

¿PASAPORTE PARA EL OCIO?

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1112/2021, DE 14 DE SEPTIEMBRE, QUE AVALA LA SOLICITUD DEL "PASAPORTE COVID" EN BARES Y RESTAURANTES DE GALICIA*

Carmen Delgado Garrido

Graduada en Derecho

Alumna MUAB de la UCLM

Resumen: Este estudio analiza la Sentencia 1112/2021 del Tribunal Supremo español (rec. Casación 5909/2021) sobre la exhibición del "pasaporte Covid" para el acceso al ocio en Galicia. Considera la necesidad de solicitar la autorización judicial por verse afectados los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y protección de datos, aunque sea de forma leve o liviana. Para estas concretas actividades es una limitación proporcionada, idónea y necesaria, primando las razones de salud pública en el contexto epidemiológico actual.

Palabras clave: Pasaporte Covid, ratificación judicial, derechos fundamentales, salud pública.

Title: Passport for leisure? Comment on the judgment of the spanish Supreme Court 1112/2021, of September 14, which endorses the requirement of the "Covid passport" in bars and restaurants in Galicia

Abstract: This study analyzes Judgment 1112/2021 of the Spanish Supreme Court (rec. Cassation 5909/2021) regarding the exhibition of the "Covid passport" for access to leisure in Galicia. It considers the need to request judicial authorization because the fundamental rights to equality, privacy and data protection are affected,

* Trabajo realizado bajo la tutela de la investigadora María Carmen González Carrasco en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

although it is mild or light. For these specific activities, it is a proportionate, appropriate and necessary limitation, giving priority to public health reasons in the current epidemiological context.

Keywords: Covid Passport, judicial ratification, fundamental rights, public health.

SUMARIO: Introducción. El contexto de la decisión judicial. 1. El debate casacional: ¿la exhibición de documentos sobre el estado de salud para el acceso a determinados establecimientos de ocio debe someterse a ratificación judicial? El precedente de Granada y sus diferencias. 2.- Doctrina consolidada sobre la naturaleza de la previa autorización judicial y la eficacia demorada de las medidas administrativas que pudieran afectar a derechos fundamentales. 3.- Afectación de derechos fundamentales por razones de salud pública: aplicación de un mapa de gradación en un contexto de pandemia y el juicio de ponderación con el derecho a la vida y la protección de la salud. 3.1.- *El rigor en la apreciación de la afectación a derechos fundamentales: las medidas que suponen la exhibición de documentación relativa a datos de salud no están desvinculadas radicalmente de los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos.* 3.2.- *Pero los derechos fundamentales no son ilimitados: cuando existen razones de salud pública los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos deben ponderarse con el derecho a la vida y a la protección de la salud.* 3.3.- *La clave de la sentencia: el juicio de proporcionalidad, ponderación, necesidad e idoneidad en el contexto del estado actual de la ciencia y las circunstancias cambiantes de la pandemia.* 4.- Y para concluir: "pasaporte Covid" no para cualquier uso y lugar, ni tampoco para cualquier territorio, al menos sin ratificación y ponderación judicial.

Introducción. El contexto de la decisión judicial

Concluido el último estado de alarma dictado por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas se han precipitado a regular el nuevo escenario en sus respectivos territorios. Las polémicas política y social sobre la extensión del margen de actuación cuando pueden verse afectados derechos de las personas no se han hecho esperar: desde la imposición del certificado COVID en centros de trabajo o a determinados colectivos, la obligatoriedad de la vacunación impuesta en países de nuestro entorno e intentada en la Ley de Salud Pública de Galicia 8/2021, de 25 de febrero (suspendida temporalmente por Auto del Tribunal Constitucional de 21 julio 2021), el uso de mascarillas en las escuelas, restricciones a la entrada en residencias de ancianos o centros sociosanitarios con alto índice de vulnerabilidad, o la exigencia de exhibición del certificado de vacunación o documentos acreditativos del estado de salud previo o actual para el acceso a los locales de ocio o restauración.

Estos asuntos han puesto sobre el tapete cuestiones de la máxima trascendencia en un Estado de Derecho, pues al final todos juegan entre la ponderación de derechos fundamentales, la intervención administrativa y su control judicial, no siempre fácil cuando en la partida tercia la salud pública. Sobre estos difíciles equilibrios versa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número

1112/2021 del 14 de septiembre de 2021 (recurso 5909/2021)¹ que nos ha parecido oportuno comentar, pues su doctrina puede servir para sentar algunas claves en conflictos venideros.

1. El debate casacional: ¿la exhibición de documentos sobre el estado de salud para el acceso a determinados establecimientos de ocio debe someterse a ratificación judicial? El precedente de Granada y sus diferencias

La Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por 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 (procedimiento núm. 7559/2021), denegatorio de la ratificación de las medidas aprobadas por Orden de la Conselleria de Sanidad de 13 de agosto de 2021, consistentes en la exhibición de documentos acreditativos del estado de salud para el acceso a establecimientos de hostelería y restauración, juegos y ocio nocturno. Ello en el marco normativo que activó el protocolo para la reactivación del ocio nocturno durante la crisis sanitaria, dependiendo de una priorización de niveles de restricción por términos municipales (Ordenes de 1 de julio, 25 de junio y 22 de julio 2021, suspendida esta última justamente por no haber sido sometida a ratificación judicial).

En la línea del Certificado COVID europeo, la Orden condiciona el acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno (cuando el nivel de restricción es medio y medio bajo) y de los locales de restauración (con nivel alto o muy alto) a la exhibición alternativa de alguno de estos documentos: pauta completa de vacunación (pasaporte COVID), prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) realizada en las últimas 72 horas o que el titular se haya recuperado de una infección por el SARS-CoV-2 y se encuentre en el período comprendido entre el día 11 y el 180 ambos incluidos después de la prueba positiva de antígenos.

La Administración recurrente plantea al TS dos cuestiones casacionales íntimamente relacionadas:

A) Si las medidas relativas a la exhibición de documentación para acceder al interior de determinados establecimientos necesitan de la autorización judicial del artículo 10.8 de la LJCA, en el entendido de que aquellas no afectan a derechos fundamentales, por lo que sería improcedente la petición de autorización judicial y debería inadmitirse.

B) En caso contrario, si son susceptibles de ser autorizadas judicialmente tales medidas, al entender acreditados suficientemente los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad a tenor de la jurisprudencia de la Sala Tercera y, en concreto, de acuerdo con el estándar establecido en la STS de 18.8.21, que resolvió el Recurso de Casación nº 5899/2021, sobre un supuesto de hecho similar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹<https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TS%20Cont%20Sentencia%20pasaporte%20Covid%20Galicia.pdf>

Aunque la respuesta sobre este precedente se deja por el TS para su último y escueto FJ 10, creemos que no es cuestión baladí, pues las conclusiones son distintas. Lo que, por cierto, resalta y critica el Voto particular a la sentencia que comentamos. En la anterior Sentencia declaró no haber lugar al recurso de casación contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que había denegado la ratificación o autorización judicial de las medidas (afectantes a derechos fundamentales) porque no había justificado la necesidad de la implantación del denominado pasaporte Covid y, en concreto: primero, porque no establecía "una duración de la medida que se contempla de forma indefinida y permanente"; y segundo, 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". No encontró el TS justificación que amparase la ratificación solicitada.

Frente a esta doctrina, la Sentencia que analizamos admite el recurso de casación y termina ratificando las medidas administrativas de una Orden mucho más rigurosa y concreta.

2. Doctrina consolidada sobre la naturaleza de la previa autorización judicial y la eficacia demorada de las medidas administrativas que pudieran afectar a derechos fundamentales

El Tribunal Supremo ya se había pronunciado anteriormente 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 y de la LJCA, que no pueden ser aplicadas por la Administración hasta ese momento. Es importante señalar que la naturaleza de esta decisión no es la usual de mero control ordinario de la actuación administrativa, sino la previa de consolidar o no "la eficacia que por sí sola no tiene" en los supuestos de afectación de derechos fundamentales por razones de salud pública.

Así, con base en la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo 788/2021 y 792/2021, de 3 de junio de 2021, se señala que:

1º) la función del art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional no queda circunscrita a un control preventivo predominantemente -cuando no exclusivamente- de la legalidad externa o formal de las medidas sanitarias adoptadas. Debe versar también sobre la justificación sustantiva y la proporcionalidad de las medidas sanitarias, por supuesto en relación con las circunstancias del caso concreto.

2º) el control judicial requerido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los preceptos legales que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala

correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

3. Afectación de derechos fundamentales por razones de salud pública: aplicación de un mapa de gradación en un contexto de pandemia y el juicio de ponderación con el derecho a la vida y la protección de la salud

3.1. El rigor en la apreciación de la afectación a derechos fundamentales: las medidas que suponen la exhibición de documentación relativa a datos de salud no están desvinculadas radicalmente de los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos

La razón esencial del recurso está en la determinación de la afectación a los derechos fundamentales de la medida administrativa, presupuesto normativo de la actuación judicial de ratificación. De ahí que sea la primera cuestión abordada. El TS es contundente y estricto, al señalar que esta podrá obviarse únicamente en los casos en que la no afectación sea "*manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria*". O que esté "*completa y absolutamente desligada de un derecho fundamental*". Con listón tan alto y estricto, obvio es que poco margen de apreciación queda a la Administración, pues por "leve" que sea la afectación quizás la solución más prudente y rápida -que supone, al fin y al cabo, garantizar con la mayor celeridad posible la eficacia de una medida de salud pública-, sea dejar la ponderación de derechos al órgano judicial.

En el caso, los derechos en litigio eran la igualdad (art.14 CE), la intimidad (art.18.1 CE), y la protección de datos (art.18.4 CE), que el TS entiende en una primera aproximación potencialmente afectados "*por levemente que sea*" en este sentido:

-La igualdad de los ciudadanos en la medida que se vean privados del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio por no disponer o no querer enseñar la documentación requerida ni someterse a ninguna prueba.

-En el derecho a la intimidad, porque la exhibición de documentos pone de manifiesto datos de carácter íntimo.

-En cuanto a la protección de datos, aunque no pertenezca a la esfera íntima de la persona, si es un dato relativo a su privacidad que está realmente protegido cuando es objeto de tratamiento.

En consecuencia, una primera conclusión de la sentencia es que: "*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*".

3.2. Pero los derechos fundamentales no son ilimitados: cuando existen razones de salud pública los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos deben ponderarse con el derecho a la vida y a la protección de la salud

Sabido es que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril. Y es la doctrina aplicada en el caso, cuando se confronta la “*tenue*” limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales analizados con “*la potente presencia*” del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), la defensa y protección de la protección de la salud (art. 43) y con el interés general de todos a sobrevivir en las gravísimas circunstancias pandémicas. En este juicio de ponderación el TS termina avalando la procedencia de la medida sometida a discusión.

Es importante resaltar que la justificación material va a ser determinante para la decisión final, pues, como también resalta el voto particular, el análisis de la afectación a los derechos fundamentales no es excesivamente riguroso e incluso en algún momento peca de escueto. Lo relevante para el TS ha sido el contexto material donde se pretenden desenvolver las medidas: el empleo del ocio, en “*locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales*”. Esto es, “*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*”.

Y es a partir de esta premisa desde la que el TS realiza la ponderación requerida. Lo que nos parece un argumento resaltable, pues puede deducirse que, en otro contexto de actividad esencial o no voluntariedad (pensemos en el acceso al puesto de trabajo, a un transporte público, o a otros tipos de establecimientos desde culturales, deporte o incluso sociosanitarios), el juicio de proporcionalidad en las circunstancias del caso concreto podría ser radicalmente distinto.

Lo cierto es que la afectación a los derechos fundamentales en su aplicación al supuesto de hecho queda muy devaluada.

-El *derecho a la igualdad* no se vulnera, pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están (porque no han querido al ser voluntaria la vacunación, o porque no han podido de acuerdo a los criterios temporales y etarios de la Estrategia de vacunación), al existir otras alternativas. Pero, en cualquier caso, el Tribunal pone el acento en la existencia de una justificación objetiva y razonable superior para permitir o no el acceso: la protección de la salud y la vida de las personas mediante una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia.

- El *derecho a la intimidad*, que protege la 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. Pero tampoco en este caso y aun tratándose de unos datos médicos, en circunstancias normales especialmente protegidos, prevalece frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, porque esta información es, a juicio del TS "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". Razonamiento que además apoya en un claro posicionamiento a favor de la vacunación en época 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*". Como por ejemplo ocurre con otros 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). Además, el TS cita en apoyo de su juicio el artículo 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que permite adoptar este tipo de medidas cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, en el contexto de 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.

- Respecto al *derecho a la protección de los datos* personales 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, como advierte la Orden gallega, puedan conservarse ni recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto.

- La mayor incidencia podría encontrarse con el derecho fundamental a la *libre circulación de las personas*, que el TS salva acudiendo al soporte de las medidas implantadas 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. Y en esta norma se considera 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 (art.13).

En definitiva, en el juicio de ponderación de derechos fundamentales potencialmente afectados, el TS hace prevalecer la vida y protección de la salud frente a los derechos a la igualdad, intimidad y libre circulación, y no aprecia afectación alguna en el derecho a la protección de datos. Con mayor o menor acierto en el análisis de cada uno de ellos resulta patente que la máxima *salus publica suprema lex* es la clave inspiradora de esta Sentencia. Queda ahora por ver si, justificada objetiva y razonablemente la medida en lid, pasa el test de adecuación proporcional que corresponde realizar al tribunal.

3.3. La clave de la sentencia: el juicio de proporcionalidad, ponderación, necesidad e idoneidad en el contexto del estado actual de la ciencia y las circunstancias cambiantes de la pandemia

Sentado el preeminente valor de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la Covid-19, el TS desciende al examen de si la medida exigida resulta necesaria e idónea para conseguir el fin perseguido, en definitiva, si resulta proporcionada.

Para ello aplica el test de proporcionalidad para la autorización o ratificación judicial de las medidas urgentes de salud pública cuando puedan comportar alguna afección a un derecho fundamental (de acuerdo a la doctrina sentada en STS 24 de mayo de 2021, rec.de casación 3375/2021). Que debe incluir el juicio de:

- 1) idoneidad de la medida: esto es, si resulta adecuada, idónea y apta para alcanzar el fin que se propone;
- 2) de necesidad: sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado, y
- 3) la proporcionalidad estricta: que se concreta en el sacrificio que impone la medida y que no debe resultar excesivo en relación con el interés que protege dicha actuación.

Partiendo del precedente juicio sobre la levedad de la afectación a los derechos concernidos, comienza la sentencia por descartar el examen de la proporcionalidad en sentido estricto, compartiendo la conclusión de la sentencia de instancia cuando declara que en el caso de autos *"podría considerarse que no es de gran entidad -e, incluso, discutible-*". Y ello porque se trata de una *"mera exhibición momentánea"* de la documentación, y un acceso voluntario, que inclinan claramente la balanza *"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, la vara de medir será para el Tribunal el estado actual de los conocimientos y de la ciencia, plasmados en los criterios médicos y epidemiológicos en un entorno que ha demostrado su constante mutabilidad en relación al virus y la evolución de la pandemia. Sobre la base de distintos informes científicos y técnicos de los servicios de epidemiología de la Consellería, la sentencia concluye que la vacunación es la medida más idónea frente a otras opciones que se barajaron, como la instalación de medidores de dióxido de carbono (CO2) para el control de los tiempos de ventilación. Y, desde luego, mucho menos incisiva que el cierre de establecimientos, por más que esta fuera la más segura, deslizando el propio Tribunal algunas consecuencias que podrían anudarse a esta drástica medida, *"que 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"*.

No le ha parecido necesario al Tribunal referirse a los otros dos documentos (aparte del certificado de vacunación que constaban en la Orden) para concluir 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"*. El balance netamente positivo entre riesgos, sacrificios y beneficios de las medidas, dado el actual estado de la ciencia y la inexistencia de riesgo cero o infalibilidad de estas, lleva también al Tribunal a sentar que para determinar la idoneidad y necesidad de la medida es suficiente 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. Y, por tanto, *"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"*.

La sentencia termina reforzando su tesis en base a dos argumentos de no menor relevancia: su implantación graduada en atención a la incidencia en los diferentes municipios y su temporalidad según *" los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento"*. Aunque no se señale con rotundidad, serán justamente estos los dos argumentos que terminan por sentar una doctrina distinta a la precedente de la orden andaluza, que postulaba la implantación indiscriminada en todo el territorio, haciendo tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia.

Con este hilo conductor, el Tribunal concluye que la medida ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Por lo que estima el Recurso de Casación interpuesto y ratifica la Orden de la Consejería de Sanidad de 13 de agosto 2021, que impuso el pasaporte Covid en la comunidad gallega.

4. Y para concluir: "pasaporte Covid" no para cualquier uso y lugar, ni tampoco para cualquier territorio, al menos sin ratificación y ponderación judicial

El análisis de esta sentencia nos deja algunas enseñanzas que pueden ser relevantes para situaciones similares o futuras normas que pudieran plantearse la exhibición del pasaporte Covid.

En primer lugar, la doctrina de esta sentencia no es una patente de corso para la posible imposición del pasaporte Covid en todas las Comunidades Autónomas, como se ha llegado a sugerir. Pues las medidas concretas que decidieran imponerse deberían pasar por el test de proporcionalidad, idoneidad y necesidad que debe ratificar el correspondiente órgano jurisdiccional. Y ello pues, siquiera levemente, se ven afectados derechos fundamentales que habrá que confrontar en su especificación

y justa medida con las normas adoptadas en cada caso concreto, momento temporal e incidencia en la salud pública².

Tampoco debemos extrapolar esta doctrina a cualquier medida que incorpore la exhibición del pasaporte Covid. La sentencia deja bien clara la situación en la que está justificado: el uso voluntario del ocio y en lugares concretos. De hecho, el juicio de idoneidad vuelve a vincularse a las características propias de los establecimientos en los que se exige, e incluso a las actividades que en ellos se realizan. En palabras del tribunal, que no nos resistimos a transcribir, según todas las evidencias científicas: *“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”*.

Por lo que caben dudas de si, con esta doctrina, medidas similares podrían imponerse para otros lugares, por ejemplo establecimientos de cultura o deporte, como ha ocurrido en otros países de nuestro entorno. O incluso en el ámbito laboral, siendo paradigmático el caso de Italia, que ha impuesto la obligación del certificado Covid a sus 23 millones de trabajadores públicos y privados, al menos del 15 de octubre al 31 de diciembre. Aunque la cuestión no es sencilla, la imposición de estas medidas desde luego que requeriría una revisión de nuestro actual marco legal³.

De ahí también la trascendencia de algunos pasajes de esta sentencia que bien pueden leerse como un sólido espaldarazo a la estrategia de vacunación⁴. Que entiende como *“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...y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos”*, para matizar la preeminencia de derechos fundamentales como el de la intimidad o incluso la igualdad. Por más que en este segundo caso con argumentos rebatibles, al menos desde la perspectiva ética, como resalta también el voto particular entendiéndola severamente afectada, pues: *“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)*

² En este sentido vid la interesante aportación de GONZALEZ CARRASCO, C., en *“¿Puede imponerse el pasaporte Covid en todas las Comunidades Autónomas?, en línea en <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2021/09/16/614228d0e4d4d8a3138b456e.html>*

³ MIGUEL BERIAIN, I. y SANTISTEBAN GALARZA, M., *“Pasaportes inmunológicos: un comentario ético jurídico”*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 93-94, abril-mayo 2021, pp.46-52.

⁴ DELGADO GARRIDO, C., *“El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia”*, *Revista Vasca de Administración Pública* número 121, septiembre-diciembre, 2021, Sección Estudios, (en prensa)

se exige certificado de recuperación cuando no todos han pasado la enfermedad". Y ello, en opinión del magistrado disidente, no es constitucionalmente posible, puesto que la igualdad comporta el trato igual de los iguales.

Aunque tampoco resultara especialmente trascendente al fallo, la sentencia se alinea con la doctrina constitucional (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), para sentar que no toda restricción o limitación de derechos fundamentales requiere ineluctablemente de cobertura de ley orgánica. Lo que supone también amparar la posibilidad de desarrollo autonómico de medidas de salud pública, como puede deducirse de este considerando en referencia a la Ley 8/2008, de 10 de julio de Salud de Galicia: *"la ley orgánica sólo es necesaria 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"*.

En fin, comparto plenamente la doctrina del TS, pues creo que da en el blanco exponiendo la ponderación de los derechos fundamentales que se ven afectados y los que estarían en juego en caso de no acatarse la medida impuesta por la Xunta de Galicia. El derecho a la vida y la protección de la salud (también el de los demás), en una situación tan dramática como la que hemos vivido y cuyo devenir es todavía incierto, deben ser determinantes en el juicio de ponderación con otros derechos fundamentales.

También creo que acierta la sentencia haciendo girar sus argumentos en el carácter de la actividad, pues por importante que el ocio pueda ser desde tantos aspectos (no solo jurídicos, sino económicos o incluso psicológicos) no es una actividad esencial y, por tanto, es dispensable y queda al libre juego de la autonomía de la voluntad del individuo. Creo que entre las libertades individuales y el derecho de la colectividad a la protección de la salud debemos ser coherentes y entender que este debe prevalecer, pues sin su garantía podríamos encontrarnos ante la imposibilidad de disfrutar ninguna de aquellas.

5. Bibliografía

DELGADO GARRIDO, C., "El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia", *Revista Vasca de Administración Pública*, número 121, septiembre-diciembre, 2021, Sección Estudios, (en prensa)

GONZALEZ CARRASCO, M, ¿Puede imponerse el pasaporte Covid en todas las comunidades autónomas?, *El Mundo*, Madrid, 16 de septiembre de 2021, en línea en <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2021/09/16/614228d0e4d4d8a3138b456e.html>

MIGUEL BERIAIN, I. y SANTISTEBAN GALARZA, M., “Pasaportes inmunológicos: un comentario ético jurídico”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 93-94, abril-mayo 2021, pp.46-52.