

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

Procedimiento de autorización judicial de medidas COVID-19 número 460/2021.

Solicitante: Generalitat de Catalunya

Interviene el Ministerio Fiscal

A U T O N° Sala ID202100820

N° Sección 96/2021

Ilmos. Sres. Magistrados

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

José Alberto Magariños Yáñez

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de noviembre de dos mil veintiuno.

HECHOS

PRIMERO. Por la representación procesal de la Generalitat de Catalunya (departamentos de Salut e Interior) se ha presentado solicitud de autorización por parte de este tribunal de unas medidas sanitarias de carácter general (artículo 10.8 de la ley jurisdiccional) que suponen una limitación o restricción de derechos fundamentales, medidas establecidas en la resolución SLT/___/2021, de 3 de noviembre, por la que prorrogan y modifican las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña. Se ha otorgado audiencia al Ministerio Fiscal, que no se ha

opuesto a la autorización solicitada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Pretende la Generalitat de Catalunya la autorización de la prórroga de la medida sanitaria vulgarmente conocida como "pasaporte COVID", consistente en la presentación previa de certificación o acreditación de circunstancias concretas frente a la COVID ya establecidas en la precedente resolución, concretamente en sus apartados 11.1, 11.5, 13, 17.3 y 19, donde se prevé, en síntesis, el uso de certificación de vacunación, de inmunización o de pruebas diagnósticas para el acceso a ciertas actividades con importante interacción entre personas, como las recreativas musicales extraordinarias, conciertos, verbenas y otras fiestas populares, espacios culturales donde se pueda bailar e incluso al ocio nocturno ordinario en determinados supuestos, que se amplían a establecimientos de hostelería y restauración o a los exclusivamente especializados para salón de banquetes donde se realicen actividades en que exista la posibilidad de baile, atendido el riesgo similar y equiparable a otras actividades de baile ya contempladas con anterioridad.

La duración de las medidas cuya autorización se propone será de 14 días.

SEGUNDO. Se apoya la petición de autorización en el caso efectuada en un amplio informe de 2 de noviembre de 2.021 de la Agència de Salut Pública de Catalunya, donde se destacan los datos epidemiológicos y de salud pública y la situación de los recursos asistenciales en la fecha de su emisión, fecha en la que la evolución pandémica no se encuentra todavía en límites de normalidad pues, aunque exista una situación de riesgo bajo, la incidencia acumulada continúa condicionada por la presencia mayoritaria de la denominada "variante Delta", que presenta una especial capacidad de transmisión y contagio, que encuentra en determinadas actividades, sectores y hábitos de los ciudadanos que comportan una importante interacción social, un entorno especialmente adecuado para su transmisión. La evolución de los indicadores pandémicos utilizados presenta una tendencia a la estabilidad, con ligera disminución en lo referido a los datos asistenciales, pero con el mismo nivel de riesgo de hace 15 días.

Concluye el informe, siempre comparando la semana del 24 al 30 de octubre con la inmediatamente precedente, en que la situación epidemiológica se mantiene estable o disminuye muy ligeramente, mientras que en la situación asistencial se observa un aumento del porcentaje de urgencias COVID en los CUAP, manteniéndose estable en los hospitales, existiendo un ligero aumento de los porcentajes de PCR positivos y también de los fallecidos en las franjas de edad de 16 a 29 años (del 0 al 5 %), de 60 a 69 (del 28 al 31 %), de 70 a 79 (del 23 al 26 %) y mayores de 79 (del 9 al 13 %).

TERCERO. Sobre la autorizaciones como de la que ahora se trata la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2.021 (Sala 3ª, Sección 4ª, recurso 3375/2021, ha puesto de relieve las pautas a seguir, en los siguientes términos:

"CUARTO. (...) el control judicial requerido a las salas de los 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; (iv) 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 y proporcionada.

Por su parte, la sentencia de la misma sala y sección del alto tribunal de 3 de junio de 2.021 (recurso 3704/2021) ha establecido lo siguiente:

"SEXTO.- Una vez despejadas las anteriores objeciones, cabe ya examinar la cuestión de interés casacional objetivo suscitada por el Ministerio Fiscal. A decir verdad, la cuestión consta de dos partes: la primera es si la restricción de derechos fundamentales impuesta por medidas sanitarias en la lucha contra la pandemia sólo puede hacerse al amparo del estado de alarma; y la segunda, naturalmente para el supuesto de que la respuesta a lo anterior sea negativa, si la legislación ordinaria -incluido el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986- da cobertura o fundamento normativo suficiente para restricciones de derechos fundamentales de personas distintas de los enfermos y de su entorno inmediato, de manera que puedan afectar a toda la colectividad.

Comenzando por la primera parte de la cuestión, de nuestra sentencia nº 719/2021 ya se desprende que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma. Entonces se dijo que, al menos en ciertos supuestos, la legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente. No es ocioso, sin embargo, dar algunas explicaciones sobre este punto. Que el Gobierno y el Congreso de los Diputados considerasen necesario, en marzo de 2020 y en octubre de 2021, declarar el estado de alarma y que con base en el mismo se restringieran determinados derechos fundamentales no significa que, una vez levantado el estado de alarma, no exista ninguna base constitucionalmente idónea para adoptar medidas sanitarias de lucha contra la pandemia que restrinjan algunos derechos fundamentales. No corresponde ahora a esta Sala valorar la conveniencia de la declaración del estado de alarma, en particular como medio apto para la restricción de derechos

fundamentales; pero el hecho de que las instituciones políticas del Estado lo reputasen entonces necesario para ese fin no puede entenderse como imposibilidad de restricción de derechos fundamentales mediante medios normativos ordinarios, como son la ley orgánica y, en su caso, la ley ordinaria. Y, desde luego, esa opción de las instituciones políticas del Estado no puede reputarse jurídicamente vinculante para los tribunales a la hora de dilucidar cuál es el fundamento normativo constitucionalmente requerido para las restricciones de derechos fundamentales.

La restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general. La restricción de derechos fundamentales -y más aún su suspensión- en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra, como es sabido, en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I.

Con esto queda respondida la primera parte de la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO.- La segunda parte de la cuestión, una vez aclarado que cabe la restricción o limitación de derechos fundamentales en la lucha contra la pandemia del Covid-19 sin necesidad del estado de alarma, tiene que ver con la idoneidad de la vigente legislación sanitaria para dar cobertura o fundamento normativo a tales restricciones.

A este respecto debe recordarse, ante todo, algo que ya se expuso con claridad en nuestra sentencia nº 719/2021: la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo.

Así las cosas, la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación.

No está de más observar, llegados a este punto, que las restricciones de derechos fundamentales consideradas en el presente recurso de casación son bastante distintas de las que dieron lugar a nuestra sentencia nº 719/2021. Entonces se trataba de la limitación de los viajes entre islas, mientras que ahora se trata del «toque de queda» entre las 24 y las 6 horas para toda la población de la correspondiente Comunidad Autónoma y de un número máximo de

personas en las reuniones familiares y sociales. Así, los derechos fundamentales no son exactamente los mismos: allí era únicamente la libertad de circulación en el territorio nacional (art. 19 de la Constitución), mientras que aquí están en juego también los derechos a la intimidad familiar y -aunque el Ministerio Fiscal no lo mencione- el derecho de reunión (arts. 18 y 21 de la Constitución). Además, por lo que hace específicamente al llamado «toque de queda» probablemente está en juego algo más que la libertad de circulación, pues no es lo mismo prohibir desplazarse entre dos lugares determinados que obligar a todos a permanecer en su domicilio durante ciertas horas: esto último impide desplazarse a cualquier parte. Con todo ello quiere ponerse de relieve que la intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales) no son equiparables en una limitación de viajes entre islas y en el «toque de queda», por no hablar del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales: estas últimas restricciones son considerablemente más intensas y extensas. Ello, como se verá, tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, como la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.

En línea con cuanto queda expuesto, esta Sala entiende que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible.

Pues bien, actualmente la única norma con rango de ley orgánica que en el ordenamiento español podría dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales es el ya mencionado art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Este precepto, como es sabido, dispone lo siguiente:

«[...] 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.[...]».

Este precepto es innegablemente escueto y genérico. Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra sentencia nº 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es suficiente.

Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, 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. Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura.

Esta constatación, sin embargo, no conduce a concluir que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Éste puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias -a la vista de las circunstancias específicas del caso- esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública, tal como hemos dicho que es preciso hacer en la sentencia n.º 719/2021. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

Con lo expuesto queda respondida la segunda parte de la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- La aplicación de estos criterios al caso que es objeto del presente recurso de casación conduce a rechazar el motivo del Ministerio Fiscal consistente en que las medidas sanitarias ratificadas por el auto impugnado sólo podían tomarse al amparo del estado de alarma. Pero hay que acoger el motivo relativo a que tales medidas no superan el juicio de proporcionalidad: ni el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ni la Sala de instancia han justificado que las mencionadas medidas sanitarias restrictivas de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar resultasen indispensables a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el territorio autonómico, sino que se apoyan sólo en consideraciones de prudencia.

Procede, así, casar el auto impugnado y, en su lugar, ratificar el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2021 únicamente en lo atinente a la limitación de viajeros provenientes de otros lugares del territorio nacional y en lo relativo a la limitación del aforo en los lugares de culto”.

CUARTO. En consecuencia, esta sala no puede desconocer la relevancia e importancia de la pandemia internacional reconocida por la Organización Mundial de la Salud el pasado día 11 de marzo de 2.020, donde debé

enmarcarse el supuesto de autos, referido concretamente a actividades con importante interacción social, y con las especificaciones referentes al ámbito territorial de Cataluña y al temporal concreto de que se trata, por más que la situación se venga atemperando. Y, en cuanto a la posible afectación por las medidas de que se trata de derechos fundamentales, baste con reproducir lo establecido en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo número 1112/2021, de 14 de septiembre (Sección 4ª, recurso 5909/2021), en el siguiente sentido:

“SÉPTIMO. Las normas legales que amparan la medida cuya autorización deniega el auto recurrido

La cobertura normativa de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública, e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, se encuentra en la legislación sanitaria. En concreto, en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, además en este caso de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia. Aunque la Administración, en coherencia con su tesis sobre la desvinculación de la medida respecto de los derechos fundamentales, no haga referencia en la Orden citada a la primera de estas leyes.

Lo cierto es que sobre dicho marco normativo nos hemos pronunciado con reiteración, entre otras, en nuestras sentencias de 24 de mayo de 2021 (recurso de casación nº 3375/2021) y de 3 de junio de 2021 (recurso de casación nº 3704/2021), al señalar que la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y "desarrollo" a efectos del artículo 81 de la CE es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo, el respeto al contenido esencial. De modo que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada medida que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación.

A pesar del escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con las demás leyes antes citadas, hemos declarado su suficiencia como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten alguna restricción de derechos fundamentales, por más que dicha restricción revista un carácter liviano, como en este caso. En concreto, cuando dispone que "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".

Téngase en cuenta, en fin, que 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, según el nivel de restricción de la zona, según los términos municipales, que se fija en la propia Orden, a las personas que no padecen la infección por el SARS-CoV.

OCTAVO. Las limitaciones de los derechos fundamentales

Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril, y ello no sólo por los límites específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos.

Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la Covid-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende.

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 y que más adelante veremos.

La 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 que 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.

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.

Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad. Es cierto, por tanto, que la vacunación no se dirige a curar la enfermedad de los pacientes, en el ámbito de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pues es una medida de prevención que actúa sobre personas sanas, o que no padecen la Covid-19, y que pretende impedir, o restringir significativamente, la trasmisión de los contagios, para frenar o ralentizar la propagación de la enfermedad, en definitiva, que su incidencia sea la menor posible, lo que se sitúa en la órbita de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.

En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha de

sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

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.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo 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.

Del mismo modo que medidas similares se han autorizado, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como el caso de Francia, tras la Decisión nº 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.

En concreto, el expresado Reglamento de la UE citado establece, en el considerando 13, que si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión.

NOVENO. La justificación de la medida

Sentado, pues, que el derecho fundamental a la protección de datos no resulta limitado por la medida que se pretende, y que los derechos fundamentales a la igualdad y a la intimidad proyectan una tenue intensidad cuando se enfrentan con la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y con la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la Covid-19, nos corresponde seguidamente examinar y concretar, aunque la respuesta ya se infiere de lo expuesto, si la medida exigida resulta necesaria e idónea para conseguir el fin perseguido, en definitiva, si resulta proporcionada. Dicho de otro modo, debemos abordar esa proporcionalidad en sentido amplio, que incluye el juicio de idoneidad sobre si la medida resulta adecuada, idónea y apta para alcanzar el fin que se propone (i), el juicio de necesidad sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado (ii), y la proporcionalidad estricta que se concreta en el sacrificio que impone la medida no debe resultar excesivo en relación con el interés que protege dicha actuación (iii).

Conviene recordar que ya declaramos, en nuestra Sentencia de 24 de mayo de 2021 (recurso de casación nº 3375/2021), que el enjuiciamiento, para la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública y que puedan comportar alguna limitación o restricción de los derechos fundamentales, debe extenderse también a la justificación de la medida, si es o no suficiente, y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

Antes de nada, debemos descartar el examen de la proporcionalidad en sentido estricto porque, en el presente recurso, no hay discrepancia procesal al respecto, y compartimos, por tanto, la conclusión que expresa la Sala de instancia en el auto impugnado, cuando declara que la afectación de los derechos fundamentales implicados en el caso "podría considerarse que no es de gran entidad -e, incluso, discutible-", pues se trata de una "mera exhibición momentánea" de la documentación, que se trata de un acceso voluntario "en aras de proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones".

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 Conselleria de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Conselleria.

El citado informe señala que la "transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, no sólo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por la Covid-19 la tasa de ataque secundaria de los casos Covid vacunados fue inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos Covid no vacunados" Añadiendo que "las personas no vacunadas reducen significativamente su riesgo de infectarse y desarrollar la Covid-19 en el caso de entrar en contacto con un caso Covid que sí está vacunado".

También reconoce el citado informe, y el informe de la Subdirectora General de Información sobre Salud y Epidemiología, y miembro del Comité Clínico, 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 "los cribados de pruebas diagnósticas entre aquellas personal aún no vacunadas (...) ha favorecido un diagnóstico precoz de casos".

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.

No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la

salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales.

Conviene tener en cuenta que la Administración, ya manejó otras opciones, según consta en 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 también se valoraron otras medidas como es el caso de "la instalación de medidores de dióxido de carbono (CO₂) para el control de los tiempos de ventilación".

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, haciendo tabla 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.

DÉCIMO. El precedente de este Tribunal Supremo

Cuanto hemos expuesto no se opone, al contrario, reafirma, lo razonado por la Sala de vacaciones en la Sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación nº 5899/2021).

La conclusión que expresa el fallo esta sentencia, al declarar que no había lugar al recurso de casación interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en Granada, que había denegado la ratificación o autorización judicial de las medidas de las autoridades sanitarias que puedan suponer limitación o restricción de derechos fundamentales, se funda en que la Administración, en ese caso, no había justificado la necesidad de la medida sobre la implantación del denominado pasaporte Covid. Las razones son, según señala la citada Sentencia, que no establece "una duración de la medida que se contempla de

forma indefinida y permanente", que la medida afectaba al "conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución", y que carece de justificación.

De modo que las circunstancias del supuesto examinado en el recurso de casación allí resuelto, y las del que aquí examinamos, en los términos establecidos en los fundamentos anteriores, son muy distintas, como distinta es también la justificación proporcionada en uno y otro caso por la Administración recurrente. Por ello no es de extrañar que nuestra conclusión también sea diferente.

Procede, en consecuencia, haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el Auto, de 20 de agosto de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y autorizar o ratificar la medida que se postula"

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación, la sección **ACUERDA:** **AUTORIZAR** las medidas interesadas por la Generalitat de Catalunya que vienen referidas en los apartados 11.1, 11.5, 13, 17.3 y 19 antes indicados de la Resolución SLT/___/2021, de 3 de noviembre,, con efectos desde su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat y una duración de catorce días, debiendo la solicitante comunicar a esta sala en el plazo de tres días su publicación oficial, con la debida indicación de los recursos frente a ella procedentes. Sin costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 87 de la ley jurisdiccional.

Así, por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo acordado y paso a notificar. Doy fe.