

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1.112/2021

Fecha de sentencia: 14/09/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5909/2021

Ratificación de medidas sanitarias

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina

López

Transcrito por: dpp

Nota:

Resumen

Ratificación o autorización adoptadas por las autoridades sanitarias que puedan limitar derechos fundamentales. Pasaporte Covid.

R. CASACION núm.: 5909/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1112/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 14 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación núm. 5909/2021, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la Xunta de Galicia, contra el Auto de 20 de agosto de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento núm. 7559/2021, sobre ratificación de las medidas aprobadas por Orden, de 13 de agosto de 2021, del Consejero de Sanidad de la citada Xunta.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto núm. 97/2021, de 20 de agosto, dictado en el procedimiento núm. 7559/2021, sobre ratificación de la medida sanitaria contenida en la Orden del Consejero de Sanidad de 13 de agosto de 2021, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, acordó:

«[...] Denegar la autorización de las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos previstas en la Orden de 13 de agosto de 2021 [...].»

SEGUNDO.- Ante esta Sala, en fecha 25 de agosto de 2021, el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la Xunta de Galicia ha presentado escrito de interposición de recurso de casación contra el citado auto, en el que suplica a la Sala:

«[...] se tenga por presentado este escrito de interposición del recurso de casación, y se admita este recurso, y se continúe con la tramitación del mismo hasta que recaiga Sentencia donde con anulación y casación del Auto recurrida y declaración de la cuestión de interés casacional que instamos en el sentido manifestado en este escrito, se estimen las posiciones y pretensiones instadas por esta representación. [...].»

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 1 de septiembre de 2021, se confirió traslado al Ministerio Fiscal para que compareciera y formulara alegaciones y a la parte recurrente para que formulara alegaciones en el plazo común de tres días.

Trámite evacuado por la Xunta de Galicia, mediante escrito presentado el 2 de septiembre de 2021, en el que se refiere a la sucesión de Ordenes de la Consejería, en los términos que ya había advertido en su escrito de interposición, suplicando que se tenga por hecha tal manifestación.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 2 de septiembre de 2021, solicitó a la Sala:

«[...] que procede estimar en los términos ya expresados, el presente recurso de casación. [...]»

CUARTO.- Por diligencia de ordenación, de fecha 7 de septiembre de 2021, se tiene por evacuado el traslado conferido. Y se tiene por personado en el presente recurso de casación al Ministerio Fiscal, con quien se entenderá la presente y las sucesivas diligencias con el modo y forma previsto en la Ley.

Se pasaron las actuaciones a la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella para resolver lo que proceda en el presente recurso.

QUINTO.- El día 7 de septiembre del 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del presente recurso de casación*

Mediante la presente casación se impugna el Auto, de 20 de agosto de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que acordó denegar la autorización, según

declara dicho auto al abordar el “ámbito del presente procedimiento”, respecto *“de la solicitud de ratificación de la Orden del Sr. Conselleiro de Sanidade de la Consellería de Sanidade”*, añadiendo, cuando se aborda “el fondo del asunto”, que debe pronunciarse sobre *“si existe base legal para la autorización de las medidas contenidas en la Orden de 13 de agosto”*.

Conviene, antes de nada, que nos detengamos en el contenido de la citada Orden de 13 de agosto de 2021. Esta Orden lo que acuerda es la *“suspensión de la exigencia de exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos prevista en la Orden de 25 de junio de 2021”* (apartado primero de la parte dispositiva).

Dicha exigencia de presentación de documentación se sustituye por una *“regulación transitoria y provisional”* que se relaciona también en la parte dispositiva de la expresada Orden. En concreto, para los establecimientos de hostelería y restauración, juego y ocio nocturno, se establece, sustancialmente, una limitación de aforos. Además, se hace una *recomendación* sobre el acceso a estos locales, en determinadas zonas, de hostelería y restauración, y de juegos y apuestas, para el uso de la documentación conocida como pasaporte covid, esto es, la exhibición del documento que acredita tener la pauta completa de la vacuna (i), una prueba diagnóstica de infección activa -PDIA- o test de antígenos (ii), y la recuperación de la infección por el SARS-Cov.2 diagnosticada, respecto del periodo comprendido entre el día 11 y 180 (iii).

En fin, la citada Orden de 13 de agosto señala, en el apartado séptimo de la parte dispositiva, que *“la eficacia de la regulación transitoria y provisional (...) se extenderá hasta el momento en el que tenga efectos la Orden de 13 de agosto de 2021”*, en relación con *“lo que se refiere a las medidas de prevención consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos, que será objeto de publicación, en su caso, una vez que sea autorizada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia”*. Y *“en el caso de no ser autorizada la orden citada, la eficacia de esta regulación transitoria y provisional se mantendrá hasta su sustitución por las*

correspondientes medidas de prevención que establezca la Consellería de Sanidad”

SEGUNDO.- *El origen de la medida sobre la exhibición de la documentación establecida para entrar en determinados establecimientos*

Lo cierto es, como se infiere del fundamento anterior, que la medida preventiva consistente en la exigencia del “pasaporte Covid”, había sido establecida mediante la Orden de la Consejería de Sanidad de 22 de julio de 2021, por la que se prorroga y modifica la Orden de 25 de junio de 2021, por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se modifica la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

La indicada Orden de 22 de julio dispuso que los establecimientos de ocio nocturno (discotecas, pub, cafés-espectáculo, salas de fiesta y salas de conciertos), podrán desarrollar su actividad tanto en el interior como en terraza, siempre que se ubiquen en los términos municipales de los ayuntamientos con nivel de restricción medio o medio-bajo recogidos en las letras C y D del anexo II de la Orden por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, vigente en cada momento. De modo que dicha medida no puede adoptarse en los ayuntamientos con nivel máximo (A) y alto (B) en los que se mantiene el cierre del interior. Y respecto de la restauración la medida exigida se concreta, en dicha Orden, respecto de los ayuntamientos con nivel de restricción máximo y alto recogidos en las letras A y B, que antes permanecían cerrados.

Se permitirá, por tanto, el acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno en los correspondientes ayuntamientos con esos niveles de restricción (medio y medio-bajo), y la restauración en los niveles de restricción

alto o muy alto, según señala dicha Orden, siempre que se presente o exhiba, el expresado pasaporte covid, es decir, un certificado emitido por el servicio público de salud, en los casos de vacunación o de recuperación de la enfermedad, y, en los demás casos, mediante las pruebas realizadas por un laboratorio oficial autorizado. En concreto, la indicada Orden establece los tres supuestos siguientes:

1º. Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004.

2º. Que disponen de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los tests rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de tests rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base de la Recomendación nº 2021/C 24/01 del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada en las últimas 72 horas anteriores.

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

Teniendo en cuenta que para acreditar la circunstancia del ordinal segundo, además de la presentación de un certificado, se admitirá la exhibición de la comunicación remitida por el servicio público de salud del resultado negativo de la PDIA realizada en las 72 horas anteriores.

A tales efectos se establece que la “exhibición de la información a que se refiere solamente podrá ser solicitada en el momento de acceso. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos”.

TERCERO.- *La eficacia y la suspensión de las medidas sanitarias*

A tenor de lo expuesto en los anteriores fundamentos, advertimos, por tanto, que la ratificación que se pretendió ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, relativa a la exhibición de determinada documentación para entrar en algunos establecimientos, y que fue denegada en el auto ahora impugnado, se refería a una medida que no había sido impuesta por la Orden de 13 de agosto pasado, pues dicha Orden había suspendido esa medida acordada en una orden anterior. A pesar de esta circunstancia, esta Sala no advierte la concurrencia de objeción procesal relevante que nos impida pronunciarnos sobre el fondo de las cuestiones ahora suscitadas y que ya abordó el auto que se impugna en esta casación.

La explicación de la singular suspensión acordada en la Orden de 13 de agosto se proporciona en su parte final cuando, se señala, que la Sala de instancia ya había dictado dos Autos de fecha 12 de agosto, denegando las medidas cautelarísimas de suspensión de la Orden de 22 de julio de 2021 que prorroga y modifica la Orden de 25 de junio de 2021 y la Orden de 1 de julio de 2021, pero en sus fundamentos, según declara el preámbulo de la Orden de 13 de agosto, se indicaba que *“las medidas referidas a la obligación de presentar un certificado emitido por el Servicio Público de Salud que acredite las circunstancias que se apuntan en relación con la hostelería y restauración (vacunación, recuperación o prueba diagnóstica de infección activa negativa) requerirían de autorización judicial preceptiva (...) por considerarlas como medidas restrictivas de derechos”*. Añadiendo dicho preámbulo que *“por lo expuesto, el tribunal entiende que estas medidas carecen de vigencia en la Comunidad Autónoma de Galicia, por cuanto no se sometieron a autorización a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia”*.

En definitiva, la Administración consideró que aunque, entre las medidas previstas en la Orden de 22 de julio de 2021, se encontraba la relativa a la exhibición del indicado pasaporte covid, no debía instarse la correspondiente autorización o ratificación judicial. Así es, la medida no se sometió a la ratificación prevista en el artículo 10.8 de la LJCA, porque la

Administración sostenía que esta medida no afectaba a los derechos fundamentales.

Este argumento, sin embargo, resultó desautorizado por la Sala de instancia, en los expresados autos de 12 de agosto, en cuya fundamentación al tiempo que se denegaba la medida cautelarísima de suspensión porque efectivamente las medidas carecían de vigencia hasta que no fueran ratificadas por la Sala de nuestro orden jurisdiccional en Galicia, también se señalaba que la exhibición de un determinado certificado constituye una medida que ha de someterse a la correspondiente autorización o ratificación judicial por afectar a los derechos fundamentales.

De modo que tales antecedentes pudieron llevar a la Administración a entender que debía someter dicha medida a la correspondiente ratificación, aunque fuera, como es el caso, respecto de una Orden posterior que no imponía la exigencia de dicha medida, sino la suspensión de la misma.

Ahora bien, en atención a los indicados antecedentes que pudieron inducir a cierta confusión, se ha de tener en cuenta que el régimen jurídico de este singular procedimiento, contenido en los artículos 10.8, 11.1.i), y 122 quater, ahora en relación con el artículo 87 ter, de nuestra Ley Jurisdiccional, no impide que nos pronunciemos sobre la autorización o ratificación de la medida que se quiere adoptar, cuando se encuentra suspendida la vigencia de la misma. Además, sobre dicha medida ya se ha pronunciado la Sala de instancia en el auto ahora impugnado, y ni la Administración ni el Ministerio Fiscal ponen ningún reparo al respecto. En todo caso conviene no olvidar que en la Orden de 13 de agosto se impone una similar medida como recomendación en algunos supuestos. Y en este tipo de procedimientos sobre la autorización o ratificación de las medidas adoptadas por la Administración sanitaria, vigentes o suspendidas, el tiempo resulta esencial atendidos los graves intereses concernidos, para evitar indeseables y no justificadas, dilaciones, que pudieran también erosionar la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, viene al caso recordar, para clarificar esta cuestión, que ya nos hemos pronunciado sobre la eficacia de las medidas sanitarias adoptadas por la Administración y sometidas a la ratificación judicial, prevista en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que no pueden ser aplicadas por la Administración antes de que la Sala de lo Contencioso Administrativo correspondiente se pronuncie al respecto.

En este sentido, en los Autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473 de 2021), hemos declarado que los citados preceptos de nuestra Ley Jurisdiccional exigen la previa autorización o ratificación previa por parte de la Sala de instancia para que tengan eficacia. Quiere esto decir que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar sus efectos antes de que haya sido ratificada judicialmente. En definitiva, la ratificación prevista en esos preceptos no es una convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz. No. Estamos ante una medida que no puede ser aplicada durante el tiempo que media entre su adopción por la Administración y el pronunciamiento judicial sobre su autorización o ratificación, resultando irrelevante a tales efectos la suspensión acordada en sede administrativa. Y desde luego queda a salvo la impugnación ordinaria de este tipo de medidas.

Repárese que no tendría ningún sentido diseñar un procedimiento como el que establecen los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que se justifica por la afectación de los derechos fundamentales y que impone una intensa celeridad por razones de salud pública, si lo que se pretendiera es un mero control ordinario de las actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. Recordemos que es la propia Administración promotora de la medida sanitaria quién solicita la ratificación, de modo que no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar su propia medida sanitaria. En fin, se solicita dicha ratificación para alcanzar la eficacia que por sí sola no tiene.

Téngase en cuenta, por lo demás, que sobre los contornos de este procedimiento ya declaramos, en el Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación nº 570/2020), que el procedimiento previsto en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, es un procedimiento de cognición limitada, preferente y sumario, carente de naturaleza contradictoria (sólo intervienen la Administración pública autora de tales medidas y el Ministerio Fiscal), que se incardina en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública.

CUARTO.- *Las cuestiones de interés casacional*

Las cuestiones de interés casacional que propone la Administración recurrente son las siguientes:

A) “Las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos no necesita de la autorización judicial del artículo 10.8 de la LJCA, lo que implicaría la inadmisión de nuestra petición de autorización judicial por no proceder la misma”.

B) “En caso de no acogerse la anterior tesis, que son susceptibles de ser autorizadas judicialmente las medidas de exhibición de documentación previstas en la orden por acreditarse suficientemente los requisitos de necesidad e idoneidad de acuerdo con el estándar establecido en la STS de 18.8.21, requisitos incumplidos por el auto”.

QUINTO.- *La posición procesal de las partes*

La Administración promotora de la presente casación, la Junta de Galicia, considera que concurre interés casacional para la admisión y estimación del presente recurso de casación, ante la necesidad de un pronunciamiento de esta Sala del Tribunal Supremo sobre si es preciso, o no,

que la medida relativa a la exhibición de determinada documentación para acceder al interior de determinados establecimientos, ocio nocturno y restauración, sea ratificada judicialmente, pues sostiene que la misma no afecta a los derechos fundamentales y, por tanto, no debe ser objeto de ratificación o autorización judicial. Lo que lleva a la Administración, en los términos ya anunciados en el fundamento anterior, a postular la inadmisión que su propio recurso.

Si dicha tesis no prosperara, la Administración recurrente considera que también el recurso tiene interés casacional, pues los términos en los que se establece dicha medida sanitaria, en las ya citadas Órdenes de la Consellería de Salud, no vulneran los derechos fundamentales que se invocan en el auto recurrido sobre la igualdad, la intimidad, y la protección de datos. De modo que, a su juicio, procede la ratificación de la medida, toda vez que se ha justificado sobradamente la concurrencia de los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que no se produce vulneración de los derechos fundamentales invocados en el auto impugnado y que la medida resulta justificada, por lo que el recurso de casación ha de ser estimado, y la medida ratificada, asumiendo las consideraciones que ya se formularon por el Ministerio Fiscal ante la Sala de instancia.

SEXTO.- *La previa autorización o ratificación judicial*

Respecto de la primera cuestión de interés casacional que se suscita, relativa a la necesidad o no de someter a la autorización o ratificación judicial del artículo 10.8 de la LJCA, la implantación del pasaporte Covid, esta Sala no comparte la tesis que expresa la Administración recurrente, en su escrito de interposición. En efecto, la recurrente considera que no procede solicitar la autorización o ratificación judicial, toda vez que la mera exhibición de determinada documentación para entrar en algunos establecimientos no guarda relación, ni supone afectación alguna, de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales que, a tenor del auto que ahora se impugna, se ven afectados, por la medida sanitaria adoptada, son el derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) y el derecho a la protección de datos de la persona (artículo 18.4 de la CE).

Al respecto, debemos adelantar, no obstante, que no podemos considerar prevalentes los citados derechos fundamentales, en la posterior labor de ponderación a que nos referiremos en fundamentos sucesivos, y que ha de enfrentar a esos derechos fundamentales, con otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, ahora prevalentes, y que amparan la implantación de la medida examinada. De modo que esta primera aproximación no nos permite concluir que hay una desvinculación total y absoluta de la medida con las restricciones de tales derechos fundamentales, que permita obviar la ratificación judicial, en los términos que sucintamente veremos.

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. De modo que no podemos considerar, en este incipiente acercamiento, que la medida adoptada está completa y absolutamente desligada de los derechos fundamentales para soslayar la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción, por leve que sea, de los derechos fundamentales.

Recordemos que el procedimiento previsto en los artículos 10.8, 87 ter y 122 quater, en fin, se refiere la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que sean urgentes y necesarias para la salud pública y que *“impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales”*. Pues bien, la interpretación sobre la limitación o restricción de tales derechos no puede realizarse en los términos que propone la Administración, pues supondría desnaturalizar la finalidad de dicho procedimiento que se introdujo en nuestra Ley Jurisdiccional tras la reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. La 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.

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-2.

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 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.

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

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*

Cuánto 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.

UNDÉCIMO.- *Las costas procesales*

No procede hacer imposición de las costas procesales de la presente casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Xunta de Galicia, contra el Auto, de 20 de agosto de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que anulamos.

2. Ratificar la Orden de la Consejería de Sanidad de 13 de agosto 2021, en relación con la Orden de 22 de julio de 2021, por la que se prorroga y se modifica la Orden de 25 de junio de 2021, respecto de la exhibición de la documentación exigida para el acceso al interior de determinados establecimientos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo al disentir respetuosamente de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia nº 1112/21, pronunciada el 14 de septiembre de 2021 en el recurso 5909/2021, ello por las siguientes razones:

PRIMERA.- Comparto plenamente la necesidad de autorización judicial de las medidas como las que se pretenden implantar y nada tengo que añadir a los argumentos que para ello se emplean en relación con los derechos de igualdad e intimidad personal.

No obstante, sí quiero poner de relieve dos datos:

1º) que la Sala de vacaciones del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación nº 5899/2021), ya valoró también la afectación real de tales derechos fundamentales respecto de una medida igual que se pretendió adoptar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y que no fue autorizada por la Sala territorial de Granada;

2º) que no me parece del todo acertada la cita que se hace del 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. Ello porque entiendo que no está valorada en la génesis del Reglamento la posibilidad de que sea empleada la regulación para llegar a justificar, ni siquiera por vía indirecta, otras medidas restrictivas de derechos fundamentales, Así, el Considerando 14 de esa norma general contempla que “El presente Reglamento pretende facilitar la aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación por lo que se refiere a las restricciones a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, al tiempo que se persigue un alto nivel de protección de la salud pública. No debe entenderse que facilita o fomenta la adopción de restricciones a la libre circulación o restricciones a otros derechos fundamentales, en respuesta a la pandemia de COVID-19, dados sus efectos perjudiciales para los ciudadanos y las empresas de la Unión.”.

SEGUNDA.-Tampoco puedo compartir la posición mayoritaria respecto al nivel de afectación de los derechos fundamentales en juego y, por ende, la validez de la cobertura normativa dada por la administración gallega, que como se dice en su preámbulo, son “el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; en los artículos 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, y en los artículos 34 a 38.1 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.”

A) Considero que la afectación de los derechos de igualdad y a la intimidad es severa, extensa e intensa, y no leve, como se viene a mantener. Así se venía a admitir en la sentencia de la Sala de vacaciones del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación nº 5899/2021), sin que esa valoración se altere por dos consideraciones concretas que se aducen para diferenciar los supuestos de ambas resoluciones: porque las medidas no afectan a toda la comunidad autónoma gallega y porque, en este caso, la medida no es indefinida.

Es cierto que el ámbito territorial no es el de toda la Comunidad Autónoma, pero si se repara en los Anexos que se incluyen en las órdenes

que regulan las medidas, no puede dudarse que afectan a muchos de los núcleos de más población y más entidad en ese ámbito territorial (Vigo, Orense, Pontevedra, Villagarcía de Arosa, Oleiros, Carballo, ...).

Además, si comprobamos las citadas Ordenes autonómicas, las medidas afectan a actividades diversas: “Hostelería y restauración”; “Establecimientos de actividades recreativas”; “Parques de atracciones y temáticos”, cuando tengan restauración y hostelería; y, “Establecimientos de ocio y entretenimiento”. No puede tampoco dudarse que todas, con la salvedad de los parques de atracciones y temáticos, son objetiva y socialmente consideradas como de amplia implantación territorial.

En cuanto a su vigencia, dado tampoco concreta ni fija la Orden de 13 de agosto de 2021, habrá que atender a las Ordenes que regulan las medidas. Pues bien, ninguna de ellas fija plazo temporal de vigencia que por ello debe tenerse ahora por indefinida pese a que se vinculen a la evaluación progresiva de sus efectos sobre la situación sanitaria y epidemiológica.

En relación con el derecho a la igualdad, entiendo que se configuran los supuestos de hecho de la norma de manera que se da diferente trato a personas que tienen una misma situación, ello porque: a) se exige certificado de pauta completa de vacunación cuando nadie tiene la obligación de vacunarse; b) se exige certificado de negatividad de prueba diagnóstica cuando nadie está obligado a someterse a esa prueba; y, c) se exige certificado de recuperación cuando no todos han pasado la enfermedad. Y ello no es constitucionalmente posible puesto que la igualdad comporta el trato igual de los iguales, tal y como el TC ha dicho con reiteración, sin que sea necesario hacer cita expresa de sentencias que, de otro lado, la propia administración recurrente mencionaba ya en su solicitud de autorización judicial de las medidas.

Respecto del derecho a la intimidad se admite abiertamente que la medida le afecta puesto que se impone la obligación de revelar datos personales relativos a la intimidad de la persona -identidad y salud- pues

obligan a revelar datos sobre la intimidad -vacunado o no-, sobre la salud -sometido a prueba o no-. Además, ello se hace con una concreta finalidad, la de controlar y limitar el acceso a personas a determinados locales, cuando no ni tan siquiera existe una norma legal que de manera expresa habilite la exigencia de esa medida limitativa e invasiva de derechos fundamentales, al modo de la exigencia del DNI para el control de acceso de menores de edad y evitar el consumo de bebidas alcohólicas, permitida por la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad.

B) Sobre tal base y por lo ya dicho en esa precedente sentencia, la medida tiene una proyección intensa sobre los derechos fundamentales en juego, percutiendo restrictivamente sobre sus elementos básicos, razón por la que, siendo el criterio reiterado en todas las sentencias dictadas en esta materia, como serían las STS de 24 de mayo de 2021 (R. CASACION 3375/2021) y de 3 de junio de 2021 (R. CASACION 3704/2021), por lo que su implantación requería de una ley orgánica, como es la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, siguiendo la doctrina que esas sentencias de la Sala establecen. Pero, como ha quedado apuntado, las Ordenes iniciales que regulaban esas medidas no se dictan con el amparo normativo de la LO 3/1986, de 14 de abril, sin que ello pueda suscitar duda alguna por su tenor literal y por reconocerlo expresamente la propia Administración gallega.

TERCERA.- Finalmente, situado en el plano teórico de existencia de cobertura legal, tampoco comparto la decisión que adopta el sentir mayoritario respecto de la necesidad de las medidas, juicio que ya fue rechazado por la Sala territorial de Galicia.

La sentencia parte de afirmar que debemos abordar el examen de la proporcionalidad de la medida en sentido amplio (juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta) y, en este caso concreto, admitida la proporcionalidad estricta por la Sala territorial, habría que pronunciarse solo sobre (i) el juicio de idoneidad, sobre si la medida resulta adecuada, idónea y

apta para alcanzar el fin que se propone, y (ii) el juicio de necesidad, sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado. Y concluye que sí. Parte de que “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 la hostelería, restauración y ocio nocturno, 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”.

Con esta afirmación se parte de una premisa absoluta que no comparto: que es necesaria la apertura de tales locales y que esa apertura no puede acordarse sin esas medidas. Y no la comparto porque no la considero admisible cuando es un dato objetivo y contrastable que otros territorios de España con mayor incidencia no lo consideran así ya que no han adoptado estas medidas. Además, también es comprobable objetivamente que otras comunidades autónomas han adoptado medidas de apertura progresivas. Finalmente, no se justifica que las medidas pretendidas sean las únicas posibles para conjugar los derechos en juego pues es patente que eran posibles otras que permitirían aperturas por aforos como el régimen transitorio que implanta la Orden de 13 de agosto de 2021. Nada de esto fue valorado y analizado por la administración gallega.

La justificación pasa por acreditar que las medidas propuestas son indispensables y necesarias para salvaguardar la salud pública. Por ello el llamado juicio de necesidad exige un análisis sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado. Y no considero que los argumentos dados no son suficientes para rechazar la correcta y expresa ponderación de la Sala territorial de Galicia en la letra b) del punto 3 de su fundamento de Derecho quinto, sobre todo si reparamos en que se maximizan medidas que percuten en derechos fundamentales sin justificar que sea imposible la adopción de otras que no lo hagan, aunque afecten a la actividad económica de las empresas titulares de los establecimientos afectados. Reitero que no se justifica por la administración gallega que no se pueda o no se deba mantener el cierre para preservar la salud pública cuando

abiertamente se reconoce la efectividad tal medida, o que en la línea de una mayor apertura no se puedan fijar medidas menos intensas para el desenvolvimiento de la actividad económica y para hacerla compatible con la lucha contra los efectos de la pandemia, al estilo de las medidas transitorias que incorpora la Orden de 13 de agosto de 2021. Esta es la prueba palpable de que existían otras medidas posibles, como lo es que posteriormente ha sido dictada y publicada la Orden de 20 de agosto de 2021 que establece un diferente régimen transitorio.

Desde luego, no me parece acertado tratar de justificar, aunque sea incidentalmente, las medidas porque el cierre de los establecimientos “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.”

CUARTA.- Partiendo de todo ello, la Sala debió desestimar el recurso de casación y confirmar el Auto de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Madrid, a 14 de septiembre de 2021.

