

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA**

**Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias [SND] n°: 4
/000458/2021-DZ**

N.I.G: 46250-33-3-2021-0002808

Ponente: D/D^a MANUEL JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Demandante/Recurrente: ABOGACIA GRAL. DE LA GENERALITAT

Procurador/Ltrado: /

Demandado/Recurrido: MINISTERIO FISCAL

A U T O N° 479/21

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Magistrados:

MIGUEL ANGEL OLARTE MADERO

ANTONIO LÓPEZ TOMÁS

En VALENCIA, a veintinueve de noviembre de dos mil veintiuno

Dada cuenta; lo precedente únase, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26.11.2021 fue registrado escrito presentado por la Abogada de la Generalitat Valenciana mediante el que, al amparo del art. 10.8 LJCA, solicitó autorización a esta Sala de las medidas contenidas en la resolución de 25 de noviembre de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

Dicha resolución, en la parte que interesa, queda reproducida en el primer razonamiento jurídico de este auto.

SEGUNDO.- Repartido el asunto a la Sección Cuarta de esta Sala, el mismo día 26.11.2021 se confirió el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, el que manifestó no oponerse a la autorización de tales medidas.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sala, **D. Manuel José Baeza Díaz-Portales**, quien expresa el parecer del tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Acto administrativo cuya autorización se insta en esta sede jurisdiccional y posición del Ministerio Fiscal al respecto.

1.1 El acto administrativo que, en este caso, se somete a autorización judicial es la resolución de 25 de noviembre de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

Concreta y textualmente, las medidas cuya autorización se nos solicita son las que se contienen en el punto primero del “RESUELVO” de la precitada resolución, que es del siguiente tenor:

“Primero.- Exigencia de presentación de certificado de vacunación, prueba diagnóstica o certificado de recuperación Covid-19 en determinados establecimientos, locales y eventos.

1. La exigencia de presentación de certificado de vacunación, prueba diagnóstica o certificado de recuperación Covid-19, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, se requiere para el acceso de las personas mayores de 12 años, incluida esta edad, al interior de los siguientes establecimientos, donde es necesario el uso de la mascarilla:

a) Los establecimientos de hostelería y restauración abiertos a la pública concurrencia, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 50 personas.

Quedan exceptuados de esta medida, los comedores (no cafeterías) de centros docentes de enseñanza reglada, respecto del alumnado y profesorado.

b) Los establecimientos y actividades de ocio y entretenimiento, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 50 personas.

c) Los establecimientos y espacios dedicados a actividades recreativas y de azar, en los que se preste servicio de restauración.

d) Los establecimientos y centros hospitalarios, para las visitas.

e) Los establecimientos residenciales del sistema público o privado de servicios sociales, para las visitas y personas ajenas a la institución.

2. Asimismo, se debe presentar certificado de vacunación, prueba diagnóstica o certificado de recuperación Covid-19, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, en los eventos y celebraciones con concentración de personas y festivales de música que se celebren en espacios cerrados y en espacios al aire libre con asistencia de más de 500 personas y donde no sea factible el uso de mascarilla de forma permanente.

Respecto de los eventos deportivos se estará a la ordenación prevista en las resoluciones vigentes dictadas por la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, en materia de salud pública, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

3. En estos locales y establecimientos y en los lugares donde se desarrollen estos eventos, el acceso a los mismos requiere la presentación de un certificado, emitido por un servicio público de salud o, en el caso de la letra b) de este punto 3., por un laboratorio oficial autorizado, que acredite la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que a la persona titular se le ha administrado la pauta vacunal completa contra la COVID-19 de alguna de las vacunas autorizadas (certificado de vacunación).

b) Que la persona titular disponga de una prueba diagnóstica negativa en relación con la COVID-19 realizada en las últimas 72 horas en el caso de las pruebas RT-PCR, y en las últimas 48 horas en el caso de los tests de antígenos.

c) Que la persona titular se ha recuperado de la COVID-19 en los últimos seis meses después de un resultado positivo obtenido mediante una prueba diagnóstica considerada válida por la autoridad competente (certificado de recuperación).

4. A dichos efectos, la persona que quiera acceder a estos establecimientos, locales y eventos, tiene que presentar, junto con el documento acreditativo de su identidad, cualquiera de los certificados previstos, en soporte digital o en soporte papel, a las personas designadas para el control de accesos por parte de la persona titular o responsable del establecimiento, quienes realizarán su comprobación.

5. No se conservarán los datos que contienen dichos documentos, ni se podrá hacer uso de ellos para ninguna otra finalidad que la mencionada de control de acceso; así tampoco se podrán generar ficheros o registros con los mismos.

6. En la entrada a los eventos y a los establecimientos y locales, en una zona visible, se tiene que colocar un cartel en que se informe que su acceso requiere del oportuno certificado en los términos que esta resolución exige, así como sobre la no conservación de los datos personales acreditados.”.

1.2 En lo que se refiere a las precitadas medidas, el Ministerio Fiscal ha manifestado no oponerse a la autorización de las mismas “habida cuenta que han sido adoptadas por Autoridad competente dentro del ámbito de sus competencias, amparadas por una norma con rango legal, que persiguen un fin constitucionalmente legítimo, defensa de la salud pública, la integridad física y la salud de la población, siendo de carácter urgente, existiendo la necesaria proporcionalidad de las medidas, ya que suponen limitación de derechos fundamentales, y han sido debidamente motivadas, por cuanto son idóneas y necesarias para los fines que se pretenden a la vista del informe técnico aportado que analiza la evolución de los contagios y motivan su duración como los demás informes aportados”.

Dicho informe contiene un importante esfuerzo argumentativo y valorativo, (sustentado -además- en los datos técnicos y consideraciones científicas que se contienen en el informe de la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de fecha 22 de noviembre de 2021), resultando concordante con lo que en sucesivos razonamientos jurídicos vamos a desarrollar en relación con relevantes aspectos jurídicos imbricados en el tema que nos ocupa. Particularmente, el informe analiza la doctrina de esta Sala relacionada con los presupuestos y requisitos de este tipo de autorizaciones judiciales y también la STS 112/2021, dictada específicamente en relación con el denominado “pasaporte Covid”. Incide, además, en la diferencia entre lo que es limitación y lo que es suspensión de derechos fundamentales (razonando el por qué en este caso estamos ante limitación y no suspensión de derechos), el amparo legal de las medidas adoptadas y la proporcionalidad de las mismas (razonando individualizadamente y por referencia al caso concreto el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

SEGUNDO. - Síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la función jurisdiccional de los actos de la Administración sujetos a autorización o ratificación judicial.

En subsiguientes razonamientos jurídicos abordaremos y clarificaremos algunos de los presupuestos de necesaria concurrencia para emitir una decisión de autorización o ratificación judicial en este tipo de supuestos (singularmente lo atinente a la insuficiencia de la normativa procesal para justificar la intervención judicial en las medidas de que se trate y -por ello- la necesidad de una cobertura sustantiva de las mismas). También trataremos otras claves que mediatizan la decisión de autorización -o no- de las medidas.

Pero, ahora por de pronto, comenzamos por recordar -a modo de inicial contextualización- lo que venimos expresando en anteriores resoluciones sobre la materia acerca de la doctrina constitucional aplicable en estos casos. Es lo que sigue.

“Habida cuenta que nos encontramos en trance de proceder a la ratificación -o no- de este tipo de medidas que se contempla en el art. 10.8 LJCA, habremos de tener en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la función jurisdiccional en estos supuestos ha clarificado que la extensión del control judicial en este ámbito singular consiste en verificar si concurren las condiciones extrínsecas de legalidad del acto administrativo de que se trate, lo que es equiparable a la inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en el mismo, o a que la Administración pretenda actuar en vía de hecho. Los motivos de legalidad ordinarios son ajenos a este proceso y han de hacerse valer en el oportuno recurso ordinario. Debe apreciarse y revisarse, entre otros aspectos, la competencia del órgano autor de acto y la proporcionalidad de la medida en una doble perspectiva: una formal, de la preceptiva motivación adecuada del acto a ejecutar y otra material, de la necesidad, adecuación y proporcionalidad -en sentido estricto- de tal medida.

Así, el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo (sea Juzgado, sea Tribunal Superior de Justicia, sea Audiencia nacional, ex artículo 8.6; 10.8 ó 11.1 i L.J.C.A.), controla, mediante la autorización o ratificación, la proporcionalidad de medidas sanitarias que pretendan ponerse en práctica, en cuanto tales medidas lleven aparejada la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, actuando así como garante de los derechos fundamentales del individuo. En todo caso, los supuestos en los que, legítimamente y con criterios de proporcionalidad, la Administración puede actuar primero y pedir la ratificación judicial después para legitimar constitucionalmente lo ya realizado deben venir condicionados por dos requisitos: el primero de ellos es el de la urgencia en dicho actuar, es decir, la Administración Sanitaria podrá adoptar medidas para la preservación de la salud pública cuando haya razones urgentes que exijan su inmediato actuar con independencia de que, acto seguido, después de materializado el acto administrativo, deba recabar la correspondiente intervención judicial garantizadora de los derechos o libertades afectados; y la segunda de las exigencias que condiciona este actuar previo al control judicial por la Administración es el requisito de la necesidad de la medida, es decir, que la medida a adoptar sea imprescindible para la preservación de la salud pública.

En definitiva, los preceptos normativos indicados permiten a las autoridades sanitarias adoptar diversas medidas, de prevención general y especial, así como de tratamiento y actuación, en materia sanitaria cuando lo exijan circunstancias que pongan en riesgo la

salud pública. Como se ha señalado, cuando tales medidas puedan afectar al ámbito de derechos fundamentales y libertades se exige el control judicial, que actúa en estos casos, no en ejercicio de potestades jurisdiccionales, sino de garantía en los términos del artículo 117.4 de la Constitución Española, de manera que únicamente en los ámbitos sanitarios indicados y cuando se trate de medidas urgentes y necesarias para la preservación de la salud pública la Administración podrá actuar limitando derechos fundamentales o libertades públicas individuales, debiendo acudir posteriormente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que ésta controle por vía de ratificación el conjunto de las que hayan sido tomadas”.

Esto lo hemos recogido en nuestro auto 142/2020 -de 27 de octubre-, en nuestra sentencia 21/2021 -de 21 de enero- y también en nuestros autos 173/2021 -de 7 de mayo-, 195/2021 -de 21 de mayo- y 299/2021 -de 22 de julio-

TERCERO. - Competencia de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública para la adopción de las medidas sometidas a control judicial.

Como acabamos de ver, uno de los aspectos a revisar en nuestro juicio valorativo es el de la competencia del órgano autor del acto.

No albergamos grandes dudas en este punto sobre la efectiva competencia de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública para adoptar las medidas de que aquí se trata, si bien advertimos que lo que diremos en el presente razonamiento debe ser necesariamente completado y armonizado con las consideraciones que efectuaremos en el siguiente.

En este sentido, las potestades administrativas que justifican medidas sanitarias de privación o restricción de las libertades o de otros derechos fundamentales de los ciudadanos encuentran cobertura, originariamente, en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma, después de proclamar el derecho a la salud, precisa en su apartado segundo que “(c)ompete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”

El desarrollo básico del tal norma de nuestra Carta Magna, que consagra el referido principio constitucional rector de la política social del Estado, se encuentra en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 abril (sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), en la Ley 33/2011, de 4 de octubre (General de Salud Pública) y en la Ley 14/1986, de 25 abril (General de Sanidad), dictadas en virtud de la atribución competencial reconocida en el artículo 149.1.16 de la Constitución a favor del Estado, y sin perjuicio del ámbito competencial que en materia de sanidad e higiene efectúa el artículo 148.1.21 a las Comunidades Autónomas. En la Comunidad Valenciana, hemos de estar al propio tiempo a la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

Conocemos, además, la asunción por parte del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 5/1982) de la competencia en esta materia, la que viene contemplada en el art. 148.1. 21ª como una de las que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Podemos referirnos, en fin, a la atribución pública a la Consellería de Sanitat y Salud Pública que deriva del Decreto 105/2019, de 5 de julio, del Consell (por el que se establece la estructura básica de la Presidencia y de las Consellerías -art. 94-) y al Acuerdo de 19 de junio de 2020, del Consell (sobre medidas de prevención

frente a la COVID-19), que prevé la posibilidad de adopción de medidas extraordinarias en salvaguarda de la salud pública a causa de la pandemia por coronavirus SARS-CoV2 por parte de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, que añade que “(a)simismo corresponde a la persona titular de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública adoptar las medidas necesarias para la aplicación del presente acuerdo y establecer, de acuerdo con la normativa aplicable y a la vista de la evolución de la situación sanitaria, todas aquellas medidas adicionales o complementarias que sean necesarias”.

CUARTO. - La Ley Orgánica 3/1986 (de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), puesta también en relación con la Ley 14/1986 (General de Sanidad), Ley 33/2011 (General de Salud Pública) y -en nuestro específico ámbito autonómico- Ley 10/2014 (de Salud de la Comunitat Valenciana), proporcionan *ab initio* suficiente cobertura normativa sustantiva para la adopción de medidas sanitarias limitativas -no suspensivas- de libertades y derechos fundamentales. Iniciales alusiones a la reciente doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo.

4.1 Señalábamos *ut supra* que la adopción de medidas sanitarias limitativas de libertades y derechos fundamentales no puede tener únicamente soporte en una norma adjetiva, sino que debe quedar sostenida y alimentada por una norma sustantiva. Parece que ello no debería provocar debate dado que la causa y finalidad de las medidas procesales (atribución de competencias, regulación del procedimiento...) nada tiene que ver con la regulación material necesaria para habilitar el establecimiento de facultades sustantivas. Las normas adjetivas o formales son las que poseen una existencia dependiente y subordinada, pues solo tienden a facilitar los medios para que se cumpla la regla establecida, garantizando el respeto a las facultades y deberes atribuidos por las normas sustantivas. Precisamente las normas materiales o sustantivas son las que tienen una finalidad propia y subsistente por sí, fijando -entre otras cosas- la regla de conducta y las facultades y deberes de cada cual. Por eso, la atribución competencial a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de competencia para conocer “de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no resulten identificados”, contenida en el art. 10.8 LJCA, no puede sustentar por sí sola -dado su carácter adjetivo- la procedencia material de medidas como las que nos ocupan, lo que nos conduce a indagar cuál o cuáles normas sustantivas pueden amparar tales medidas.

4.2 Ello nos lleva irremisiblemente al conocido debate acerca de si determinadas medidas limitativas de libertades y derechos fundamentales pueden acomodarse en el soporte normativo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (puestas en relación con la legislación explicitada en la rúbrica de este fundamento jurídico) o no quedaría más remedio que acudir para su adopción al denominado derecho de excepción, positivizado en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 4/1981, de 1 de junio (de los estados de alarma, excepción y sitio) [Debate que, sin perjuicio de las aportaciones que a continuación seguimos intentando realizar, ha quedado ya resuelto por nuestro Alto Tribunal -como veremos en el siguiente razonamiento jurídico-].

4.3 Elucidar tal cuestión nos va a exigir efectuar determinadas reflexiones.

4.3.1 La primera de ellas es que la Ley 3/1986 -al igual que la Ley 4/1981- tiene la naturaleza de orgánica. Leyes orgánicas son las *constitucionalmente* requeridas para regular ciertas materias (art. 81.1 de la Constitución Española). En el caso, es claro que si ambas leyes tienen el carácter de orgánicas es precisamente porque son susceptibles de incidir en derechos fundamentales (y, por tanto, limitarlos). Teniendo la misma naturaleza y rango normativo no puede entenderse que alguna de ellas tenga algún grado de jerarquía o superioridad sobre la otra (por cierto, tampoco es desdeñable el dato de que la Ley 3/1986 es posterior a la Ley 4/1981). No cabe duda que la Ley Orgánica 4/1981 tiene un ámbito aplicativo más amplio, pero por ello no entendemos que tenga -al respecto que ahora nos ocupa- una mayor especificidad que la Ley Orgánica 3/1986. Ésta, además y a diferencia de la Ley 4/1981, tiene como objeto exclusivo la materia de salud pública. En sentido similar a estas consideraciones podemos citar el auto de 23 de octubre de 2020 de nuestra homónima Sala de Asturias-apartado 4.1 del RJ 4º-.

4.3.2 Otra cuestión que debe también quedar esclarecida es que las medidas que ahora tratamos suponen únicamente la restricción o limitación de libertades y derechos fundamentales, no la suspensión de los mismos (esto no es una cuestión de matiz, sino de cardinal trascendencia). La suspensión tiene una connotación o carácter absoluto respecto del ejercicio de un derecho, en tanto que el componente propio de la limitación es la relatividad. Limitar, como su propio nombre indica, es poner límites a algo, en este caso fijar la extensión de los derechos y facultades de alguien. La suspensión es la privación completa, aunque sea solo por algún tiempo. En anteriores autos de esta misma Sala y Sección hemos justificado que la restricción de la circulación y deambulación en un horario determinado, así como la reducción a un máximo de personas de las agrupaciones o reuniones familiares y/o sociales suponen únicamente limitación de derechos, no suspensión de los mismos (véanse los autos identificados en el último párrafo del RJ 2º de la presente resolución). Más fácilmente entendemos que la medida de exhibición de determinada documentación para el acceso a ciertos establecimientos y actividades no pasa de la categoría de simple limitación de derechos fundamentales, nunca de suspensión de los mismos dada la menor intensidad de incursión de estas medidas en el ámbito de determinados derechos fundamentales (como veremos en el siguiente razonamiento jurídico). Esto -como anticipamos- tiene su importancia habida cuenta que, si nos hubiésemos encontrado ante medidas que supusieran la suspensión de derechos fundamentales, la cláusula contenida en el art. 55.1 de nuestra Carta Magna hubiera impuesto necesariamente la declaración del estado de excepción.

4.3.3 Decíamos en el apartado 4.3.1 que la Ley 3/1986 (de medidas especiales en materia de salud pública) tiene la naturaleza de orgánica. Ello viene a cuento porque el Tribunal Constitucional admite el establecimiento de medidas concretas limitativas del efectivo ejercicio de derechos fundamentales sin tener que acudir necesariamente al llamado derecho de excepción, eso sí, siempre que esa limitación esté suficientemente caracterizada en la correspondiente ley orgánica -en cuanto a los supuestos y fines que se persiguen- y justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

En nuestros precitados autos ya hemos hecho referencia a que la LO 3/1986 expresa “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”: (i) su ámbito material, que es la salud pública -descrito en el primer inciso de su artículo primero-, (ii) la urgencia y necesidad de las razones sanitarias que demanden la adopción de medidas -se contempla en el inciso final del mismo artículo- y (iii) su finalidad de controlar la transmisibilidad de enfermedades contagiosas -primer inciso del artículo tercero-. Pues

bien, esto ha sido corroborado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus recientes sentencias 719 y 788/2021, en las que ha señalado que *“este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales (...), las cuales, de otro lado, no pueden determinarse siempre --ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas-- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia n.º 14/2021”*.

No podemos, por lo que acabamos de ver, participar de la idea de que estemos ante un precepto excesivamente abierto. Además, el hecho de que no se especifiquen en el artículo tercero las concretas medidas limitativas de derechos fundamentales que pueden acordarse lo o único que revela -lo que no está exento de lógica- es que estamos ante un precepto adaptable a las circunstancias particulares de cada caso y a la situación epidemiológica de que se trate. Pero no que no puedan adoptarse medidas. Otro entendimiento dejaría vacío de contenido el artículo tercero, lo que no puede entenderse factible. Por lo demás, no hemos visto que la constitucionalidad de tal norma -la LO 3/1986- haya sido puesta en cuestión (y esta es una norma que no puede obviar, por consiguiente, este órgano jurisdiccional).

Relacionado con lo anterior, tampoco asumimos -aunque, desde luego, respetamos esta interpretación- que las posibles medidas a tomar queden restringidas a personas concretas y determinadas que queden concernidas claramente por la enfermedad (esto es, enfermos y personas relacionadas con ellos). Las medidas que pueden adoptarse según tal precepto, conforme el mismo viene redactado y de acuerdo con nuestro entendimiento de la ortodoxia gramatical, son las relativas -de un lado- al control de los enfermos, de las personas que hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y -de otro- las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Así nos parece que resulta de la estructura gramatical del precepto y, en particular, de la locución conjuntiva “así como”, que funciona como conjunción distributiva (‘correlativa’) con predicado único, que es el que va a continuación de “las que se consideren necesarias” y es el de “en caso de riesgo transmisible”.

Esta última conclusión (que venimos reiterando desde hace tiempo) también ha sido confirmada en su esencia por las mencionadas SSTs, las que han expresado que *“(s)in ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. Y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad”*.

Concluyéndose en estas sentencias con que “(e)n definitiva, la a legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas, o sea, las que hemos destacado”.

4.4 No podemos terminar la cuestión objeto de este razonamiento jurídico sin significar una vez más que, tal como se lleva escuchando y solicitando desde diversas instancias -incluidas las judiciales-, lo deseable de *lege ferenda* hubiera sido -y sigue siendo- una producción normativa idónea y “ad hoc” que solviente los problemas interpretativos con los que nos encontramos y evite la consecuente contradicción de criterios a la que asistimos en su día y que siguen repitiéndose en los diversos tribunales territoriales del país. Esta necesaria intervención legislativa es precisamente la que ya se produjo en los comienzos de la pandemia por varios de los países de nuestro entorno geográfico y cultural, resultando particularmente significativo como dos países -Alemania y Francia- que tienen una configuración constitucional poco coincidente dieron una solución similar de orden administrativo, especificando competencias antes previstas en disposiciones más generales y -en definitiva- confiriendo la necesaria certeza y seguridad a las autoridades sanitarias para acordar medidas limitativas de derechos fundamentales.

Con lo que sí contamos ya, desde luego, es con algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre relevantes aspectos del tema que nos ocupa. Pasamos a verlos en el siguiente razonamiento jurídico, si bien en este caso con una proyección específica a la medida que aquí interesa.

QUINTO. - La reciente sentencia del Tribunal Supremo número 1112/2021: claves para la valoración de las solicitudes de autorización judicial circunscritas específicamente a la implantación del denominado “pasaporte Covid”.

5.1 Lo primero que hay que anotar en relación con este tema es que la imposición del “pasaporte Covid” para el acceso a determinados establecimientos y actividades queda sujeta a la necesidad de someter la misma a autorización o ratificación judicial. Esto se justifica en la STS de referencia en la consideración de que no resulta descartable la incidencia de la medida de que se trata sobre determinados derechos fundamentales, siendo que “(l)a ratificación o autorización judicial únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria”.

En este punto, el TS explica lo siguiente:

“En el caso del derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), la afectación o limitación puede sostenerse en la medida que unos ciudadanos se ven privados del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio por no disponer o no querer exhibir la documentación requerida, ni someterse a ninguna prueba. Es decir, por no acreditar haber sido vacunado, haberse realizado las pruebas exigidas, o por no constar que se ha recuperado de la enfermedad. Debemos reparar, a estos efectos, que la vacunación es voluntaria y que por razones médicas puede haber personas que no pueden ser vacunadas.

El derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE), por su parte, puede resultar concernido, y restringido, en la medida que se considere que la exhibición de dicha documentación está poniendo de manifiesto datos de carácter íntimo, sobre la salud, que se refieren a ese reducto personal y familiar que protege el derecho a la intimidad, aunque únicamente se refiera a poner de manifiesto si ha sido vacunado o no, o se ha pasado la enfermedad.

Por lo que se refiere al derecho a la protección de datos (artículo 18.4 de la CE) que efectivamente protege no sólo los datos íntimos, sino cualquier información relativa a la persona, también podría verse concernido, si entendiéramos que la circunstancia de haberse vacunado, o no, fuera un dato personal, que aunque no pertenezca a la esfera íntima de la persona, sí es un dato relativo a su privacidad, que está especialmente protegido cuando es objeto de tratamiento.

En definitiva, en esta primera e inicial aproximación a la cuestión no podemos descartar su incidencia, luego veremos si es intensa o tenue, sobre los derechos fundamentales que pueden verse limitados por la medida”.

5.2 La 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 dentro de un determinado lapso temporal) no vulnera algunos de los derechos referidos y, en cualquier caso, la limitación de los mismos es “tenue”, quedando justificada objetiva y razonablemente en su confrontación con la “potente presencia” de los otros derechos fundamentales como el derecho a la vida (art. 15 CE), a la integridad física y la protección de la salud (art. 43 CE).

Esto se ilustra de la siguiente manera:

“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 de evita o restringe la propagación de 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 transmisión 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.”.

5.3 Debe procederse al examen y ponderación de la justificación ofrecida por la Administración para este tipo de medidas y, con base en ello y las concretas circunstancias de las medidas cuya autorización se solicite, efectuar el pertinente control o revisión de la proporcionalidad de aquéllas.

Esto se desprende también de la STS de referencia (véase su FD 9º) y es lo que, en cualquier caso, resulta exigible en estos supuestos conforme a lo expuesto en el RJ 2º de este auto.

Es lo que pasamos a realizar en el siguiente razonamiento jurídico.

SEXTO. – Justificación administrativa de la medida y juicio constitucional de su proporcionalidad.

6.1 Justificación contenida en la resolución administrativa sometida a nuestro escrutinio.

Como presupuesto a la realización de tal juicio de proporcionalidad hemos de detenernos en el examen de la justificación que se contiene en la resolución administrativa de que se trata, respecto de la que apreciamos su notable denuedo argumentativo y su esfuerzo en la aportación de datos, en especial de las circunstancias y consideraciones técnicas más relevantes motivadoras de las medidas que se acuerdan.

Los causas y razones que han dado lugar a la adopción de las medidas cuya autorización se solicita se sustentan especialmente en el informe de la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de fecha 22 de noviembre de 2021.

Este informe comienza evidenciando que la curva epidémica muestra un crecimiento sostenido y generalizado.

Así, dicho informe expresa que *“Todos los indicadores de evaluación del nivel de transmisión presentan una tendencia creciente. A fecha 22 de noviembre, la incidencia acumulada a 14 días asciende a 133,15 por 100.000 habitantes y a 7 días a 74,82 por 100.000 habitantes frente a 42,89 y 18,11 el 4 de octubre. La evolución del número reproductivo básico instantáneo se encuentra por encima de 1 lo que significa que la epidemia no está controlada. A fecha 22 de noviembre, el valor es de 1.36 IC95% (1.33 - 1.4), en el anterior informe era de 0.87 IC95% (0.82-0.91). El porcentaje global de positividad de las pruebas diagnósticas de infección aguda también aumenta, situándose en 8,36% frente a 3,04% del informe anterior. La proporción de los casos confirmados entre los casos con sintomatología leve que acuden a Atención Primaria se sitúa en torno a al 30%, mientras que el 4 de octubre se encontraba en 10%”*

En el apartado de conclusiones señala que *“La evolución actual de la pandemia nos muestra un incremento del riesgo de transmisión. La curva epidémica señala una tendencia ascendente con un crecimiento sostenido y generalizado que está indicando, con toda probabilidad, que nos encontramos en el inicio de una nueva onda epidémica. Todos los indicadores de nivel de transmisión han empeorado y no se observa ningún indicio de mejora; todo lo contrario, sugieren que el nivel de circulación del SARS-CoV-2 va a seguir aumentado o lo que es lo mismo, van a seguir aumentando el número de casos. La evaluación de riesgo asigna para el nivel de transmisión, riesgo medio o alerta 2, mientras que a nivel hospitalario se mantiene el nivel de riesgo bajo debido a la efectividad de la vacunación. Dado que la implementación de medidas no farmacológicas está relacionada con el desbordamiento del sistema sanitario, especialmente de los servicios hospitalarios, en estos momentos estos indicadores deben tener más peso que el riesgo de transmisión, por ello, asignamos a la Comunitat un nivel de riesgo bajo o alerta 1”*.

“Los estudios realizados sobre efectividad de las vacunas frente a COVID-19 han demostrado que son muy efectivas frente a la hospitalización y la mortalidad, pero su efecto es menor en interrumpir la transmisión. Aun así, estos estudios demuestran que el riesgo de infectarse es menor entre los vacunados que en lo no vacunados y que la

transmisión del COVID-19 también es menor. Tras el predominio de la variante Delta, en el estudio realizado por Public Health England han cuantificado que la vacunación completa tiene una efectividad de 60 al 85% contra la infección, 90 al 99% contra la hospitalización, 90 al 95% contra la mortalidad y 65 al 99% contra la enfermedad sintomática. En el estudio realizado por Anika Singanayagam y colaboradores, publicado en The Lancet, dirigido a conocer la transmisión comunitaria de las personas vacunadas y no vacunadas con infección leve de la variante delta concluyen que las vacunas actuales siguen siendo eficaces para prevenir enfermedades graves y muertes por COVID-19 pero que la vacunación por sí sola no es suficiente para prevenir toda la transmisión, especialmente en los entornos donde la exposición es cercana y prolongada. Por ello insisten en que las medidas no farmacológicas para frenar la transmisión siguen siendo importantes, incluso en personas vacunadas.

“En otras palabras, la pauta completa de vacunación protege frente la enfermedad grave y la mortalidad, pero su capacidad de prevenir la transmisión es inferior. Este hecho explica la situación actual de la pandemia. El proceso de desescalada llevado a cabo desde finales de septiembre y, principalmente, desde el 9 de octubre, ha supuesto un aumento de la movilidad y de la interacción social con el consiguiente aumento de eventos con elevada probabilidad de no seguimiento de las medidas de prevención de la transmisión (uso de la mascarilla o mantenimiento de la distancia) y el incremento de los brotes, sobre todo los de carácter social debido especialmente a las reuniones de amigos o familiares. Como consecuencia, se ha incrementado la circulación del virus y, con ello, la incidencia, aunque esta no viene acompañada de un incremento proporcional en hospitalización y fallecimientos. Sin embargo debemos ser prudentes, la evolución de la pandemia en los países de nuestro entorno europeo como Austria, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido o Alemania, con indicadores de nivel de transmisión y de utilización de servicios hospitalarios muy superiores a los encontrados en España, aunque con coberturas vacunales inferiores, deben hacernos reflexionar sobre la necesidad de tomar medidas preventivas en aras a la prudencia, máxime cuando nos encontramos en la época de mayor circulación de los virus respiratorios, entre ellos los virus de la gripe, que conllevan, por sí solos, una saturación de los servicios asistenciales”.

Por eso, la resolución administrativa considera que todo lo anterior, valorado en un entorno de mayor seguridad y con vocación de actualizarse en función de la evolución de la situación epidemiológica de la Comunitat Valenciana, hace conveniente adoptar la medida consistente en exigir la exhibición de la documentación, conocida como el “pasaporte Covid”, para el acceso a determinados establecimientos, locales y eventos, tal como se señala en el informe de salud pública citado, que indica: *“En este contexto, una de las medidas a valorar para minimizar el riesgo de transmisión en los establecimientos de mayor riesgo de contagio es que el acceso a los mismos requiera la presentación de una certificación que acredite que la persona cuente con la pauta completa de vacunación, que la persona disponga de una prueba diagnóstica de infección activa negativa, bien RT-PCR en las últimas 72 horas o prueba rápida de antígenos en las últimas 48 horas, o que la persona se haya recuperado de una infección diagnosticada en los últimos 180 días”.*

Continúa dicha resolución administrativa diciendo que la introducción de la medida responde al objetivo de reducir el riesgo de que una persona infectada entre en contacto con otras no infectadas y no protegidas y les pueda transmitir la infección. Considera en este sentido que la medida es idónea dado que el susodicho informe expresa que *“... las actividades de más riesgo son aquellas que se realizan en los interiores, especialmente en*

aquellos lugares en los que no se puede hacer un uso continuo de la mascarilla”. “Existe evidencia científica de que las actividades en locales de ocio y las celebraciones privadas tienen un peso importante en la transmisión del virus aumentando de manera estadísticamente significativa la probabilidad de contagio y multiplicando el efecto exposición comparado con otras actividades de la vida cotidiana en comunidad. Los establecimientos donde, por su idiosincrasia, es imposible el uso permanente de la mascarilla, como los establecimientos de hostelería, restauración y ocio nocturno, son las actividades donde se concentra el riesgo por lo que parece conveniente volver a escalar medidas no farmacológicas en este sector. Lo mismo debe aplicarse a los eventos que suponen aglomeraciones o concentraciones de personas que también tienen incrementado el riesgo si resulta difícil mantener la distancia interpersonal. Las medidas que se adopten deben centrarse en estos aspectos buscando la proporcionalidad, la pertinencia y guardando un equilibrio de manera que se proteja la salud causando el menor daño posible a los ciudadanos y a los sectores económicos”. En relación con los centros sociales, el informe refleja que *“La cuarta ola tuvo un especial impacto en los centros residenciales de mayores y diversidad funcional. práctica ausencia de brotes en este colectivo hasta la semana 27 donde se cuadruplicaron con respecto a la semana anterior. Desde entonces el número de brotes siguió creciendo hasta la semana 34 que inicia su descenso. La tendencia ha vuelto a cambiar, observándose un incremento de brotes en el mes de noviembre con respecto al mes de octubre”.* Y, respecto de los hospitales -sigue señalando la resolución administrativa-, es evidente, y así se reconoce científicamente, que la transmisión de la Covid-19 entre las personas vacunadas es mucho menor a la de las no vacunadas, por lo que se justifica que se pueda exigir a las visitas. La situación epidemiológica hace necesario que se adopten medidas que permitan conciliar la posibilidad de que el paciente reciba visitas con la necesidad de evitar contagios. La medida tiene como objetivo controlar el acceso de personas a los espacios cerrados de los hospitales en los que se pueden agrupar factores que aumentan el riesgo de transmisión del virus, pues en ellos se establecen contactos próximos y prolongados entre los pacientes y las visitas, en ocasiones en habitaciones compartidas con otras personas ingresadas. El objetivo es garantizar la seguridad sanitaria y disminuir el riesgo de contagio en este tipo de establecimientos. Añade la resolución administrativa en este punto que la medida se presenta como la mejor opción para garantizar la salud de todas las personas, pues la adopción de otras medidas más restrictivas, como cierres o limitaciones de aforos que ya se han empleado anteriormente, tienen una consecuencia negativa más intensa en los derechos fundamentales a los que afecta, sin perder de vista las consecuencias económicas negativas que podrían conllevar.

Y también considera que se trata de una medida necesaria para la consecución de reducción de la transmisión del SARS-CoV-2, teniendo en cuenta que existen varios factores que aumentan el riesgo de transmisión en estas actividades de restauración, ocio y otros eventos. Se trata de actividades que se desarrollan fundamentalmente en espacios cerrados donde se establecen contactos próximos y prolongados entre las personas; se realizan actividades en las que es necesaria la retirada de la mascarilla y de acciones que ocasionan una mayor generación de aerosoles (hablar en un tono más alto, o cantar) y con insuficiente renovación de aire en algunos casos. Además, son espacios y actividades de socialización que favorecen la relajación en el mantenimiento de las medidas de autoprotección donde resulta muy complicado observar la distancia social y llevar permanentemente la mascarilla (excepto cuando se está consumiendo), aspectos que se ven favorecidos en parte por el consumo de alcohol. Respecto del ámbito de establecimientos que atienden a personas en situación de vulnerabilidad, como hospitales y residencias de

servicios sociales, donde las personas atendidas y residentes precisan de un especial cuidado y la adopción de medidas que minimicen la transmisión del virus, se considera que esta medida puede ser beneficiosa, dado que contribuiría a minimizar el riesgo de contagio, si se aplica al acceso de las visitas en aquellos espacios donde reside la población más vulnerable, es decir, los centros residenciales de mayores, por su especial vulnerabilidad, o los hospitales, ya que los pacientes también suelen tener disminuida la inmunidad consecuencia de la entidad nosológica que les ha llevado a la hospitalización. Por ello, la acreditación de una determinada situación inmunológica se considera una medida imprescindible para que las actividades que en estos locales y establecimientos se desarrollan, y que se caracterizan por la concurrencia simultánea de diversos factores de riesgo frente al Covid-19, puedan recuperar su actividad habitual. Y sigue diciendo que es necesaria y urgente la adopción de esta medida y plenamente justificada debido a la conveniencia de evitar que todos los sacrificios que ha soportado la población puedan resultar infructuosos y ello con el objetivo que evitar el regreso a situaciones anteriores indeseables más restrictivas.

Respecto de la proporcionalidad de la medida se pone el acento en que se trata de establecimientos de ocio y restauración donde la entrada es voluntaria y no se realizan actividades esenciales. Aquí se alude nuevamente al informe, de acuerdo con el cuál *“Esta medida no afecta a toda la población sino a aquella que accede a los establecimientos de mayor riesgo de contagio sin pretender en ningún momento un control de sus clientes; no obliga a la vacunación, dado que las personas tienen diferentes vías de acreditar su situación respecto a la infección y por último consideramos que puede tener un efecto indirecto beneficioso, ya que, posiblemente, comportará un incremento de la vacunación en aquella población más reticente a vacunarse. Por ello, entendemos que esta medida es proporcional al beneficio que supone por cuanto va a redundar en la minimización del riesgo de contagio y permite compatibilizar la actividad de estos sectores manteniendo un nivel elevado de protección de la salud”*. Y, por lo que se refiere a centros residenciales de servicios sociales y hospitales, entiende la resolución administrativa que debe tenerse en cuenta el beneficio respecto al interés superior a la salud y a la vida de las personas a las que se debe proteger por encontrarse en una situación de mayor fragilidad y vulnerabilidad. Su necesidad viene justificada, por la especial fragilidad de las personas residentes en los centros y por la disminución de la inmunidad de los pacientes hospitalizados. En estos ámbitos, con múltiples patologías, solicitar “el “pasaporte Covid”” es lo más coherente para preservar la salud de los residentes y los pacientes y no llegar a tener que limitar o restringir las visitas de personas que precisan por su situación de fragilidad seguir manteniendo contacto con familiares y allegados. Así, el informe de epidemiología señala respecto a estos ámbitos, *“... exigir un certificado que acredite la inmunización o la negatividad de una prueba diagnóstica de infección activa puede ser beneficiosa, dado que contribuiría a minimizar el riesgo de contagio, si se aplica al acceso de las visitas en aquellos espacios donde reside la población más vulnerable. A lo largo de la pandemia hemos comprobado la gran vulnerabilidad de las personas que residen en los centros de mayores. Dado el alto nivel de circulación del SARS-CoV-2, cualquier medida que vaya encaminada a aumentar su nivel de protección debe ser tomada en cuenta. La medida que se propone tiene la ventaja de no impedir que las personas mayores puedan ser visitadas por sus familiares. En este mismo sentido, esta medida podría ser beneficiosa en los centros hospitalarios, si se aplica a las visitas a los hospitales. Se trata de entornos cerrados donde los pacientes, en la mayoría de los casos, suelen tener disminuida su inmunidad como consecuencia de la enfermedad que padecen. Al igual que en los centros*

residenciales, esta medida no impide que los pacientes puedan ser visitados por sus familiares o amigos”.

En lo que hace al ámbito territorial de la medida (que afecta a toda la Comunitat Valenciana), la resolución administrativa considera que viene determinado porque, conforme se desprende del informe epidemiológico, la situación es homogénea en todo el territorio: *“A nivel espacial, la situación epidemiológica está empeorando en todos los departamentos de salud y con tendencia ascendente. Ello, unido a la gran movilidad entre municipios que hemos observado en las ondas anteriores, nos hace proponer que esta medida se aplique a todo el ámbito territorial de la Comunitat. En este sentido, la experiencia adquirida en la aplicación de la medida conocida como “toque de queda” circunscrita a unas localidades determinadas, ha puesto de manifiesto que su población se traslada a otras localidades que no tienen restricciones, con lo que no se logra el objetivo previsto de interrumpir o minimizar el riesgo de transmisión. De esta forma es previsible que, si la exigencia de presentación de la documentación para acceder a establecimientos, locales y eventos se concreta sólo en algunas localidades, la población se desplace a otras localidades en las que no se exija la misma con la misma consecuencia indicada: no se interrumpe o minimiza el riesgo de transmisión”.*

También se ocupa la resolución administrativa de resaltar que la incidencia acumulada a catorce días a fecha 22 de noviembre de 2021, es de 133,15 por cien mil habitantes, si bien continúa subiendo llegando a fecha de la resolución a 150,16 por cien mil, así como que el informe de salud pública señala que *“No debemos olvidar que la proximidad de las navidades conlleva de forma tradicional un incremento significativo de la interacción social, con multitud de reuniones de amigos y familiares en una ciudadanía que no pudo celebrar este tipo de eventos el año pasado, de ahí que es el momento oportuno para adoptar medidas no farmacológicas que, junto a la vacunación, puedan minimizar el riesgo de transmisión”.*

Se determina también el ámbito temporal, en cuanto a la duración de las referidas medidas que, en caso de ser autorizadas, entrarían en vigor al día siguiente a su publicación, y mantendrían su vigencia por un periodo de treinta días y, en todo caso, en los términos de la autorización judicial, sin perjuicio de que puedan ser modificadas, flexibilizadas o dejadas sin efecto en función de la evolución de la situación epidemiológica, de forma que esta limitación temporal sea adecuada a la finalidad que se pretende y permita analizar durante ese periodo la evolución de la epidemia y valorar las circunstancias que pudieran justificar una futura modulación de la medida adoptada. A este respecto, el informe indica que *“Teniendo en cuenta las fechas en las que nos encontramos, consideramos que las medidas no farmacológicas que se adopten deberían tener un periodo de vigencia amplio. El sistema de vigilancia epidemiológica instaurado para esta enfermedad nos permitirá la evaluación continua de las medidas que se adopten”.*

6.2 Nuestro juicio constitucional de proporcionalidad de la medida.

De acuerdo siempre con la doctrina del TC (véase, por todas, la STC 14/2003, además de la propia STC 173/2011), recordamos que el juicio de proporcionalidad encierra tres aspectos, a saber: (i) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad-, (ii) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia –juicio de necesidad-, y (iii) si 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 –juicio de proporcionalidad en sentido estricto-.

Pues bien, el examen de la justificación y circunstancias transcritas en el anterior apartado revelan el cumplimiento de tales requisitos. Veamos.

6.2.1 Según resulta de las explicaciones plasmadas en la resolución y de los informes técnicos aportados (damos aquí por reproducidos los datos estadísticos y restantes actuaciones e informaciones -especialmente las técnicas y objetivas- en que los mismos se basan), las actividades de más riesgo son aquellas que se realizan en los interiores, especialmente en aquellos lugares en los que no se puede hacer un uso continuo de la mascarilla; esto es, los establecimientos donde -por su idiosincrasia- es imposible el uso permanente de la mascarilla, como los establecimientos de hostelería, restauración y ocio nocturno, que son actividades donde se concentra el riesgo; riesgo que, obvio es decirlo, es igualmente predicable de los eventos que supone aglomeraciones o concentraciones de personas (por conocidas razones, entre las que cobra especial importancia la acumulación de personas y la dificultad de mantener la distancia personal). En los hospitales se agrupan varios factores que aumentan el riesgo de transmisión del virus, pues en ellos se establecen contactos próximos y prolongados entre los pacientes y las visitas (en ocasiones en habitaciones compartidas con otras personas ingresadas) y -como en el caso de las residencias- se encuentra la población más vulnerable, amen de que los pacientes suelen tener disminuida la inmunidad consecuencia de la entidad nosológica que les ha llevado a la hospitalización.

Por otra parte, el informe epidemiológico también aporta datos científicos que avalan no sólo que el riesgo de infectarse es menor entre vacunados que en no vacunados, sino que también, en caso de infección, la transmisión de la Covid-19 entre personas vacunadas es mucho menor; esto es, en caso de infección, la tasa de ataque secundaria de los casos “Covid vacunados” es inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos “Covid no vacunados”.

Si conjugamos -por tanto- lo expresado en el precedente párrafo con lo visto en el anterior, colegimos que se trata de una medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto, con lo que queda cumplimentado el juicio de idoneidad.

6.2.2 También consideramos que las de referencia son medidas necesarias en el sentido de no conocerse otras medidas más moderadas para la consecución del propósito con igual eficacia. La experiencia práctica que ahora tenemos y se pone de manifiesto en las justificaciones de referencia es que medidas más laxas que las que aquí se trata no han funcionado correctamente en relación al objetivo evidente que se persigue. Entendemos también, por tanto, que las medidas son indispensables si se quiere obtener el objetivo de reducir o -al menos- minimizar el incremento de la transmisión del virus (juicio de necesidad).

No sólo eso, sino que precisamente esta medida lo que intenta procurar es no llegar al escenario de nuevas restricciones de derechos fundamentales mucho más intensas de la que aquí se trata; ello con independencia de que, como hemos visto en otros territorios y estamos viendo en nuestra Comunidad con el solo anuncio de implantación de esta medida, se ha incentivado el aumento de la vacunación (en estado actual de conocimiento que

tenemos la vacunación es la medida “estrella” -por su efectividad- de lucha contra la pandemia que todavía vivimos).

Dicho desde otro punto de vista, la imposición del “pasaporte Covid” se presenta en este momento como la única medida conocida que permita mantener la apertura -en sus actuales términos- de la mayoría de establecimientos, locales y eventos a los que la Administración quiere aplicarla.

6.2.3 Finalmente, también consideramos que las medidas son proporcionadas en sentido jurídico estricto. Así, además del resto de razones que en relación con este requisito ofrece el acto administrativo (y que aquí damos por reproducidas), es de observar que la implantación del “pasaporte Covid” apenas va a producir afectación a la actividad económica, si es que no podemos decir que -en ciertos casos- incluso puede facilitarla (de hecho, con ella va a intentarse evitar o retrasar otros tipos de medidas que supondrían afectación a la actividad económica). Por eso, apreciamos que esta medida obtiene un buen encaje de las dos “piezas” más importantes (salud y economía -por este orden-) de este insólito puzle que representa la actual pandemia.

Además, como vimos con un carácter más general en el precedente razonamiento jurídico, nuestro Alto Tribunal entiende que este tipo de medida supone una limitación “tenue” de determinados derechos fundamentales que, al ser enfrentada con “la poderosa presencia” de otros derechos fundamentales -como la vida o la protección de la salud-, aporta una justificación objetiva y razonable para su adopción.

Insistimos nuevamente aquí en que, como se expresa en la resolución administrativa que evaluamos, “(s)in la exigencia de estos documentos sanitarios no sería factible flexibilizar las condiciones para acceso a determinados establecimientos o realización de actividades concretas”; es decir, esta medida puede ser la antesala (esperemos que se quede ahí) de restricciones de mayor entidad.

No podemos dejar de remarcar, además, (i) que se han aportado datos objetivos y detallados que evidencian el crecimiento elevado, sostenido y generalizado de la curva epidémica, (ii) que el período de fiestas navideñas en ciernes va a traducirse -indudablemente- en un potencial incremento del riesgo de transmisión, y (iii) aunque ello no se residence en el núcleo de nuestra *ratio decidendi*, tampoco está de más observar la situación en la que se encuentran países cercanos de nuestro entorno geográfico, así como la aparición de nuevas variantes del virus.

Por ello, conceptuamos estas medidas como equilibradas, por derivarse de ellas más beneficios para el interés general -contención de la pandemia- que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Con todo esto queda cumplimentado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

6.3 Consideraciones adicionales.

6.3.1 En el supuesto de la STS 1112/2021, la implantación del “pasaporte Covid” no alcanzaba a algunos de los establecimientos, locales o eventos a los que se va a aplicar la medida que en nuestro caso se adopta (simplemente porque en aquel supuesto no se había solicitado).

No obstante ello, entendemos que la esencia de los razonamientos contenidos en tal STS son extrapolables a estos otros establecimientos, locales o eventos; ello habida cuenta que las consideraciones fácticas y jurídicas de tal STS -explicitadas en el RJ 4º de este auto- son también aplicables con las debidas adaptaciones a éstos.

En cualquier caso, a la hora de justificar la concurrencia de la proporcionalidad de la medida -en su triple vertiente- hemos aportado datos y consideraciones que, a tales efectos, venían referidas a estos otros establecimientos o eventos.

Singularmente, en lo que toca a las residencias y hospitales, hemos destacado algunos aspectos que, adicionalmente a los de los otros establecimientos y locales, justifican la aplicación de la medida. Por citar algunos, recordamos aquí los relativos a la mayor fragilidad y vulnerabilidad de la población y pacientes que allí se encuentran.

6.3.2 La aplicación de la medida a todo el ámbito geográfico de nuestra Comunidad aparece justificada por la Administración. Recordamos aquí -entre otras cosas-: (i) que la situación de empeoramiento y tendencia ascendente se da en todos los departamentos de salud (es decir, es una situación homogénea en todo el territorio de la Comunidad Valenciana), y (ii) la movilidad entre municipios apreciada en anteriores olas entre aquellos que tenían restricciones y los que no.

Ello sin olvidar que esta medida debe coherenciarse y acompañarse con el resto de medidas sanitarias que vienen adoptándose por la Administración para todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Es cierto que esas otras medidas no vienen siendo sometidas a nuestra autorización (por no afectar a derechos fundamentales), pero esto no obsta a reconocer la relación y complementariedad entre ambos tipos de medidas. El que unas y otras no tengan la misma naturaleza (por afectar o no a derechos fundamentales) no impide evidenciar su común finalidad y una cierta interdependencia entre las mismas.

En cualquier caso, e incluso al margen de lo anterior, juzgamos (por todo lo razonado *ut supra*) que esta medida -con la proyección espacial que postula- supera el canon constitucional de proporcionalidad.

6.3.3 Finalmente, también juzgamos proporcionado el período solicitado de duración de la medida (treinta días naturales).

Es un período limitado en el tiempo y no excesivo, máxime teniendo en cuenta la época de fiestas navideñas en que va a ser aplicado. Además, ya vimos en la justificación administrativa la necesidad de un período de tiempo razonable para evaluar el impacto de la medida.

Vistos los preceptos y razonamientos jurídicos expuestos, y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

Autorizar las medidas adoptadas en la resolución de 25 de noviembre de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19; ello por un período de tiempo de treinta días naturales a computar desde la 0:00 horas del día siguiente a su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*.

Contra esta resolución cabe **RECURSO DE CASACIÓN** a interponer directamente ante el Tribunal Supremo en el plazo de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación.