

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

**Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias [SND] n°: 4 /000079/2022-
OM**

N.I.G: 46250-33-3-2022-0000252

Demandante/Recurrente: CONSELLERIA DE SANIDAD UNIVERSAL Y SALUD PUBLICA DE LA GV

Procurador/Ltrado: /

Demandado/Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador/Ltrado: /

Codemandado:

Procurador/Ltrado: /

AUTO N° 17/2022

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Magistrados:

D. MIGUEL ÁNGEL OLARTE MADERO

D. MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

D. ANTONIO LÓPEZ TOMÁS

En VALENCIA, a veintiocho de enero de dos mil veintidós

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26.1.2022 fue registrado escrito presentado por la Abogada de la Generalitat Valenciana mediante el que, al amparo del art. 10.8 LJCA, solicitó autorización a esta Sala de las medidas contenidas en la resolución de 26 de enero de 2022 , de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

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

SEGUNDO.- Repartido el asunto a la Sección Cuarta de esta Sala, el mismo día 26.1.2022 se confirió el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, el que ha manifestado no oponerse a la autorización solicitada, si bien con la limitación de su duración hasta el día 12 de febrero de 2022.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Acto administrativo cuya autorización se insta en esta sede jurisdiccional y posición del Ministerio Fiscal al respecto. Referencia a nuestros autos números 479/2021 y 488/2021.

1.1 El acto administrativo que, en este caso, se somete a autorización judicial es la resolución de 26 de enero de 2022, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

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

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

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

a) Los establecimientos de hostelería y restauración abiertos a la pública concurrencia.

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

b) Los establecimientos y actividades de ocio y entretenimiento.

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

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

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

2. Asimismo, se debe presentar certificado de vacunación, prueba diagnóstica o certificado de recuperación Covid-19, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, las siguientes personas mayores de 12 años, incluida esta edad, en los siguientes espacios:

a) Lugares cerrados y abiertos donde se preste servicio de comida o bebida, por empresa de negocio (catering, self-service, ..) o por empresa de hostelería y restauración.

b) Cines, salas multifuncionales, circos y sedes festeras, donde se preste durante el desarrollo de la actuación, actividad o uso del local, servicio de comida o bebida por establecimiento de hostelería y restauración, por empresa de negocio (catering, self-service, ...), por medios de la propia organización, o se consuma comida o bebida aportados por las propias personas.

c) Festivales de música que se celebren en espacios cerrados y en espacios al aire libre donde no sea factible el uso de mascarilla de forma permanente.

d) Espacios con servicio de restauración ubicados en alojamientos turísticos, instalaciones deportivas y centros especializados de atención a mayores (CEAM), centros integrales de mayores (CIM) y centros asimilados como clubes de convivencia para personas mayores y similares.

e) Gimnasios donde es necesario el uso permanente de la mascarilla y piscinas cubiertas.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 En lo que se refiere a las precitadas medidas, el Ministerio Fiscal ha manifestado no oponerse a la autorización de las mismas, si bien con la limitación de su duración hasta el día 12 de febrero de 2022, “habida cuenta que han sido adoptadas por Autoridad competente dentro del ámbito de sus competencias, amparadas por una norma con rango legal, que persiguen un fin constitucionalmente legítimo, defensa de la salud pública, la integridad física y la salud de la población, siendo de carácter urgente, existiendo la necesaria proporcionalidad de las medidas, ya que suponen limitación de derechos fundamentales, y han sido debidamente motivadas, por cuanto son idóneas y necesarias para los fines que se pretenden a la vista del informe técnico aportado que analiza la evolución de los contagios y motivan su duración como los demás informes aportados”.

Dicho informe contiene un importante esfuerzo argumentativo y valorativo, (sustentado -además- en los datos técnicos y consideraciones científicas que se contienen en el informe de la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de fecha 24 de enero de 2022), resultando concordante con lo que en sucesivos razonamientos jurídicos vamos a desarrollar en relación con relevantes aspectos jurídicos imbricados en el tema que nos ocupa. Particularmente, el informe analiza la doctrina de esta Sala relacionada con los presupuestos y requisitos de este tipo de autorizaciones judiciales y también la STS 112/2021, dictada específicamente en relación con el denominado “pasaporte Covid”), .Incide, además, en la diferencia entre lo que es limitación y lo que es suspensión de derechos fundamentales (razonando el por qué en este caso estamos ante limitación y no suspensión de derechos), el amparo legal de las medidas adoptadas y la proporcionalidad de las mismas (razonando individualizadamente y por referencia al caso concreto el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

1.3 Terminamos este primer razonamiento jurídico recordando nuestros recientes autos 479/2021 -de 29 de noviembre- y 488/2021 -de 22 de diciembre-. En ellos hemos tratado cuestiones muy similares a la que ahora ocupan (ambos en relación con el denominado “pasaporte Covid”) y en los que el contenido y contornos de la autorización solicitada eran semejantes (especialmente en el último de ellos). Por ello, muchas de las cuestiones y respuestas que vamos a tratar y resolver en este auto serán coincidentes con las de aquéllos, si bien que adaptadas a las concretas circunstancias que en este momento concurren.

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

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

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

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

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

En definitiva, los preceptos normativos indicados permiten a las autoridades sanitarias adoptar diversas medidas, de prevención general y especial, así como de tratamiento y actuación, en materia sanitaria cuando lo exijan circunstancias que pongan en riesgo la salud pública. Como se ha señalado, cuando tales medidas puedan afectar al ámbito de derechos fundamentales y libertades se exige el control judicial, que actúa en estos casos, no en ejercicio de potestades jurisdiccionales, sino de garantía en los términos del artículo 117.4 de la Constitución Española, de manera que únicamente en los ámbitos sanitarios indicados y cuando se trate de medidas urgentes y necesarias para la

preservación de la salud pública la Administración podrá actuar limitando derechos fundamentales o libertades públicas individuales, debiendo acudir posteriormente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que ésta controle por vía de ratificación el conjunto de las que hayan sido tomadas”.

Esto lo hemos recogido en nuestro auto 142/2020 -de 27 de octubre-, en nuestra sentencia 21/2021 -de 21 de enero- y también en nuestros autos 173/2021 -de 7 de mayo-, 195/2021 -de 21 de mayo-, 299/2021 -de 22 de julio- y 479/2021 -de 29 de noviembre-

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

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

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

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

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

Conocemos, además, la asunción por parte del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 5/1982) de la competencia en esta materia, la que viene contemplada en el art. 148.1. 21^a como una de las que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Podemos referirnos, en fin, a la atribución pública a la Consellería de Sanitat y Salud Pública que deriva del Decreto 105/2019, de 5 de julio, del Consell (por el que se establece la estructura básica de la Presidencia y de las Consellerías -art. 94-) y al Acuerdo de 19 de junio de 2020, del Consell (sobre medidas de prevención frente a la COVID-19), que prevé la posibilidad de adopción de medidas extraordinarias en salvaguarda de la salud pública a causa de la pandemia por coronavirus SARS-CoV2 por parte de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, que añade que “(a)simismo corresponde a la persona titular de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública adoptar las medidas necesarias para la aplicación del presente acuerdo y establecer, de acuerdo con la normativa aplicable y a la vista de la evolución de la situación sanitaria, todas aquellas medidas adicionales o complementarias que sean necesarias”.

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

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

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

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

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

4.3.2 Otra cuestión que debe también quedar esclarecida es que las medidas que ahora tratamos suponen únicamente la restricción o limitación de libertades y derechos fundamentales, no la suspensión de los mismos (esto no es una cuestión de matiz, sino de cardinal trascendencia). La

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

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

En nuestros precitados autos ya hemos hecho referencia a que la LO 3/1986 expresa “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”: (i) su ámbito material, que es la salud pública -descrito en el primer inciso de su artículo primero-, (ii) la urgencia y necesidad de las razones sanitarias que demanden la adopción de medidas -se contempla en el inciso final del mismo artículo- y (iii) su finalidad de controlar la transmisibilidad de enfermedades contagiosas -primer inciso del artículo tercero-. Pues bien, esto ha sido corroborado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus recientes sentencias 719 y 788/2021, en las que ha señalado que *“este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales (...), las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre --ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas-- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia n.º 14/2021”*.

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

Relacionado con lo anterior, tampoco asumimos -aunque, desde luego, respetamos esta interpretación- que las posibles medidas a tomar queden restringidas a personas concretas y determinadas que queden concernidas claramente por la enfermedad (esto es, enfermos y personas relacionadas con ellos). Las medidas que pueden adoptarse según tal precepto, conforme el mismo

viene redactado y de acuerdo con nuestro entendimiento de la ortodoxia gramatical, son las relativas -de un lado- al control de los enfermos, de las personas que hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y -de otro- las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Así nos parece que resulta de la estructura gramatical del precepto y, en particular, de la locución conjuntiva “así como”, que funciona como conjunción distributiva (‘correlativa’) con predicado único, que es el que va a continuación de “las que se consideren necesarias” y es el de “en caso de riesgo transmisible”.

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

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

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

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

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

5.1 Lo primero que hay que anotar en relación con este tema es que la imposición del “pasaporte Covid” para el acceso a determinados establecimientos y actividades queda sujeta a la necesidad de someter la misma a autorización o ratificación judicial. Esto se justifica en la STS de referencia en la consideración de que no resulta descartable la incidencia de la medida de que se trata sobre

determinados derechos fundamentales, siendo que *“(La ratificación o autorización judicial únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria)”*.

En este punto, el TS explica lo siguiente:

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

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

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

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

5.2 La exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa -PDIA- o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad dentro de un determinado lapso temporal) no vulnera algunos de los derechos referidos y, en cualquier caso, la limitación de los mismos es “tenue”, quedando justificada objetiva y razonablemente en su confrontación con la “potente presencia” de los otros derechos fundamentales como el derecho a la vida (art. 15 CE), a la integridad física y la protección de la salud (art. 43 CE).

Esto se ilustra de la siguiente manera:

“La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.

En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima.

Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las

connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso.

Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19.

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

En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

En fin, el derecho a la protección de los datos personales pretende garantizar a la persona el control sobre sus propios datos, decidiendo sobre el uso y el destino de los mismos para evitar su tráfico ilícito. Se confiere al titular la facultad de oponerse a su uso, sin su consentimiento, para fines distintos a los que justificaron su obtención. De modo que mediante la regulación de la protección de datos se combaten, por tanto, los peligros y riesgos que se ciernen sobre el almacenamiento y la utilización indiscriminada de datos informáticos de cualquier tipo.

Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida.

Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de “la exhibición” de dichos certificados en “el momento de acceso” al local, y expresamente establece una prohibición, pues “no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos”. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.”.

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

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

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

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

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

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

Los causas y razones que han dado lugar a la adopción de las medidas cuya autorización se solicita se sustentan especialmente en el informe de la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de fecha 24 de enero de 2022.

Así, dicho informe expresa que *“La situación actual se caracteriza por un incremento acelerado de la transmisión comunitaria de SARS-CoV-2 con las tasas de incidencia más altas de toda la pandemia. En el periodo comprendido entre el 13 de diciembre y el 2 de enero (semanas 50-52), el ritmo de crecimiento semanal ha sido superior a/ 50%. Desde la semana 1 de 2022, si bien la curva epidémica sigue presentando una tendencia ascendente se observa una cierta desaceleración, la incidencia acumulada a 7 días se sitúa, por primera vez en esta onda, por debajo del 50% respecto a la incidencia a 14 días lo que puede estar indicando una estabilización de la tendencia”*.

El referido informe aunque refleja un empeoramiento del nivel de incidencia provocado por la variante Ómicron, fiel reflejo de lo que ocurre en toda España y Europa por su mayor nivel de transmisión y contagio, no conlleva a que las medidas no farmacológicas pierdan efectividad, y sigan siendo necesarias para evitar un mayor número de casos que conllevarían más tensión al sistema sanitario por el incremento de hospitalizaciones y fallecimientos. Por ello se estima que la medida llamada “pasaporte covid” deba mantenerse vigente como mínimo hasta que no finalice la presente ola.

El informe epidemiológico apunta en su apartado conclusiones:

“En la Resolución de 1 de diciembre se acordaron medidas respecto al acceso a los establecimientos de mayor riesgo en el ámbito de la Comunitat Valenciana. La expansión rápida de Ómicron ha conllevado un incremento muy acelerado en el número de casos. En otros países de nuestro entorno, y a pesar de medidas mucho más drásticas que las implantadas en la Comunitat, el impacto en el número de casos también ha sido explosivo. Se considera que la gran capacidad de transmisión de esta variante, junto a la alta proporción de casos asintomáticos conllevan que las medidas no farmacológicas pierdan efectividad, pero ello no quiere decir que no deban implantarse porque su no existencia conllevaría, necesariamente, un mayor número de casos y con ello de hospitalizaciones y muertes.

Uno de los beneficios que se plantearon con la exigencia de una certificación acreditativa para el acceso a determinados establecimientos era el posible incremento de la cobertura vacunal. Este objetivo sí se está cumpliendo. Desde su puesta en marcha y hasta el 24 de enero, el número de primeras dosis administradas en la Comunitat en población mayor de 12 años ha sido de 132.235. lo que va a suponer un incremento superior al 2% de la cobertura global de la población diana.

Por todo ello, en este contexto de muy alta transmisión comunitaria que excede la capacidad de respuesta del sistema sanitario y con el fin de minimizar el riesgo de transmisión, consideramos oportuno mantener la presentación de una certificación que acredite que la persona cuente con la pauta completa de vacunación, que la persona disponga de una prueba diagnóstica de infección

activa negativa, bien RT/PCR en las últimas 72 horas o prueba rápida de antígenos en las últimas 48 horas, en los establecimientos de mayor riesgo de contagio, específicamente en:

-Todos los establecimientos de hostelería y ocio nocturno independientemente de su aforo dado que en estos espacios se está produciendo contagios con la misma intensidad.

-Todos los espacios que, sin ser del ámbito de la hostelería o el ocio propiamente, la mascarilla no puede llevarse de forma permanente, como son aquellos eventos donde se dan servicios de comida y/o bebida. Entre otros y por citar algunos ejemplos, las sedes festeras, los servicios de catering en locales públicos o abiertos a/ público, los circos, los cines donde hay servicio de palomitas, los servicios de restauración de los alojamientos turísticos, los centros diurnos de personas mayores, etc.

-Festivales de música que se celebren en espacios cerrados y en espacios al aire libre donde no sea factible el r/so de mascarilla de forma permanente.

-Las piscinas cubiertas donde la mascarilla no puede ser utilizada permanentemente.

-Los gimnasios, donde en determinadas zonas como duchas, vestuarios o saunas, así como en los momentos de ejercicio físico intenso, el uso continuado de la mascarilla no siempre es posible, a lo que se une el tipo de actividad en la que se produce una mayor exhalación de aerosoles.

Así mismo y con objeto de proteger a la población más vulnerable, sería adecuado mantener la medida en las visitas a hospitales y centros sociosanitarios”.

Adicionalmente, la resolución que se somete a nuestra autorización sigue razonando lo siguiente:

“Esta nueva resolución, que en definitiva prorroga las anteriores, sigue respondiendo al objetivo de minimizar el riesgo de contagio y transmisión de la infección. A tal efecto, se sigue considerando adecuada -juicio de idoneidad- la necesidad de exhibir determinada documentación sanitaria para el acceso a todos aquellos lugares donde se puede producir un mayor riesgo por haber mayor interacción social y agrupación de personas, lugares que por sus características el uso continuado de la mascarilla no siempre es posible y donde se desarrollan actividades en la que se produce una mayor exhalación de aerosoles; demostrado está tal como señala la literatura científica, que es la principal vía de trasmisión del SARS-CoV-2, aunque no sea la Única, como también indica que la transmisión de la Covid-19 entre las personas vacunadas es mucho menor al de las no vacunadas. La finalidad es favorecer espacios más seguros minimizando el riesgo de contagios en todas aquellas actividades cuando no sea factible el uso de la mascarilla de forma permanente, incluso estando vacunados.

El hecho de incremento de contagios en la actual ola no anula la idoneidad de la medida, por cuanto la vacunación como se ha comprobado científicamente reduce la capacidad de transmisión y la posibilidad de contagio, y reduce la virulencia de la infección y sus consecuencias de mayor atención sanitaria y hospitalaria. Por supuesto no siendo la panacea de las medidas, no hay que olvidar que debe ir combinada con otras, como uso mascarilla, distancia interpersonal, , recogidas en la Resolución de 8 de octubre de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública en el ámbito de la Comunitat Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, que deben aplicarse conjuntamente.

El "pasaporte Covid”, al igual que otras medidas de este tipo, sirve también para proteger a los que no se han vacunado al evitar que se expongan a situaciones en las que podrían contagiarse y con peor pronóstico que quienes si han recibido la pauta completa.

Por tanto, es una medida que sigue siendo idónea al fin perseguido que no es otro que preservar la salud de la población frente a la expansión y propagación del virus e\citando su descontrol. Y sigue resultando menos restrictiva que otras que inciden negativamente en la actividad económica, como son cierres de establecimientos o limitaciones de aforo.

Su necesidad -juicio de necesidad- se sigue justificando en cuanto que se trata de actividades que se llevan a cabo en lugares cerrados, donde se establecen contactos próximos y prolongados entre las personas y con insuficiente renovación de aire en algunos casos.

El informe de epidemiología que fundamenta esta resolución señala que si bien la incidencia acumulada a 14 días es de 4.005,33 por 100.000 habitantes y a 7 días es de 1.510,01 por 100.000 habitantes, está empezando a haber indicios de cierta estabilización aunque sea con niveles altos.”.

Y añade:

“Sin la exigencia de estos documentos sanitarios no sería factible flexibilizar las condiciones para acceso a determinados establecimientos o realización de actividades concretas, por lo que la restricción de derechos que comporta el requerimiento de esta documentación se considera proporcional y razonable respecto al beneficio que supone. Es verdad que la medida que se postula no impide de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local o espacio. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos.

Se sigue manteniendo en todo el ámbito territorial de aplicación a toda la Comunitat Valenciana, porque, tal como se desprende del citado informe epidemiológico, la situación es homogénea en todo el territorio. El informe señala, «A nivel espacial, el impacto de la quinta ola es generalizado. Todos los departamentos de salud se sitúan en nivel de alerta 3 o 4 y los municipios que se encuentran en nivel de riesgo alto o muy alto asciende a 447 por lo que proponemos que esta medida se mantenga en todo el ámbito territorial de la Comunitat».”.

6.2 Nuestro juicio constitucional de proporcionalidad de la medida.

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

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

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

población más vulnerable, amén de que los pacientes suelen tener disminuida la inmunidad consecuencia de la entidad nosológica que les ha llevado a la hospitalización.

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

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

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

No sólo eso, sino que precisamente esta medida lo que intenta procurar es no llegar al escenario de nuevas restricciones de derechos fundamentales mucho más intensas de la que aquí se trata; ello con independencia de que, como hemos visto en otros territorios y estamos viendo en nuestra Comunidad la implantación de esta medida ha incentivado considerablemente el aumento de la vacunación (en estado actual de conocimiento que tenemos la vacunación es la medida “estrella” -por su efectividad- de lucha contra la pandemia que todavía vivimos).

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

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

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

Insistimos nuevamente aquí en que, como se expresa en la resolución administrativa que evaluamos, “(s)in la exigencia de estos documentos sanitarios no sería factible flexibilizar las condiciones para acceso a determinados establecimientos o realización de actividades concretas”.

En el contexto epidemiológico actual y la expansión de la variante Ómicron, no podemos dejar de remarcar, además; (i) que la situación actual se caracteriza por un incremento acelerado de la transmisión comunitaria de SARS-CoV-2 con las tasas de incidencia más altas de toda la pandemia; (ii) que nos encontramos en nivel de riesgo muy alto o alerta 4, fase de transmisión comunitaria no controlada y sostenida que excede la capacidad de respuesta del sistema sanitario, encontrándose la Atención Primaria desbordada y observándose también una tendencia creciente en la hospitalización que ha tensionado el sistema de forma que el nivel de capacidad asistencial se encuentra en riesgo alto para el ingreso en sala y muy alto para ingreso en UCI; (iii) que el otoño-invierno es la época de mayor circulación de los virus respiratorios, entre ellos el virus de la gripe que, conllevan, por sí solos, una saturación de los servicios asistenciales; y (iv) la fatiga pandémica se hace muy visible en la población, apreciándose una relajación de las medidas.

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

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

6.3 Consideraciones adicionales.

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

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

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

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

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

En este último punto, nos remitimos -por su claridad- a lo que razonamos en nuestro auto número 488/2021, que se expresó en los siguientes términos:

“En lo tocante al ámbito espacial, siendo cierto que no todas las áreas de sanidad se encuentran en igual grado, el informe unido a la resolución incorpora datos sobradamente elocuentes sobre el estado – y sobre todo evolución de la pandemia en términos muy preocupantes para todo el territorio de la Comunidad Valenciana. << En este sentido, la experiencia adquirida en la aplicación de la medida conocida como “toque de queda” circunscrita a unas localidades determinadas, ha puesto de manifiesto que su población se traslada a otras localidades que no tienen restricciones, con lo que no se logra el objetivo previsto de interrumpir o minimizar el riesgo de transmisión. De esta forma es previsible

que, si la exigencia de presentación de la documentación para acceder a establecimientos, locales y eventos se concreta sólo en algunas localidades, la población se desplace a otras localidades en las que no se exija la misma con la misma consecuencia indicada: no se interrumpe o minimiza el riesgo de transmisión>> Si bien el parecer de la alta funcionaria suscribiente del informe puede merecer algún matiz en relación con los efectos que, en términos jurídicos, pueden anudarse a las circunstancias de que parte en función de cuáles sean derechos que se limitan – y de la intensidad de la limitación- en el caso de autos, su criterio para justificar la medida en el ámbito espacial se acoge por la Sala, como ya ocurriera en nuestro auto de tan repetido 479/2021 (p 458/2021), autorizando las medidas recogidas en la resolución precedente”

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

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

6.3.3 También juzgamos proporcionado el período solicitado de duración de la medida (veintiocho días naturales).

Es un período limitado en el tiempo y no excesivo, máxime teniendo en cuenta la época del año en que nos encontramos. Nos remitimos también aquí a los razonamientos expresados en nuestros autos 479/2021 -de 29 de noviembre- y 488/2021 -de 22 de diciembre-, referidos a supuestos en los que el período de duración de la medida era muy similar.

En este punto, el Ministerio Fiscal postula que la duración sea solo hasta el día 12 de febrero. Sin embargo, ello lo fundamenta exclusivamente en una apelación genérica a la provisionalidad estricta de este tipo de medidas, echando en falta la Sala algún desarrollo en términos más concretos de ese argumento.

Por ello, a falta de una explicación más desarrollada y específica, este Tribunal considera que se trata de un período limitado en el tiempo y no excesivo, máxime teniendo en cuenta la época del año en la que nos encontramos. Nos remitimos también aquí a los razonamientos expresados en nuestros autos 479/2021 -de 29 de noviembre- y 488/2021 -de 22 de diciembre-, referidos a supuestos en los que el período de duración de la medida era muy similar.

6.3.4 Finalmente, hemos de efectuar una precisión aclaratoria en relación con el supuesto previsto en la letra a) del apartado 2 del punto primero del apartado “RESUELVO” de la resolución administrativa de que aquí se trata. Tal supuesto viene referido a “(l)ugares cerrados y abiertos donde se preste servicio de comida o bebida, por empresa de negocio (catering, self-service,...) o por empresa de hotelería y restauración”.

No obstante la falta de una mejor especificidad en la redacción de este supuesto, entendemos que el mismo, puesto en relación con el supuesto de la letra a) del apartado 1, no afecta al exterior de los establecimientos de hostelería y restauración (donde se ubican las denominadas terrazas de bares y restaurantes).

En cualquier caso, aclaramos que la autorización que concedemos es en los términos interpretados en el precedente párrafo.

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

LA SALA ACUERDA:

Autorizar las medidas adoptadas en la resolución de 26 de enero de 2022, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19; ello por el período de tiempo comprendido entre las 0:00 horas del día siguiente a su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* hasta las 23,59 horas del día 28 de febrero de 2022; **ello con la precisión explicitada en el apartado 6.3.4 de este auto.**

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