 8.6 p2, 10.8, 11.1 l, que el control jurisdiccional de la adopción de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales de carácter colectivo sea conocida por los Tribunales Superiores de Justicia y por la Audiencia Nacional en función del ámbito geográfico de implementación de las citadas medidas.

Dicho control judicial se ha configurado como de cognición limitada, preferente y sumario y sin contradicción. Serán parte en el proceso tan sólo la Administración solicitante de las medidas y el Ministerio Fiscal.

Este control judicial de las medidas sanitarias se ha establecido normativamente como un requisito necesario para que las disposiciones administrativas que se adopten puedan desplegar sus efectos, es un elemento de eficacia de las mismas, no siendo una mera convalidación o confirmación de ellas.

Este aspecto ha sido criticado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia dado que tal control judicial parece ser más la atribución de una potestad cuasi administrativa a un órgano jurisdiccional lo cual se achaca contraviene el carácter de jurisdicción eminentemente revisora del acto y de las disposiciones administrativas.

Dado que es un requisito para que puedan desplegar efecto las medidas sanitarias las mismas no pueden ser aplicadas hasta su debida autorización.

Así lo manifiestan, entre otros, los Autos del TS de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473 de 2021), que señalan “*que la Ley 29/1998 exige la previa autorización o ratificación previa por parte de la Sala de instancia para que tengan eficacia. Quiere esto decir que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar sus efectos antes de que haya sido ratificada judicialmente. En definitiva, la ratificación prevista en esos preceptos no es una convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz. No. Estamos ante una medida que no puede ser aplicada durante el tiempo que media entre su adopción por la Administración y el pronunciamiento judicial sobre su autorización o ratificación, resultando irrelevante a tales efectos la suspensión acordada en sede administrativa. Y desde luego queda a salvo la impugnación ordinaria de este tipo de medidas. Repárese que no tendría ningún sentido diseñar un procedimiento como el que establecen los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que se justifica por la afectación de los derechos fundamentales y que impone una intensa celeridad por razones de salud pública, si lo que se pretendiera es un mero control ordinario de las actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. Recordemos que es la propia Administración promotora de la medida sanitaria quién solicita la ratificación, de modo que no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar su propia medida sanitaria. En fin, se solicita dicha ratificación para alcanzar la eficacia que por sí sola no tiene. Téngase en cuenta, por lo demás, que sobre los contornos de este procedimiento ya declaramos, en el Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación n.º 570/2020), que el procedimiento previsto en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, es un procedimiento de cognición limitada, preferente y sumario, carente de naturaleza contradictoria (sólo intervienen la Administración pública autora de tales medidas y el Ministerio Fiscal), que se incardina en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública”.*

La autorización de las citadas medidas por los Tribunales superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional no impide no obstante que los instrumentos jurídicos que las adopten puedan luego ser impugnados ante la Jurisdicción Contenciosa por particulares o colectivos que se vean afectados, lo cual deja en una posición complicada a los citados órganos jurisdiccionales cuando tengan que revisar los actos y/o disposiciones que previamente han autorizado.

Es debatida también la naturaleza jurídica de los instrumentos jurídicos que aprueben dichas medidas en el sentido de considerarlas bien actos administrativos plúrimos, o bien disposiciones de carácter general pues según nos decantemos por una u otra naturaleza jurídica distinto será el procedimiento de elaboración/producción de las mismas.

Este debate, que salvo error todavía no se ha suscitado ante los órganos jurisdiccionales, entendemos que debe resolverse en el sentido de no considerarlas disposiciones de carácter general sometidas al procedimiento de elaboración previsto en los artículos 26 y siguientes de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, y artículos 127 y siguientes de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o en Galicia artículos 37 y siguientes de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, sino actos administrativos plúrimos, pues la diferencia no estriba en la generalidad de los Reglamentos y en la singularidad de los actos, sino más bien, en el criterio ordinal de la no consunción, del carácter innovador y de la permanencia de la disposición generales frente al acto administrativo plúrimo.

En el presente caso las medidas adoptadas no revisten el carácter de permanencia e incluso tampoco el carácter innovador del ordenamiento jurídico, pues su vigencia está supeditada a un momento temporal concreto en el que se hayan adoptado y evidentemente a la cambiante evolución de la pandemia. Por otro lado aunque crean obligaciones no se aprecia nítidamente el carácter innovador del ordenamiento jurídico pues las mismas derivan de las previsiones normativas, que aunque genéricas, existen en nuestro ordenamiento jurídico y que a continuación citaremos.

III. CONDICIONES QUE IMPONE EL TRIBUNAL SUPREMO PARA AUTORIZAR LAS MEDIDAS SANITARIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Supremo ha delimitado con precisión cuales son las condiciones que se requieren para autorizar las medidas sanitarias de prevención frente a la COVID 19, que pasan por justificar la competencia para adoptarlas, la invocación de los preceptos que confieran habilitación para las mismas, que se haya identificado el peligro grave para la salud pública que se trata de conjurar, en especial que se haya establecido cual es el riesgo desde el

punto de vista subjetivo, espacial y temporal y finalmente que dichas medidas resisten ante el (triple) juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, justificando que no existen otros medios menos agresivos para adoptarlas.

En este sentido la STS de 24 de mayo de 2021 nos señala que: *“el control judicial requerido a las Salas de Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria proporcionada”*.

Idéntico criterio es seguido, entre otras, por la STS (Contencioso) de 3 de junio de 2021, nº 788/2021, Rec. 3704/2021.

El TC ha establecido que las medidas adoptadas por las autoridades que sean restrictivas de derechos fundamentales son conformes a derecho, si resisten el triple juicio de proporcionalidad. Así, lo señala el Tribunal Constitucional en la STC 39/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016, FJ Sº): *“En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto Guido de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ*

6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8j”.

Los aspectos sustanciales sobre los que pivotan las autorizaciones/o denegaciones de autorización de las medidas se sitúan en la adecuada fundamentación a través de la aportación de informes específicos elaborados por los órganos sanitarios competentes, que delimiten bien el ámbito subjetivo, espacial y temporal de las medidas, huyendo de previsiones generalistas y atemporales, así como que se justifiquen adecuadamente la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de las citadas medidas y que no haya otras menos gravosas para los derechos fundamentales.

En nuestro ámbito se ha denegado autorización para el establecimiento del “pasaporte Covid” por no cumplir alguno de los citados requisitos, entre otras resoluciones, en Andalucía, por Auto del TSJ AND 405/2021 de 6 de agosto de 2021 (rec. 1543/2021), luego confirmado por Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de agosto de 2021 (rec 5899/2021); en la CCAA de Canarias por Auto 249 y 250/2021 de 29 de julio (rec. 231/2021 y 232/21); en la CCAA de Asturias por Auto de 10 de junio de 2021 (po 384/2021), en el País Vasco por Auto de 22 de noviembre de 2021 (rec 973/2021), Auto que ha sido casado por el Tribunal Supremo.

Pero por otro lado y raíz de la Sentencia del TS de 14 de septiembre de 2021 se han autorizado entre otros en la CCAA de Murcia por Auto 334/2021 de 1 de octubre (rec. 9/2021) y Auto de 22 de octubre de 2021 (rec 10/2021), en Galicia por Auto del TSJG 111/2021 de 8 de octubre de 2021 (rec 7652/2021) y Auto de 6 de noviembre de 2021 (rec DF 7751/2021); en la CCAA de Cataluña a medio de Auto de 7 de octubre de 2021 (rec 423/2021) y Auto de 25 de noviembre de 2021 (rec 509/2021), en la CCAA de Baleares por Auto 302/2021, de fecha 13 de octubre de 2021, en la Comunidad Foral de Navarra por Auto de fecha 25 de noviembre de 2021 (rec 164/2021), en la Comunidad Valenciana por Auto de fecha 29 de noviembre de 2021 (rec 458/2021), en la Comunidad Autónoma de Andalucía por Auto de fecha 7 de diciembre de 2021 (rec n.º 2230/2021), recientemente también en Aragón, Canarias y Cantabria.

IV. SOPORTE NORMATIVO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS SANITARIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Se ha cuestionado si existe o no un adecuado soporte normativo para la adopción de las medidas

sanitarias restrictivas de derechos fundamentales tras el decaimiento del estado de alarma.

El Tribunal Supremo en diversas Sentencias como la STS 719/2021 de 24 de mayo o la STS de 3 de junio de 2021 (rec. n.º 33704/2021) han introducido dos importantes precisiones: la primera, que para la implementación de medidas que limiten de los derechos fundamentales no es necesaria una Ley Orgánica pues esta está prevista para el desarrollo de los derechos fundamentales; la segunda, es que sólo se solicitarán para su autorización las medidas no previstas en la legislación.

En nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos de tutela previstos en la legislación sanitaria están constituidos fundamentalmente por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública en su artículo 3 (*“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.”*) por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad en su artículo 26 (*“en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”*), así como por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública en su artículo 54 (f) *“Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.”*)

A este cuerpo normativo fundamental de la acción de tutela de la salud pública a nivel estatal, ha de unirse la legislación autonómica reguladora de la protección de la salud pública en el marco de competencias autonómico, como es el caso, en la Comunidad Autónoma gallega, de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

No obstante lo anterior la crisis de la COVID-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con una mayor densidad normativa en lo que respecta a la articulación de los mecanismos extraordinarios que contempla la legislación sanitaria para tutelar la salud pública ante crisis sanitarias.

Si bien el Tribunal Supremo considera que los preceptos anteriormente citados amparan/permiten la adopción de medidas sanitarias restrictivas de los derechos fundamentales, entre ellas el “pasaporte covid”, lo cierto es que las carencias normativas que se han detectado en este ámbito son: la necesidad de una mayor concreción de las medidas susceptibles de ser adoptadas en estos casos (en especial, para hacer frente a enfermedades de carácter transmisible), la regulación de los requisitos exigibles para su adopción por parte de la autoridad sanitaria competente, la necesidad de una mayor claridad y concreción en relación con el régimen sancionador aplicable y la precisión de los términos y el alcance de la garantía judicial.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia se suscitó el debate de contar con una denominada “ley de pandemias” pues se entiende que la legislación anteriormente citada es insuficiente para dar respuesta a una crisis sanitaria como la actual. Por ello con objeto de dar mayor certeza jurídica a las autoridades sanitarias que tienen que adoptar dichas medidas como también a la población en general se dictó la Ley Gallega 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

En concreto entre otras modificaciones se da nueva redacción al artículo 38 de la ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia a fin de recoger, de manera más concreta y en un mismo precepto, las medidas preventivas que pueden adoptarse por las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública, incluidas las limitativas de derechos fundamentales a que se refiere la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con especial atención a las destinadas al control de enfermedades de carácter transmisible. No se incluye, sin embargo, una enumeración exhaustiva y agotadora de medidas, pues ello podría dificultar su fin primordial, que es la tutela de la salud pública. De ahí que se introduzcan cláusulas finales abiertas que permitan la adaptación a las circunstancias del caso.

La Ley Gallega 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia estableció además un nuevo régimen sancionador más claro y concreto. Dada la especificidad de las infracciones en materia de salud pública, se optó por conferir a dichas infracciones una sustantividad propia en la ley, diferenciándolas de las restantes infracciones en materia sanitaria también tipificadas en la misma.

Por tanto no se trataba sólo de establecer un “check-list” de medidas que otorgasen la debida seguridad jurídica a las autorizadas sanitarias (artículo 9.3 de la Constitución) sino que dichas previsiones sanitarias imperativas debían contar con un adecuado soporte sancionador (principio de tipicidad) para el caso de no ser cumplidas.

V. MEDIDAS ADOPTADAS EN LA ORDEN DE LA CONSELLERÍA DE SANIDAD DE 22 DE JULIO DE 2021 DE LA XUNTA DE GALICIA Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

El “pasaporte covid” se implementa en la Comunidad Autónoma de Galicia a través de la Orden de la Consellería de Sanidad de 22 de Julio de 2021 (DOG Núm. 139-Bis Jueves, 22 de julio de 2021) por la que se prorroga y modifica la Orden de 25 de junio de 2021, por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se modifica la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

La Orden señala que se permitirá, el acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno en los correspondientes ayuntamientos con niveles de restricción medio y medio-bajo, y la restauración en los niveles de restricción alto o muy alto, según Anexos de dicha Orden, siempre que se presente o exhiba, el expresado pasaporte covid, es decir, un certificado emitido por el servicio público de salud, en los casos de vacunación o de recuperación de la enfermedad, y, en los demás casos, mediante las pruebas realizadas por un laboratorio oficial autorizado.

En concreto, la indicada Orden establece los tres supuestos siguientes:

1º Que la persona cuenta con la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19.

2º Que la persona dispone de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los test rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista actualizada de test rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base la Recomendación 2021/C 24/01, del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada las últimas 72 horas anteriores.

3º Que la persona que se recuperó de una infección por el SARS-CoV-2 está en el período comprendido entre el día 11 y el 180, ambos incluidos, después de la PDIA positiva.

La Orden delimita con claridad el espacio temporal al que ha de sujetarse la medida pues estará vigente en función la incidencia a 7 y 14 días (así como otros parámetros como ingresos hospitalarios y/o ocupación de UCIS) que se vaya constatando semanalmente y con un límite máximo de vigencia referido al 21-08-21. También se delimita el ámbito espacial que serían los territorios con incidencias en nivel máximo-alto para la restauración y niveles medio-bajo para ocio nocturno, y el ámbito subjetivo constituido por locales de restauración y ocio nocturno sitios en las poblaciones con las incidencias señaladas.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia a través de Auto núm. 97/2021, de 20 de agosto, dictado en el procedimiento núm. 7559/2021 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sala de Vacaciones), denegó la autorización para la implementación del “pasaporte covid” en la medida de que entendía que se afectaban diversos derechos fundamentales y que además la medida no cumplía el triple juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

En relación con los Derechos Fundamentales que pudieran resultar afectados por la implantación del denominado «pasaporte covid», la Sala considera vulnerado el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 CE, *“desde el momento en que la medida implica la necesidad de exhibir datos relacionados con la salud, los cuales tienen la consideración, desde la óptica de la normativa de la Unión Europea, de carácter sensible, gozando una mayor protección y confidencialidad.”*

Y, por otra parte, también podría verse afectado el principio de no discriminación recogido en el artículo 14 CE, *“por cuanto la implantación de la medida supondría un trato diferenciado respecto de los ciudadanos en función de la posesión o no del certificado de vacunación o de las pruebas médicas que se relacionan, toda vez que en nuestro país la vacunación no es obligatoria y existen determinados colectivos que no pueden ser inmunizados por razones médicas, así como otros que, aun habiendo mostrado su voluntad de serlo, no tienen acceso a las vacunas, ya que, en el orden cronológico de la vacunación, se han establecido criterios de prioridad en función de las edades o el riesgo de contagio; a lo que habría que añadir el lapso temporal entre la aplicación de la primera y la segunda dosis que, en algunas vacunas -como la de Astrazeneca- se extiende hasta las 12 semanas.”*

En relación con los principios de necesidad e idoneidad de la medida de exigencia de el “pasaporte covid” considera la Sala que la medida no los cumple dado que *“si las personas que han sido vacunadas o han padecido la enfermedad, a pesar de haber desarrollado inmunidad frente al virus (en un mayor o menor grado, dependiendo del tipo de vacuna y del hecho de haber padecido la enfermedad) pueden ser potenciales transmisores del mismo, no se ha explicado cómo se evitará el posible contagio de quienes hayan accedido al local amparados en la presentación de un justificante por la realización de una PCR o un test de antígeno, que sólo acredita que en momento de su realización no eran portadores del virus activo, pero no que gocen de inmunización alguna frente a éste.”*

VI. RECURSO DE LA XUNTA DE GALICIA Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Frente al Auto núm. 97/2021, de 20 de agosto, dictado en el procedimiento núm. 7559/2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que denegaba la autorización de las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos (“pasaporte covid”) se interpuso recurso de casación que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 1112/21 de fecha 14-09-2021 (rc. 5909/21).

El Tribunal Supremo resuelve estimar el recurso de casación formulado, revocando el Auto impugnado, y avalando la posibilidad de la exigencia del denominado certificado covid considera que la medida cumple con las exigencias de protección de la salud (FD 8º): *“Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, 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, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones.”

Por otro lado el Tribunal Supremo considera que a exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad *“pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección. En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.”*

Tampoco se considera vulnerado el derecho a la intimidad ni la protección de datos: *“Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima.*

Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a

bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19.

En fin, el derecho a la protección de los datos personales pretende garantizar a la persona el control sobre sus propios datos, decidiendo sobre el uso y el destino de los mismos para evitar su tráfico ilícito. Se confiere al titular la facultad de oponerse a su uso, sin su consentimiento, para fines distintos a los que justificaron su obtención. De modo que mediante la regulación de la protección de datos se combaten, por tanto, los peligros y riesgos que se ciernen sobre el almacenamiento y la utilización indiscriminada de datos informáticos de cualquier tipo. Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida. Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de “la exhibición” de dichos certificados en “el momento de acceso” al local, y expresamente establece una prohibición, pues “no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos”. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.”

Analizada la incidencia de la medida de la exigencia del “pasaporte covid” en los derechos fundamentales el TS analiza en el FD 9º la justificación de la medida desde el prisma de la proporcionalidad, idoneidad y necesidad para concluir que se cumplen dichos presupuestos: *“En relación con la idoneidad y necesidad de la misma, es cierto que cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para alcanzar la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento una alternativa mejor. De modo que las medidas forzosamente ha de ser cambiantes, constantemente adaptadas a la evolución de la pandemia y a los consiguientes criterios científicos. Y sabido es que la vacuna no es un medio para curar la enfermedad pero, como*

antes señalamos y ahora insistimos, sí es una acción de carácter preventivo que evita o atempera considerablemente la propagación de la pandemia, supone un innegable beneficio para la salud de todos porque disminuye los contagios y las muertes, e impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19.

La idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación ya citada, gana en concreción cuando descendemos a las características propias de los establecimientos en los que se exige. Así es, en estos lugares de ocio, por su propia naturaleza, a diferencia de otros establecimientos abiertos al público, no permiten el uso constante y permanente de la mascarilla, que debe necesariamente retirarse para comer y para beber; del mismo modo que resulta difícil mantener en ellos la distancia de seguridad, se suele conversar con un tono de voz más alto, o incluso cantar, lo que favorece la “inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado” que es “la principal vía de transmisión del SARS- CoV-2”, según señala el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Consellería.

El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos.

Desde luego la medida más segura es el cierre de los establecimientos. Sucede, sin embargo, que esta medida de cierre, teniendo en cuenta la evolución de la pandemia en relación con las consideraciones epidemiológicas en el estado actual de la ciencia, y las severas restricciones ya pasadas, podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados. Pero es que, además, la medida que se postula no se implanta de forma indiscriminada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, haciendotabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio. Al contrario, la Orden establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada

lugar. Se fijan al efecto diversos niveles de restricción, según la gravedad de la incidencia de la Covid-19 en los diferentes municipios. Y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la Orden, los diferentes municipios gallegos que se encuentran en cada nivel. La medida reviste también un carácter temporal, según “los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento”. Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento. Debiendo mediar la adecuada correspondencia y la necesaria vinculación, entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue, y el medio adecuado para su consecución. La medida, en consecuencia, ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”

VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, SENTENCIA Nº 1412/2021 DE 1 DICIEMBRE DE 2021 (REC. 8074/2021). PASAPORTE COVID PAÍS VASCO

Como señalábamos anteriormente se ha dictado por el Tribunal Supremo, con fecha 1 de diciembre de 2021, nueva Sentencia avalando el uso del certificado covid en un recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco contra previa resolución de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Auto 91/2021 de 22 de noviembre) denegatoria de la citada medida.

Considera el Tribunal Supremo que a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad,

Así lo manifiesta en el FD 3: “Por otro lado, es cierto que el auto n.º 91/2021 no indica por qué considera a esta medida discriminatoria, tal como

observa el Ministerio Fiscal, ni nos dice cuál es el grado de incidencia en el derecho a la intimidad de la mera exhibición de este documento. No es que entendamos que hayan de aplicarse a una resolución jurisdiccional exigencias que sí reclamamos a la Administración, sino que consideramos que, existiendo un criterio sentado por el Tribunal Supremo, la Sala de Bilbao habría debido hacer un mínimo esfuerzo para explicar los motivos por los que no lo sigue en vez de limitarse a afirmar sin más precisión que las situaciones no son las mismas.

La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado. De otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización y no hay duda de la existencia de un número de no vacunados mayores de 12 años suficiente para facilitar la propagación del virus y, por tanto, de la enfermedad no sólo entre ellos mismos.

Tiene el auto por relevante que no se exija la presentación del certificado a quienes trabajan en los establecimientos concernidos y a los menores de 12 años. Sin embargo, son razonables las explicaciones que ofrece el Gobierno Vasco. Los primeros han de utilizar permanentemente las mascarillas mientras que quienes accedan a estos locales de esparcimiento y restauración han de quitárselas, al menos, todas las veces que beban o coman y es previsible que lo hagan también cuando quieran cantar. La diferencia es señalada. Al Igual que lo es la situación de los menores de 12 de años por la sencilla razón de que no han sido vacunados.

Es verdad que, en este caso, la medida se propone para toda la Comunidad Autónoma siempre que se alcancen los niveles de contagios iguales o superiores a los 150 por cada 100.000 habitantes en los últimos catorce días. El auto critica que no se limite a aquellos lugares de la misma en que se llegue a esa magnitud, al modo en que se hacía en el supuesto de Galicia, pero no es irrazonable extenderla a todo el territorio vasco por los argumentos ofrecidos por su Administración y menos aún en un contexto en el que, a diferencia de lo que ocurría en el mes de septiembre, estamos viendo un generalizado incremento de las infecciones, especialmente acusado en el País Vasco y, además, cuando asistimos a la extensión de esta medida en España y fuera de España.

En definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto n.º 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre. Por el contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción, nos parece que la exigencia del certificado covid o pasaporte sanitario previsto en el Reglamento(UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular el auto n.º 91/2021 y ratificar la Orden de 17 de noviembre de 2021.”

VIII. CONCLUSIÓN

La exigencia del “pasaporte covid”, avalada por el TS en la Sentencia Supremo 1112/21 de fecha 14-09-2021 (rc. 5909/21) y también por la Sentencia 1412 de 1-12-2021 (rec 8074/2021) y por diversos TSJ puede ser una medida muy adecuada para tratar de compatibilizar la protección de salud con el ejercicio de los derechos fundamentales y la preservación de la actividad económica, sobre todo en sectores muy castigados por la pandemia.

En países de nuestro entorno su establecimiento ayudará además a fomentar la vacunación pues no han alcanzado unos niveles tan elevados de población vacunada como nuestro país.

No debemos de perder de vista que vivimos en un mundo dónde la interacción social y económica

va más allá de nuestras fronteras y aunque en nuestro país hayamos logrado altas cotas de vacunados si ello no se logra de manera global seguiremos expuestos al riesgo del virus.

La exigencia de pasaporte covid puede ayudarnos sin duda a la vuelta a la tan ansiada normalidad.

Estamos convencidos que con esta y otras medidas, con vacunación y ciencia y también con derecho venceremos al virus. Salud para todos.