



T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00097/2021

-

Equipo/usuario: ER
Modelo: N65840
PLAZA DE GALICIA, S/N 15071 A CORUÑA
Correo electrónico:

N.I.G.: 15030 33 3 2021 0001217
Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007559 /2021 /
Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES
De D./ña. CONSELLERIA DE SANIDADE
ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD
PROCURADOR D./D^a.
Contra D./D^a.
ABOGADO
PROCURADOR D./D^a.

AUTO Nº 97/21

ILMO. SR. PRESIDENTE

D.LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

PABLO ANGEL SANDE GARCIA
JUAN SELLES FERREIRO

En A CORUÑA, a veinte de agosto de dos mil veintiuno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de agosto de 2021 tiene entrada en esta sala la solicitud que formula la letrada de la Xunta de Galicia, a fin de que se autorice la Orden del sr. Conselleiro de Sanidade de 13 de agosto de 2021, por la que se establecen medidas cualificadas de prevención para hacer frente a la evolución de la situación epidemiológica derivada de la Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia y que precisan de la autorización judicial para su eficacia; a esa solicitud acompaña copia de esa disposición, así como los informes técnicos que sustentan su oportunidad.

SEGUNDO.- Se ha ofrecido el preceptivo informe al representante del Ministerio Fiscal, que lo ha cumplimentado en sentido favorable con fecha 13 de agosto de 2021.

TERCERO.- Con fecha 14 de agosto de 21 ha celebrado la Sala el debate y ha procedido a su votación, comunicándose su parte dispositiva a la Xunta de Galicia ese mismo día.

CUARTO.- Ha sido ponente el ilustrísimo señor don Juan Sellés Ferreiro, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Sala

El artículo 10.8 LJCA establece que corresponderá a la Sala de lo Contencioso Administrativo de los TSJ conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública que implique la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. Por su parte el artículo 122 *quater* del mismo texto legal recoge que, en la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.1 de la presente ley, será parte del Ministerio Fiscal.

Resulta evidente que en el presente caso los destinatarios no están identificados individualmente, al estar dirigida la medida cuya autorización se solicita con carácter general a todas las personas que pretendan acceder a alguno de los locales a los que se refiere a la Orden.

Dicha medida consiste en la necesidad de presentar la siguiente documentación para el acceso a determinados establecimientos:

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

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

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

Dedica la asistencia letrada de la Xunta de Galicia la primera parte de su extenso escrito a cuestionar la procedencia de someter a previa autorización de este Tribunal las medidas adoptadas y que se incluyeron en un primer momento en la Orden de la Consellería de Sanidade de 22 de julio de 2021, publicada en el DOG del jueves 22 de julio del mismo año, por entender que no afectaban a Derechos Fundamentales.

En relación con los Derechos Fundamentales que pudieran resultar afectados por la implantación del denominado vulgarmente «pasaporte covid», hemos de distinguir, por una parte, el derecho a la intimidad personal recogido en el artículo 18 CE,



desde el momento en que la medida implica la necesidad de exhibir datos relacionados con la salud, los cuales tienen la consideración, desde la óptica de la normativa de la Unión Europea, de carácter sensible, gozando una mayor protección y confidencialidad.



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

A ello procede añadir la posible vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado por España y que forma parte del ordenamiento jurídico español, ex artículo 96 CE.

Por todo ello, se hace estrictamente necesario que este Tribunal, antes de proceder a la autorización, analice la medida desde la óptica de los derechos fundamentales ya citados.

SEGUNDO.-Ámbito del presente procedimiento

1.- A fin de centrar el debate conviene precisar que el presente procedimiento se circunscribe de forma exclusiva a la solicitud de ratificación de la Orden del Sr. Conselleiro de Sanidade de la Consellería de Sanidade de 12 de agosto de 2021.

De ello se deriva que no corresponde a esta Sala, en este momento procesal, la declaración de conformidad o no a Derecho de la misma, ya que nos hallamos en un procedimiento de cognición reducida, por lo que lo único que nos compete es determinar si aquella restringe o limita derechos fundamentales, si ha sido adoptada por órgano competente y si se adecúa a los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que exige la jurisprudencia sentada en esta materia.

En consecuencia, cualquier otro aspecto que afecte a la legalidad de la medida habrá de desarrollarse en el ámbito del recurso contencioso administrativo, no correspondiendo a este Tribunal hacer otro análisis jurídico que el que se circunscribe a los aspectos ya enunciados.

2.- Pese a ello, la Sala no renuncia a destacar la muy discutible función, pretendidamente jurisdiccional, pergeñada por el legislador estatal de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre; función, ahora asumida por esta Sala de Vacaciones, en realidad consistente en atribuir ex artículo 10.8 LJCA a las Salas de lo Contencioso-

Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una suerte de competencia para-jurisdiccional, a modo de apéndice de un procedimiento de elaboración de una disposición administrativa autonómica dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, y que tiene por objeto la adopción de medidas en materia sanitaria que por hipótesis pueden conllevar la limitación o restricción de derechos fundamentales. A la postre, el legislador estatal ha impuesto una intervención de las mencionadas Salas respecto a la autorización o ratificación judicial de dichas medidas que solo se explica cabalmente en términos de condición insoslayable de la validez de las mismas, de manera que, como destaca el ATSJ Aragón 77/2020, de 3 de diciembre (ECLI: ES: TSJAR: 2020:77A), se nos impele a ejercer una función consultiva vinculante participando en el proceso de elaboración de una disposición general que contiene medidas de carácter político sanitario, lo cual, según nuestro parecer, dista de encajar prima facie en el diseño constitucional de la tarea jurisdiccional ex artículo 117.3 y 4 CE. Desde luego que no nos encontramos en presencia de un control ex post de la legalidad de la actuación administrativa y sí ante una función diferente que mal que bien encaja, insistimos, con la propiamente jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales.

Es más. Esta Sala entiende que no se trata únicamente de que no quepa hablar en rigor de ejercicio de la función jurisdiccional ex artículo 10.8 LJCA, sino que las autorizaciones o ratificaciones que se nos demandan tienen como objeto limitar o restringir derechos fundamentales y ello es así aunque se aduzca que la limitación o restricción tiene lugar para garantizar otros derechos. Es lo cierto y decisivo, en cualquier caso, que las autorizaciones o ratificaciones demandadas a los Tribunales tienen por finalidad validar normas autonómicas que limitan o restringen derechos fundamentales, y no precisamente mediante leyes orgánicas, solo susceptibles de ser aprobadas por el legislador estatal (artículo 81 CE), y sí, como sucede en el caso que enjuicamos, mediante una simple Orden, lo cual se traduce en último término en la conversión de los órganos judiciales en corresponsables, si no directamente coautores, de disposiciones administrativas limitativas o restrictivas de tales derechos fundamentales puesto que sin su autorización carecerán de eficacia. Y todo ello, lo repetiremos, como consecuencia de la aprobación del artículo 10.8 LJCA efectuada por el legislador estatal (mediante la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre), quien ha posibilitado y residenciado en las Comunidades Autónomas nada menos que la adopción de medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales por vía reglamentaria, amén de admitir y consentir que los derechos fundamentales pueden verse concernidos por la estructura o composición autonómica del Estado.

TERCERO. Fondo del asunto. Base legal de la medida solicitada

1.- A fin de determinar si existe base legal para la autorización de las medidas contenidas en la Orden de 13 de agosto hemos de acudir a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo.

Así, en la STS de 24 de mayo de 2021 se dice que «este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y



cuantitativas para satisfacer la exigencia de certeza que de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y en concreto de la Libertad de circulación». Y concluye que «en definitiva, la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas, o sea, las que hemos destacado». Asimismo, la sentencia del Alto Tribunal, tras reiterar que hubiera sido deseable una regulación más específica para afrontar la pandemia, aclara que será necesario examinar cada medida y proceder a una detenida valoración conforme a los criterios extraídos de los preceptos anteriormente indicados. Más concretamente, será preciso someter a enjuiciamiento su adecuación, necesidad y proporcionalidad. Para ello, la citada sentencia indica que el control judicial requerido a las Salas de Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria proporcionada.

Idéntico criterio es seguido, entre otras, por la STS (Contencioso) de 3 de junio de 2021, nº 788/2021, Rec. 3704/2021, en la que, con expresa referencia al «toque de queda» realiza dos consideraciones que estimamos de interés para resolver esta primera cuestión: Por un lado, que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma. Y, por otro lado, que, de entrada, no es descartable que se puedan adoptar medidas tan severas como el «toque de queda» o, incluso, la limitación del número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales, todo ello al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Serán conformes con el ordenamiento jurídico, siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias –a la vista de las circunstancias específicas del caso- esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate, sin que basten «meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución». Así, dice el Alto Tribunal: «Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es así, la intensidad: el problema es más bien la extensión». En conclusión, existiría base legal para la adopción del «toque de queda», siempre y cuando exista una justificación sustantiva proporcionada a la intensidad y extensión de la restricción de derechos fundamentales, que la misma conlleva, con mayor motivo la habrá para imponer una medida restrictiva de acceso a locales de ocio, fundamentada en el deseo de evitar la propagación del virus.

2.- Desde la óptica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, como Tratado Internacional firmado por España, forma parte del ordenamiento jurídico interno ex artículo 96 CE, conviene hacer una serie de precisiones conceptuales.

Desde un punto de vista conceptual, cabe decir que el derecho a la intimidad viene reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales emplean para referirse a él el término vida privada, como el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, la vigente Constitución Española al introducir por primera vez este derecho en nuestro ordenamiento jurídico emplea el término intimidad. Se da la circunstancia de que la expresión privacidad o vida privada comparte varias de las características atribuidas al término intimidad, pero no todas ellas, ya que la intimidad se refiere más a la interioridad de la persona, mientras que la privacidad hace referencia al estado condición de estar aislados sólo.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que «el artículo 18.1 de la Constitución no garantiza una intimidad determinada, sino derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona y a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida» (STC 134/1999).

La STC 142/1993, considera que la intimidad comporta la facultad de excluir a los demás de la divulgación ilegítima de ciertos datos personales. De este modo, el TC entiende que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de atender a la proporción entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quién se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial» (STC 57/1994).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión en numerosas sentencias donde se analiza la posible vulneración de los artículos 8 y 14 CEDH.

Así, en la Sentencia de 25 de febrero de 1997 (caso Z. contra Finlandia) manifestó que «la protección de los datos personales, incluidos los de carácter médico, tiene una importancia fundamental en el disfrute del derecho de toda persona al de la vida privada y familiar garantizado por artículo 8 del Convenio. El respeto de la confidencialidad de los datos médicos es un principio esencial. Es crucial no solo el respeto de la privacidad un paciente sino también la preservación de su confianza en la profesión médica y en los servicios sanitarios en general».



En la Sentencia de 17 de julio de 2008 (caso I. contra Finlandia) el Tribunal hizo hincapié en el deber de asegurar la protección de los datos médicos depositados en el registro de un hospital público, de cuyas actuaciones es responsable, en última instancia el Estado, contra su acceso ilegítimo.



En el caso C.C. contra España, resuelto con la Sentencia de 6 de octubre de 2009, manifestó que es preciso «tener cuenta el papel fundamental que juega la protección los datos de carácter personal –no menos la información relativa a la salud- para el ejercicio del derecho respeto a la vida privada y familiar. El respeto del carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico todas las Partes Contratantes del Convenio. Es muy importante no solo para proteger la vida privada de los enfermos sino también para preservar su confianza el cuerpo médico y los servicios de salud en general».

En la sentencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos sobre el caso Kiyutin contra Rusia, de 10 de marzo de 2011, el Tribunal examinó la expresión «cualquier otra situación» (*any other status*) del artículo 14 del Convenio –del que es fiel trasunto el art. 14 de la CE- llegando a la conclusión de que es ejemplificativa y no exhaustiva, como lo demuestran las palabras «especialmente por razones como» (*any ground such as*) y por la inclusión en la lista de la frase “cualquier otra situación”. La expresión «otra situación» ha sido interpretada ampliamente y no se ha limitado a características personales, en el sentido del que sean innatas o inherentes. Además, el Tribunal ha puesto de relieve que, según la opinión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el término «otra situación» en las disposiciones antidiscriminatorias de los instrumentos de derecho internacional puede ser interpretado para englobar el estado de salud. En cuanto a si la diferencia de trato sufrida por el demandante fue objetiva y razonable, el Tribunal se fijó, fundamentalmente, en el margen de apreciación del que disfrutaban los Estados en la aplicación del Convenio. El Tribunal manifestó que, aunque la protección de la salud pública es un fin legítimo, el gobierno ruso no fue capaz de aducir razones convincentes y objetivas para demostrar que esta finalidad podría conseguirse mediante la negativa del permiso de residencia al demandante a causa de su estado de salud. Por todo ello, el Tribunal afirmó que el Gobierno había sobrepasado su estrecho margen de apreciación en este caso y que el demandante había sido objeto de discriminación por su estado de salud, con violación del artículo 14 del Convenio considerado conjuntamente con el artículo 8.

En cuanto a la intimidad, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es preciso señalar que este instrumento internacional no emplea dicho término en su artículo 8, sino el de vida privada. Sin embargo, el TEDH ha manifestado que esta expresión incluye los derechos a la intimidad y al desarrollo personal, así como el de establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. De la jurisprudencia del Tribunal se desprende, además, que el artículo 8 impone al Estado la obligación negativa de no interferir arbitrariamente en la vida privada de las personas y el deber de adoptar medidas positivas para conseguir el respeto efectivo de este derecho.

Más recientemente en su sentencia de 8 de abril de 2021 (caso Vavricka) y ,en cuanto al juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas por los estados, ha considerado que en última la instancia la cuestión que ha de ser enjuiciada no es si una diferente política sanitaria restrictiva puede ser adoptada en comparación con los otros países de Europa, sino que procede determinar si un concreto estado -en este caso la República Checa- se excedió en el margen de apreciación en esta área, concluyendo que las medidas impugnadas podrían encontrar encaje dentro de la expresión «necesarias en una sociedad democrática». En el asunto enjuiciado en el que se establecía el carácter obligatorio de la vacunación de niños con la consiguiente prohibición de acceso a la escuela a los no vacunados, el Tribunal parte de que la utilidad de la vacuna es reconocida por la ciencia médica.

3.- Ahondando en lo hasta aquí expresado, se ha venido hablando también de un derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, que igualmente estaría afectado, tal y como apunta el ATSJ Canarias 13 de agosto de 2021 Procedimiento 225/2021. A éste se ha referido la STC 292/2000 en su FJ 6: «La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 C.E. es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, F.J. 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, y así lo ha dicho este Tribunal (SSTC 134/1999, de 15 de julio, F.J. 5; 144/1999, F.J. 8; 98/2000, de 10 de abril, F.J. 5; 115/2000, de 10 de mayo, F.J. 4), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.

De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 C.E., sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, F.J. 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 C.E., e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 C.E., al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona,



sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 C.E. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, F.J. 5; 110/1984, de 26 de noviembre, F.J. 3; 89/1987, de 3 de junio, F.J. 3; 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 3; 197/1991, de 17 de octubre, F.J. 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, F.J. 7)».

Añadiendo en el FJ 7: «De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los

datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele».

Y en el ámbito del Derecho de la Unión Europea consta reconocido específicamente este derecho tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuyo artículo 16 menciona las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos; como también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo artículo 8 –que ya hemos citado-, se regula al derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Siquiera está de más, podría añadirse que los datos referentes a la salud forman parte de esos datos de carácter personal cuya protección constituye un derecho fundamental. En este sentido, es clara 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, en cuyo artículo 7 se regula el derecho a la intimidad, con mención expresa al derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Las enfermedades que una persona haya padecido, los resultados de pruebas médicas, los diagnósticos, las vacunas que haya recibido, forman parte de su historia clínica, según resulta de los artículos 14 y 15 de la dicha 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. Y según su artículo 16.3 «El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos personales, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico asistencial, de manera



que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación previstos en el apartado 2 de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Asimismo se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicos asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

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. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos».

Como puede apreciarse, ya la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ha previsto el supuesto de hecho de «prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población» y, en tal caso, a quienes apodera para verificar la historia clínica es a: «profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto». No todo profesional está sujeto a una obligación de secreto, de manera que el establecimiento genérico del deber de comunicar datos sanitarios a cualesquiera trabajadores podría carecer de suficiente base legal.

Incide la Administración en la primera parte de su larga solicitud de autorización en que no se afectaría a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de carácter reservado porque la exigencia de que venimos hablando se impone para el ejercicio de actividades que son voluntarias y porque los datos no quedan registrados, ni se archivan, sino que únicamente se exhibe un documento ante otra persona. A este respecto, debemos hacer notar que –precisamente- el ejercicio voluntario es lo propio de todo derecho, también deambular por la vía pública durante la noche es una actividad voluntaria y no por ello se ha aceptado que los toques de queda nocturnos no afecten al derecho fundamental a la libertad. En cuanto a la no afcción del derecho a la protección de datos reservados, porque no se prevé que una determinada información concerniente a la salud sea ni registrada, ni archivada, sino que sólo se exija la exhibición de un documento, este argumento en ningún caso evitaría el riesgo de afcción al derecho de la intimidad, que es más amplio que el de protección de datos personales, pues lo cierto es que se tome o no se tome nota de ello, el cliente ha tenido que desvelar a un tercero una información concerniente a su salud que tenía derecho a mantener reservada para sí y su círculo íntimo.

CUARTO.- Justificación de la medida

1.- Es bien conocido que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria en el que se ha venido detectando desde el mes de junio un incremento de brotes epidémicos -en particular, la denominada «quinta ola» (si bien actualmente en remisión)- que, obviamente, exige por parte de la Administración la adopción de cuantas medidas sean precisas para controlar los contagios. En este contexto se impone una importante intervención administrativa, en el que las Administraciones Públicas han de intentar acompasar la necesaria protección de la vida y la salud con un ejercicio limitado de algunos derechos fundamentales.

Es un hecho que en las actuales circunstancias no contamos con tratamiento médico curativo efectivo, sino con medidas profilácticas de protección y las vacunas autorizadas. Es cierto que se han alcanzado cifras porcentuales elevadas, pero no el nivel necesario para producir la denominada «inmunidad de rebaño», por lo que las medidas sanitarias deben centrarse fundamentalmente en la prevención, atendiendo a los parámetros que describen la situación, como son la incidencia acumulada a 14 días y el mayor grado de contagio de las nuevas variantes detectadas, como la delta y la lambda.

2.- La STS (Contencioso) de 17 de junio de 2021, nº 875/2021, Rec. 4244/2021, entendió que no bastaba con la existencia de una elevada tasa de incidencia acumulada. Por el contrario, precisó que es carga de la Administración justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido, así como la inexistencia de otras alternativas.

Y la STC 39/2016, de 03/Marzo en su FJ 5, expresa: «En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el fin propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (SSTC 66/1995, de 8 mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ, y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8)».

3.- Este Tribunal es plenamente consciente de la situación que atraviesa el sector del ocio nocturno y de la hostelería y empatiza plenamente con la ciudadanía que obtiene de este servicio su principal fuente de ingresos, pero ha de fundar sus resoluciones en Derecho. No cabe, por tanto, hacerlo responsable de las decisiones políticas que se puedan adoptar por otros poderes del Estado como consecuencia de las resoluciones judiciales, ya que, en un Estado Social Democrático y de



Derecho en el que impera la división de poderes cada uno de estos desempeña su función con arreglo al mandato constitucional.

Pero sí queremos resaltar que no nos parece ecuánime demonizar al sector de servicios de hostelería estableciendo agravios comparativos con otras actividades mercantiles que se desarrollan en lugares cerrados, como son los establecimientos comerciales o grandes superficies en los que, pese a su uso masificado, no se exige para su acceso la exhibición de ningún documento de carácter médico como los que se incluye en las medidas que se contemplan en la Orden de 11 de agosto de 2021.

4.- Ningún informe científico avalado por instituciones de reconocido prestigio en la materia ha llegado a conclusiones irrefutables sobre la hipótesis de que las personas vacunadas o que hayan sufrido el COVID 19 no puedan contagiar o ser contagiadas.

Por el contrario, y por citar un ejemplo a nivel internacional, el Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos de América ha revisado recientemente sus previsiones recomendando el uso de mascarilla a las personas vacunadas, por cuanto se ha detectado la propagación del virus en su variante delta entre personas que habían recibido las dos dosis de la vacuna *Pfizer* [accesible en el link: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/fully-vaccinated.html>].

En el mismo sentido, la prestigiosa revista «The Lancet» recoge recientes estudios sobre las tasas de infección realizado entre trabajadores de la salud pública en Gran Bretaña, sobre el nivel de contagio entre vacunados [accesible en el link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3815682].

5.- Entrando en el examen de las medidas que se proponen, desde la simple óptica de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es obligado acudir a los datos objetivos sobre la pandemia actualizados a 13 de agosto de 2021, proporcionados por el Ministerio de Sanidad y que arrojan el resultado siguiente en las Comunidades Autónomas [accesible en el link: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_440_COVID-19.pdf]:

	GALICIA	LA RIOJA	MADRID	MURCIA	NAVARRA	PAÍS VASCO
IA	494,89	570,47	505,89	419,26	536	530,56
UCI	7,88 %	18,7%	31,7%	6,48%	22,31 %	15,63%
PC	67,42%	62,84%	62,16%	56,2%	64,34 %	65,29%
PD	76,94%	72,14%	70,61%	72,28 %	72,02%	72,38%

	C.VALENCIANA	CATALUÑA	CASTILLA - LA MANCHA	CASTILLA - LEON
IA	387,06	417,71	442,2	428,66

UCI	14,21%	44,39%	14,17%	20,41%
PC	60,32%	60,29%	62,74%	67,62%
PD	72,0 %	69,65%	72,6%	76,97%

	CANTABRIA	CANARIAS	BALEARES	ASTURIAS
IA	484,13	388,2	619,18	262,08
UCI	15,25%	22,54%	28,29%	10,4%
PC	62,84%	59,65%	59,15%	70,49%
PD	71,66%	71,82%	67,83%	80,03%

[Donde IA es incidencia acumulada a 14 días; UCI, el porcentaje de ocupación de esa unidad; PC, pauta completa de vacunación; y PD, primera dosis].

De la simple lectura de este cuadro, se colige que en la única Comunidad Autónoma en la que se ha implantado esta medida desde el 22 de julio (Galicia), la incidencia acumulada a 14 días es ligeramente superior a muchas de las Comunidades Autónomas en las que no se ha implantado dicha medida, a pesar de llevar vigente, de facto, desde aquella fecha. Aparte de que desde el punto de vista del porcentaje de personas que han recibido las dos dosis de vacuna o una de ellas, Galicia se encuentra entre las primeras en la lista de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a los documentos que se exigen, solamente el documento que acredite haber recibido dos dosis de cualquiera de las vacunas que se administran en nuestro país podría acreditar un grado porcentual de inmunidad (cuyo índice no ha sido todavía determinado con precisión respecto a cada una de las vacunas autorizadas, ya que su reciente implantación hace que los estudios se estén desarrollando en la actualidad). Es obvio, empero, que la efectividad de las vacunas y el uso de la mascarilla están fuera de toda duda, como únicas armas eficaces en la actualidad para luchar contra esta pandemia.

Por lo que se refiere a las pruebas diagnósticas de infección activa (PCR - RT o test de antígenos), constituyen una foto fija de la situación clínica del individuo en el momento en que se realizan, pero no garantizan que en el momento en que se exhiben al encargado del local que regenta un establecimiento de ocio nocturno el portador del documento no se encuentre en situación de transmitir el virus o poder ser contagiado, por lo que el juicio sobre su idoneidad ha de ser necesariamente negativo.

QUINTO.- 1.- Como corolario a todo lo anterior, vamos a condesar los motivos jurídicos en los que basamos nuestra decisión de no autorizar las medidas recogidas en la Orden de 13 de agosto de 2021, que se ha presentado ante esa Sala de Vacaciones, y que han quedado expuestas a lo largo de este Auto.

2.- Es doctrina Constitucional consolidada que los Derechos Fundamentales no tienen carácter ilimitado y absoluto, pudiendo verse sometidos a modulaciones o límites, siempre que estén justificados por un fin constitucionalmente legítimo y sean proporcionado. Así, la STC 24/2015, de 16/Febrero, ya señalaba que se debe «partir de nuestra conocida doctrina sobre el carácter limitado y no absoluto de los



derechos fundamentales. En concreto, para el derecho de reunión y manifestación lo recordábamos en la STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3, donde dijimos: “[e]n efecto, el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE –alteración del orden público con peligro para personas y bienes–, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre, (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios ‘para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone ... y, en todo caso, respetar su contenido esencial’”». En el mismo sentido, la STC 186/2013, de 04/Noviembre, o el ATC 40/2020, de 30/Abril, ya en el ámbito temporal de la pandemia).

Sentado lo anterior, hemos de partir, siguiendo al Tribunal Constitucional, de que las medidas adoptadas por las autoridades que sean restrictivas de derechos fundamentales son conformes a derecho, si resisten el **triple juicio de proporcionalidad**, como ya expresamos en el FJ anterior, las SSTC 39/2016, de 03/Marzo, en su FJ 5; y 28/2020, de 24/Febrero, en su FJ 3 (con antecedentes en las SSTC 14/2003, de 28/Enero, FJ 9; 43/2014, de 27/Marzo, FJ 2; y 170/2013, de 07/Octubre, FJ 5), fijan cuáles son las tres bases sobre las que debe sostenerse dicho juicio de proporcionalidad: una, que la medida sea apta para el fin (juicio de idoneidad); dos, que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, tres, que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Abundando en este criterio marcado por esta resolución, podemos citar, solamente a título de ejemplo, las SSTS de 22 de febrero de 2021 Rec. 5619/2019, de 17 de marzo de 2021 Rec. 2870/2020 o de 26 de abril de 2021 Rec. 4645/2019 [todas ellas de la Sala de lo Contencioso – administrativo], en las que se ha manifestado que –la cursiva y negrita es nuestra– «[e]l principio de proporcionalidad constituye un principio general del derecho, con especial incidencia en el ámbito punitivo y en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, como ha tenido ocasión de declarar reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 39/2016, de 3 de marzo; ECLI:ES:TC:2016:39; y la 186/2000, de 10 de julio; ECLI:ES:TC:2000:186, a la que se remite). **Dicho principio trata de realizar el denominado juicio de ponderación, entendido como el equilibrio necesario que debe establecerse entre los intereses generales a que obedece la norma y los valores o bienes de los ciudadanos en conflicto que se ven sacrificados con su aplicación**», añadiéndose en la STS 21 de julio de 2021 Rec. 1438/2020 que el «principio de proporcionalidad [...] impide imponer limitaciones más allá de lo que fuera necesario para conseguir el fin», por lo tanto, será preciso que la medida supere ese triple juicio y en términos razonables, objetivos y justificados, adaptándose a lo que busca y en la medida en que sea idóneo, no existiendo

alternativas más respetuosas o menos restrictivas. En definitiva y conforme a las SSTs de 24 de mayo de 2021 Rec. 3375/21, de 3 de junio de 2021 Rec. 3669/2021, y de 18 de agosto de 2021 Rec. 5899/2021, «la clave está en la justificación ofrecida por la Administración para considerar necesaria la medida cuya ratificación pretende», ésa es la cuestión molar y que –a lo que creemos- no se ha producido en el grado deseable.

3.- Sin ánimo de ser exhaustivos, entiende esta Sala de Vacaciones que, en principio, la afectación de los Derechos Fundamentales implicados en el caso podría argumentarse que no es de gran entidad –e, incluso, discutible-, bien porque se entienda que la mera acreditación de las circunstancias exigidas por la Orden para acceder al interior de los locales no condiciona gravemente el derecho a la intimidad personal, pues se trata de una mera exhibición momentánea (siquiera sea indiscutible que afecte a datos sensibles sanitarios y –en sí- implica un acceso a ellos en las condiciones reguladas en la LOPD); bien porque pudiera justificarse dicha condición de acceso voluntaria en aras a proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones. Es decir, desde un punto de vista abstracto y en una primera aproximación a la proporcionalidad de la medida («intereses generales a que obedece la norma» frente a los derechos de los ciudadanos afectados), pudiera considerarse justificada (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**).

Sin embargo, lo que es obvio y no puede discutirse es que la medida –tal y como ha sido planteada- no supera los otros dos juicios indicados, habida cuenta que ni es idónea, ni necesaria:

(a) No parece que sea idónea (**juicio de idoneidad**), porque, si ello significa –en palabras del Tribunal Constitucional- «susceptible de conseguir el objetivo propuesto», esto es, «adecuado y apropiado para algo» -según el DRAE-; resulta que no lo es, ya que no impide el contagio (objetivo). Se busca en la medida –son palabras de la Orden- «el objetivo de reducir la probabilidad de que una persona infectada entre en contacto con otras personas no infectadas y no protegidas y, por lo tanto puedan transmitirles la infección»; la cuestión es que, aunque se admite que la adopción de esa medida pueda contribuir de alguna manera a la reducción de la propagación del virus, no es una medida idónea en el grado exigible, por cuanto que –lo dice el propio «Informe sobre la exigencia de certificados de vacunación, de recuperación o de prueba COVID negativa...» de la Dirección Xeral de Saúde Pública de 11 de agosto de 2021 –f. 3- «el riesgo de adquisición de la infección de una persona vacunada es muy bajo» y «las probabilidades de que un vacunado transmita la infección es entre baja y moderada». En otras palabras, la vacunación no exime de contagiarse y las posibilidades de contagiar en ese caso llegan a ser moderadas, lo que –desde luego- parece desbarbolar la eficacia, adecuación o aptitud para conseguir el objetivo de detener los contagios en los locales de hostelería. A mayor abundamiento, la prueba COVID negativa sólo es una foto fija del momento en el que se ha practicado, con lo que nada impide desgraciadamente que en un momento posterior a la misma y anterior a la entrada en el local se haya producido el contagio y, por lo tanto, el sujeto afectado sea un propagador del virus, que es el objetivo declarado de la medida. En definitiva, si las personas que han sido



vacunadas o han padecido la enfermedad, a pesar de haber desarrollado inmunidad frente al virus (en un mayor o menor grado, dependiendo del tipo de vacuna y del hecho de haber padecido la enfermedad) pueden ser potenciales transmisores del mismo, no se ha explicado cómo se evitará el posible contagio de quienes hayan accedido al local amparados en la presentación de un justificante por la realización de una PCR o un test de antígeno, que sólo acredita que en momento de su realización no eran portadores del virus activo, pero no que gocen de inmunización alguna frente a éste.

De hecho, conforme a los datos del Ministerio de Sanidad sobre las distintas Comunidades Autónomas antes reflejados, en la evolución de los últimos catorce días no hay datos significativos que indiquen una eficacia de la medida adoptada en Galicia (única Comunidad en la que se ha venido exigiendo el denominado «pasaporte COVID»); es más (lo resaltamos en el FJ anterior), los datos desafortunadamente tampoco revelan que se haya mejorado la situación epidemiológica en relación a Comunidades con un peso y configuración poblacional, y pautas de vacunación similares a la gallega, como, por ejemplo, Asturias (IA 262,08, PC 70,49, PD 80,03; y un 26,46% de población mayor de 64 años), Canarias (IA 388,2, PC 59,65, PD 71,82; y un 17% de población mayor de 64 años) o Castilla – León (IA 262,08, PC 70,49, PD 80,03; y un 25,65% de población mayor de 64 años), mientras que en Galicia los datos son IA 494,89, PC 67,42 y PD 76,94; y un 25,72% de población mayor de 64 años. Lo que viene a demostrar empíricamente la no idoneidad de una medida que comenzó a aplicarse hace tres semanas *de facto* y no parece que haya obtenido el efecto buscado desde el punto de vista de la contención pandémica.

A estas consideraciones, queremos hacer nuestro otro argumento relevante para el juicio de idoneidad, que ha expresado el Auto del TSJ Andalucía/Granada de 6 de agosto de 2021 Procedimiento 1543/2021: «la medida controvertida establece un deber exclusivamente a cargo del cliente, consumidor o usuario, pero no pesa en la misma medida sobre quienes se encuentren desarrollando su prestación laboral en esos mismos establecimientos, de manera que la medida no permite alcanzar el objetivo de preservar del virus determinados espacios, pues podría darse el caso de que cumpliendo todos los clientes de un local con la exigencia de que venimos hablando, sin embargo ninguno de los empleados estuviera en condiciones de cumplirla, de manera que la restricción de derechos de la clientela habría sido en vano». Y,

(b) No parece que sea necesaria (**juicio de necesidad**) o, al menos, no lo es en el grado que resultaría exigible, porque, de una parte, existirían otras medidas menos restrictivas de derechos; y, de otra parte, no pueden darse por buenos determinados argumentos basados en unas probabilidades que se cifran –según el citado Informe de la Dirección Xeral de Saúde (que ampara la adopción de la medida)- en un 18%. Si partimos de la premisa de que, según las previsiones de vacunación, su avance comportará la imposición de un importante freno la expansión del virus (en Galicia se fija por la Xunta de Galicia en un 73% de la población a día de hoy), no tiene mucha justificación que se implante una medida como la que se examina; es más, debería haberse acreditado con rotundidad que el mayor número de contagios de la llamada

«quinta ola» tiene su origen, precisamente, en los establecimientos de hostelería y restauración en bares, cafeterías y restaurantes; y, sobre el particular, la Orden sólo afirma –apartado I, párrafo séptimo- que «[e]xisten fundamentos comúns á necesidade de establecer este tipo de medidas nos establecementos de hostalaría, restauración e lecer nocturno, xa que en todos eles se produce a retirada da mascarilla por parte dos clientes para o consumo de comida ou bebida. Esta xustificación tamén é predicable dos establecementos de xogo e apostas, na medida en que neles se prestan servizos de hostalaría. No caso dos albergues a exixencia deste requisito vén dada polo tempo de pernocta en lugares pechados e compartidos con outras persoas que non teñen por qué formar parte da mesma unidade de convivencia». En definitiva, que la medida se adopta, porque «existen fundamentos comunes a la necesidad de establecer este tipo de medidas», porque en ellos se retira la mascarilla, pero nada se indica de cuál es el porcentaje o la base de dicho aserto más allá de esos *fundamentos comunes* o una idea que se repita. Sí se indica un porcentaje de brotes en el periodo de un mes (del 05/07 al 08/08/21) en el citado informe médico de la Dirección Xeral de Saúde, cifrándolo en el indicado 18% y atribuyéndoles la responsabilidad del 33% de los casos ocurridos en nuestra Comunidad en este periodo; esto supone que estos establecimientos solamente son responsables del 18% de los brotes, mientras que el 82% restante tiene otra etiología, y lo mismo puede argüirse sobre los casos, pues el 66% (dos terceras partes) tienen su origen fuera de dichos establecimientos.

Sobre una medida similar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la STS de 18 de agosto de 2021 Rec. 5899/21 ha rechazado el recurso de casación presentado por la Junta de Andalucía contra el Auto del TSJ Andalucía/Granada de 6 de agosto de 2021, que denegó la autorización de la exigencia del «pasaporte covid», recogiendo en su FJ 6 unas consideraciones que son proyectables plenamente a nuestro supuesto presente: «el informe no incorpora una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptar la concreta medida sanitaria restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE. Y que incide en el principio de no discriminación ex artículo 14 CE, en el sentido de que la intervención publica es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida y necesaria o indispensable a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el todo el territorio andaluz, por ser apta para la consecución del fin perseguido e imprescindible por no existir otra medida menos restrictiva o que implique una menor injerencia en los derechos fundamentales sustantivos de los ciudadanos.

No se desarrolla en la Orden ni en el informe que la respalda una explicación adecuada acerca de la semejanza o equiparación entre el certificado digital UE y la realización de las pruebas indicadas, como la sala enfatiza en su Auto, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia solo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios para la obtención del fin perseguido en los términos razonados por la Sala.

Tampoco se motivan las razones por las que se circunscribe la exigencia documental o a través de pruebas exclusivamente a los locales de ocio con música, y no a otros establecimientos similares o con semejante problemática centrándose la



restricción a aquellos que se especifican en los epígrafes del Decreto 155/2018, sin describir ni detallar los datos objetivos sobre la incidencia de los contagios que conducen a ceñir el objeto de la medida».



3.- Por lo tanto, admitiendo la proporcionalidad en sentido estricto, en cuanto restricción menor de un derecho fundamental, la medida de exhibición de determinados documentos (certificado de vacunación, pruebas PCR o antígenos,...) no es ni idónea ni necesaria a los fines buscados y, por ende, esta Sala no puede autorizarla. Todo ello sin dejar de reconocer los esfuerzos realizados (con los consiguientes sacrificios de los ciudadanos) en la búsqueda de medidas eficaces contra la pandemia, siquiera en ocasiones, como la presente, de forma inadecuada, en nuestra opinión, desde el punto de vista jurídico de los juicios de idoneidad y de necesidad. En consecuencia

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

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.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

La presente resolución es susceptible de recurso de **casación**, Art. 87.ter LJCA) en **TRES DIAS** hábiles a contar desde la fecha de la notificación de la resolución impugnada, ante la Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, el/la Letrado de la Administración de Justicia, que doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.