

El Certificado COVID Digital de la Unión Europea: breves apuntes a propósito de la cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo

The EU Digital COVID Certificate: Brief Notes on the Rambling Jurisprudence of the Supreme Court

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

Personal Investigador en Formación (FPU)

Área de Derecho Administrativo

Universidad de Salamanca

jldoal@usal.es

<https://orcid.org/0000-0002-7623-8029>

En los últimos meses, el Certificado COVID Digital de la Unión Europea (en adelante, el Certificado) ha suscitado multitud de incógnitas e interrogantes éticos y jurídicos, los cuales están estrechamente imbricados con la afectación nuclear que la puesta en marcha de este instrumento puede representar para los derechos fundamentales y libertades públicas del conjunto de la ciudadanía europea (igualdad, libertad de circulación y protección de datos de carácter personal, fundamentalmente), así como con el grado de efectividad que la adopción de esta puede tener en el fortalecimiento de la estrategia del poder público frente a la emergencia sanitaria.

La puesta en marcha del citado instrumento pretende contribuir a normalizar los viajes, levantar restricciones a la libertad de circulación¹ e impulsar la recuperación de la economía tras la debacle ocasionada por la crisis sociosanitaria del SARS-CoV-2. Sin embargo, la medida no ha tenido una acogida pacífica en el seno de la sociedad española, lo que se ha traducido en el surgimiento de multitud de interrogantes e incógnitas, en el que la virulenta confrontación entre privacidad² y salud pública ha vuelto a ser objeto de excelsos debates, los cuales se acentuaron ante la proximidad de las festividades navideñas y el estallido de la sexta ola de contagios provocada por la irrupción de la variante ómicron.

Y es que, como ha puesto de manifiesto la Organización Mundial de la Salud³ (OMS) en diversos posicionamientos, la cual ha rechazado⁴, de pleno, la puesta en marcha de

1. Todo ciudadano de la Unión tiene el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones establecidas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. A este respecto, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L158 de 30.4.2004, p. 77), establece normas detalladas y precisas para el ejercicio del citado derecho.

2. En este punto, conviene recordar las acertadas previsiones manifestadas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) tiempo atrás, según las cuales, la premisa esencial de la que debemos partir es que la normativa de protección de datos personales, cuya finalidad no es otra que la de salvaguardar la tutela jurídica de un derecho fundamental, se ha de aplicar en su integridad, incluyendo aquellas situaciones derivadas del tratamiento de datos personales relacionadas con la extensión de la COVID-19, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales ni dicha medida ha sido adoptada en la práctica. *Vid.* AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2020: *Informe 0017/2020 sobre los tratamientos de datos en relación con el COVID-19*. Madrid, 1. Disponible en: <https://bit.ly/3ocWNj9>

3. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en su documento *Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers*, de 5 de febrero de 2021, en el cual se señala lo siguiente: «[...] las autoridades nacionales y los operadores de transporte no deberían introducir requisitos de prueba de la vacunación contra la COVID-19 para los viajes internacionales como condición para la salida o la entrada, dado que todavía hay incógnitas críticas sobre la eficacia de la vacunación para reducir la transmisión».

4. A este respecto, diversos estudios, como el del Centro de Salud Global, Seguridad y Defensa de la Universidad de Georgetown, señalan que el impulso de certificados de vacunación puede suponer la imposición de «una artificial restricción sobre quién puede y quién no puede participar de actividades y poder social, cívico y económico, y crear un incentivo perverso para que las personas busquen la infección, especialmente las personas que no pueden pagar un período de cuarentena laboral, agravando la brecha de género, raza, etnia y nacionalidad». *Vid.* PHELAN, A. L. 2020: «COVID-19 immunity passports and vaccination certificates: scientific, equitable, and legal challenges». *The Lancet*, 2020, vol. 395, núm. 10237: 1595-1598.

este tipo de instrumentos, todavía se desconocen las repercusiones de las vacunas en la reducción de los procesos de transmisión del SARS-CoV-2⁵, lo que, unido a la irrupción de las nuevas variantes del virus⁶ (especialmente las variantes delta y ómicron⁷) y las persistentes limitaciones en la disponibilidad de vacunas todavía latentes en

5. Actualmente, con los datos que ofrece el Ministerio de Sanidad no se puede estimar si las vacunas reducen los contagios. Sin embargo, existe evidencia científica de que estas tienen una incidencia muy significativa en la reducción de la probabilidad de contagio y de contagiarse, toda vez que un sistema inmunitario con anticuerpos y células memoria elimina el virus con mayor celeridad, evitando también de forma más eficaz que el virus se multiplique en el organismo. Adicionalmente, los resultados de seguimiento en los diferentes grupos de edad muestran una alta efectividad de la vacunación, sobre todo en la prevención de eventos graves como hospitalización, donde la reducción del riesgo continúa estando alrededor del 90 % en todos los grupos. Vid. MINISTERIO DE SANIDAD. 2021: *Análisis de la efectividad de la vacunación frente a COVID-19 en España (3.º informe)*. Madrid, 4. Disponible en: <https://bit.ly/3mojgs6>

En idéntico sentido, vid. THOMPSON, M. G.; BURGESS, J. L.; NALEWAY, A. L. *et al.* 2021: «Prevention and attenuation of COVID-19 with the BNT 162b2 and mRNA-1273 vaccines». *The New England Journal of Medicine*, 2021, 385: 320-329; BADEN, L. R.; EL SAHLY, H. M.; ESSINK, B. *et al.* 2021: «Efficacy and safety of the mRNA-1273 SARS-CoV-2 vaccine». *The New England Journal of Medicine*, 2021, 384: 403-416; POLACK, F. P.; THOMAS, S. J.; KITCHIN, N. *et al.* 2020: «Safety and efficacy of the BNT162b2 mRNA COVID-19 vaccine». *The New England Journal of Medicine*, 2020, 383: 2603-2615.

6. Con la finalidad de garantizar que todos los pasos hacia la reapertura económica sean sostenibles, infundan confianza en los ciudadanos y permitan sentar las bases de una sólida recuperación, la Unión Europea ha impulsado diversos instrumentos para monitorizar el avance y la proliferación del virus. Uno de estos elementos clave lo constituye el Plan europeo de preparación en materia de biodefensa frente a las variantes de COVID-19, llamado «HERA Incubator», con el que se pretende fomentar la colaboración público-privada para detectar nuevas variantes del virus, proporcionar incentivos para desarrollar vacunas nuevas y adaptadas, acelerar su proceso de aprobación y garantizar el aumento de la capacidad de fabricación. Vid. COMISIÓN EUROPEA. 2021: *Incubadora HERA. Anticipar juntos la amenaza de las variantes del virus de la COVID-19*. Bruselas, 1 [COM(2021) 78 final].

7. El 26 de noviembre de 2021, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades (ECDC) declararon ómicron (B.1.1.529) como variante de preocupación debido a su rápida expansión en Sudáfrica, particularmente en la provincia de Gauteng, y a sus más de 30 mutaciones en la proteína S o espícula, algunas de las cuales se han asociado a mayor transmisibilidad o escape a la respuesta inmunitaria. El día 29 de noviembre se confirmó el primer caso en España en una persona procedente de Sudáfrica, detectada en los controles sanitarios efectuados a la llegada a España. El riesgo de nuevas introducciones de ómicron en España se considera muy alto y el de diseminación alto. Se prevé que el impacto de la nueva variante pueda ser alto si llega a expandirse ampliamente en la población, lo que estará condicionado tanto por la confirmación de la transmisibilidad aumentada como por las características que presente respecto al escape inmunitario.

determinadas regiones del planeta⁸, han terminado ensombreciendo la puesta en marcha y la efectividad del «Certificado COVID Digital de la UE» (en adelante, el Certificado COVID), el cual constituye para las instituciones europeas uno de los instrumentos esenciales de la senda común hacia una reapertura segura y sostenida⁹.

Con todo ello, el 1 de julio de 2021, asistimos a la entrada en vigor del [Reglamento \(UE\) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación](#) (Certificado COVID Digital de la UE), hito jurídico que plantea una serie de interrogantes desde el prisma del derecho a la igualdad, la libre circulación de personas o la plena efectividad y vigencia de la regulación europea en materia de protección de datos de carácter personal¹⁰, la cual se presenta, en esta concreta ocasión, como escudo indispensable para minimizar la proliferación de nuevas fuentes de desigualdad social, motivadas en

8. La humanidad afronta la mayor campaña de vacunación de la historia. El proceso de inmunización contra la COVID-19, que se inició a principios de diciembre en Estados Unidos, Reino Unido, Rusia y China, está en marcha en todo el mundo y destaca en la mayoría de países desarrollados, en los que como ocurre en España —gracias a la colaboración y cooperación institucional, la fortaleza del Sistema Nacional de Salud, la capacitación de un elenco de extraordinarios profesionales sanitarios y las elevadas cotas de concienciación ciudadana— se ha logrado que el 82,3 % de la población cuente con la pauta completa contra la enfermedad (y el 50,8 % tiene administrada dosis de refuerzo). Sin embargo, en África solamente el 8 % de su población dispone de la pauta completa, mientras que algunos Estados económicamente avanzados —y avezados— han comenzado a administrar una tercera dosis para hacer frente a los estragos de la crisis sanitaria. Por su parte, Israel acaba de comunicar que comenzará a aplicar la cuarta dosis de la vacuna contra la COVID-19 a mayores de 60 años y personal sanitario.

9. Desde marzo de 2021, la Comisión Europea lleva trabajando en la adopción de una propuesta legislativa que establezca el marco común para la implantación de un certificado verde digital que incluya la vacunación, las pruebas diagnósticas y la recuperación de la población europea. Ello supone instaurar un sistema comunitario de expedición, verificación y aceptación de estos certificados que facilite a sus titulares el ejercicio de su derecho a la libre circulación dentro de la UE, así como la progresiva eliminación de las restricciones impuestas por la COVID-19 con arreglo a la normativa de la Unión. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA. 2021: *Por una senda común hacia una reapertura segura y sostenida* Bruselas, 4 [COM(2021) 129 final].

10. Como ya señalamos meses atrás, con ocasión de un estudio preliminar relativo a la afectación ocasionada por la COVID-19 a los derechos de la privacidad, «debe entenderse que la protección de datos personales no pretende obstruir o dificultar la realización de aquellos tratamientos de datos personales necesarios para la adopción de medidas eficaces frente al COVID-19, sino todo lo contrario, lo que se persigue es la correcta aplicación de la regulación de un derecho fundamental, la protección de datos, que recordemos es el instituto básico para la plena eficacia y garantía del conjunto de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, erigiéndose como piedra angular del Estado social y democrático de Derecho ante la (r) evolución digital». *Vid.* TERRÓN SANTOS, D.; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. Y FERNANDO PABLO, M. M. 2020: «Los derechos fundamentales de la privacidad: Derecho y necesidad en tiempo de crisis». *Revista General de Derecho Administrativo*, 2020, 55: 9.

el supuesto que nos ocupa por razones puramente sanitarias¹¹. Junto a ella, de igual forma, cobran especial relevancia una serie de principios esenciales del ordenamiento jurídico que, desde el inicio de la crisis sociosanitaria propiciada por la COVID-19, gozan de una renovada actualidad. Nos estamos refiriendo, como no podía ser de otra manera, a los principios de proporcionalidad y precaución, los cuales —una vez desempolvados— deberían guiar la actuación de nuestros servidores públicos antes de adoptar medidas capaces de cercenar derechos y libertades fundamentales del conjunto de la población y que aparecen de igual modo reflejados en los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo en la materia.

Ciertamente, como recordará el intrépido lector, el establecimiento del Certificado COVID Digital de la UE en los diferentes territorios de la geografía peninsular, más allá de convertirse en una fuente inagotable de desconcierto social, ha sido objeto también de una encarnizada confrontación entre las Administraciones autonómicas y el Poder Judicial, dando lugar a multitud de pronunciamientos judiciales por parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Si bien es cierto que, como recuerda el profesor ÁLVAREZ GARCÍA, «en casi todas estas decisiones, los órganos judiciales se han mostrado favorables a la autorización o a la ratificación de esta medida sanitaria solicitada por las autoridades autonómicas. Sin embargo, y aunque en muy pocos supuestos, también la han rechazado»¹², lo que ha propiciado en último término la intervención del Tribunal Supremo hasta en tres ocasiones diferenciadas, en las que ha manifestado una posición dispar que ha transitado desde la oposición al establecimiento de esta medida en un primer momento, hasta su ratificación y visto bueno, al considerar la medida «adecuada, necesaria y proporcionada», no sin hacer uso en determinados supuestos de argumentos un tanto peregrinos como se expondrá a continuación.

1. SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1103/2021, DE 18 DE AGOSTO

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo trae causa del recurso de casación núm. 5899/2021, de 6 de agosto, interpuesto por la Junta de Andalucía contra el Auto núm. 405/2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

11. En torno a esta cuestión, más ampliamente, *vid.* DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. 2021: «La tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal en el horizonte post COVID-19. Nuevos compromisos para las Administraciones públicas». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2021, 55: 15.

12. Sirva como referencia el magnífico estudio de ÁLVAREZ GARCÍA, V. J. 2022: «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias». *Diario del Derecho*, 10 de enero de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/343INAM>

de Justicia de esta Comunidad Autónoma por el que se deniega la ratificación de la instauración de la medida sanitaria contenida en la Orden de 5 de agosto de 2021, dictada por parte de la Consejería de Salud y Familias con el propósito de

limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y de hostelería con música definidos de conformidad con lo establecido respectivamente en los epígrafes III.2.8.a) y III.2.7. del [Decreto 155/2018, de 31 de julio](#), a aquellas personas que no puedan acreditar estar en posesión del Certificado COVID Digital de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativa) en las últimas 72 horas realizadas en centros, servicios o establecimientos sanitarios.

La Sala tras examinar la existencia de interés casacional, consistente en el control judicial que ha de ejercer la Sala de lo Contencioso-Administrativo, entre otros aspectos, sobre la necesidad de la medida y, en este caso, dilucidar si la limitación del acceso a los locales de ocio con música reseñados a quienes puedan acreditar estar en posesión del Certificado COVID Digital de la UE en vigor o acreditación de pruebas PDIA o PCR en las últimas 72 horas en los términos indicados es acorde con la normativa vigente y con el principio de proporcionalidad, procede al análisis de la cuestión y a la consiguiente desestimación del recurso de casación, según propugnaba el Ministerio Fiscal¹³, confirmando el auto de denegación de la ratificación de la medida de establecimiento del Certificado COVID Digital de la UE.

Tal y como se desprende de la meritada sentencia (FD6), la exigencia del Certificado COVID Digital de la UE (o de las pruebas diagnósticas alternativas) para acceder al ocio nocturno no constituye

una limitación puntual que afecta a un determinado número de personas, sino que se refiere a medidas dirigidas y que afectan a un sector determinado, fundamentalmente del ocio nocturno, que se adoptan respecto a todo el territorio de la Comunidad de Andalucía y de forma indefinida, esto es, sin determinación de una vigencia temporal, restricciones que pueden considerarse intensas y extensas.

13. El cual sostiene que «la medida restrictiva se ha convertido en general, para todo el territorio, proyectándose para toda Andalucía, esto es, sobre un territorio extenso y en situaciones muy dispares excediendo en todo caso de la condición social de convivencia en un espacio determinado, por lo que la medida carece de habilitación legal bastante que el mencionado art. 3 de la Ley O 3/ 1986 no dispensaría para la aplicación de la medida que se pretende aplicar [...] no se trata de una medida puntualmente indispensable para salvaguardar la salud pública en un espacio determinado donde concurre una condición social de convivencia, sino más bien de una medida preventiva cuando sucede que, como refiere la STS 875/2021, para la restricción de derechos fundamentales no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución [...] la medida se impone con un carácter indefinido y con vocación de permanencia [en el tiempo]» (FD3).

El Tribunal prosigue su alegato señalando que, aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública, dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de la misma, sin llegar a

incorpora[r] 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 pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida y necesaria o indispensable a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en 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.

De igual forma, el Alto Tribunal advierte no se justifica adecuadamente

la semejanza o equiparación entre el certificado digital UE y la realización de las pruebas [diagnósticas] indicadas [...] 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 sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido.

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, sin describir ni detallar los datos objetivos sobre la incidencia de los contagios que conducen a ceñir el objeto de la medida.

Así mismo, no se aportan razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la medida que se contempla de forma indefinida y permanente, «siendo insuficiente la mera referencia genérica que se aduce en el escrito de casación, de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida».

Finalmente, la medida «se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces, con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución»; motivaciones que en su conjunto obligan al Tribunal Supremo a no dar lugar al citado recurso de casación y ratificar el juicio ponderativo expresado en el auto de 5 de agosto de 2021, «pues su razonamiento es coherente con los escasos elementos aportados por la Junta de Andalucía, es razonable el examen de la relación medio-fin y el resultado al que llega».

2. SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1112/2021, DE 14 DE SEPTIEMBRE

Tiempo después, cuando ni tan siquiera había transcurrido un mes desde el pronunciamiento antes reseñado, el Tribunal Supremo dicta la Sentencia núm. 1112/2021, la cual trae consigo un giro copernicano en la interpretación del Alto tribunal en la materia, al estimar el recurso de casación núm. 5909/2021 contra el Auto núm. 7559/2021, de 20 de agosto de 2021 Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el que se denegaba la ratificación del establecimiento de este mismo tipo de medida sanitaria aprobada mediante [Orden de 13 de agosto por el Consejero de Sanidad de la Xunta de Galicia](#).

La Administración promotora considera que concurre interés casacional para la admisión y estimación del citado recurso de casación, habida cuenta de la necesidad de un pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de si es preciso, o no, que la medida relativa a la exhibición de determinada documentación para acceder al interior de determinados establecimientos, ocio nocturno y restauración sea ratificada judicialmente, pues sostiene que la misma no afecta a los derechos fundamentales y, por tanto, no debe ser objeto de ratificación o autorización judicial. La Administración recurrente considera además que el recurso también presenta interés casacional en la medida en que la medida sanitaria impugnada no representa una vulneración de los derechos fundamentales que se invocan en el auto recurrido sobre la igualdad, la intimidad y la protección de datos. De modo que, a su juicio, procede la ratificación de la medida, toda vez que se ha justificado sobradamente la concurrencia de los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad. Argumento este último que comparte el Ministerio Fiscal, al entender que «la medida resulta justificada».

En torno a la primera cuestión de interés casacional que se suscita, relativa a la necesidad o no de someter a la autorización o ratificación judicial la implantación del Certificado COVID Digital de la UE, en virtud del art. 10.8 de la [Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa](#) (LJCA), el Alto Tribunal considera que la obligación de exhibir el dicho documento es una medida sanitaria que afecta a derechos fundamentales, por lo que resulta necesario desde un punto de vista jurídico someterla a la preceptiva autorización o a ratificación (FD6), distanciándose de la tesis defendida por la Administración autonómica.

Entre los derechos fundamentales que potencialmente podrían verse afectados por la implementación de la medida la sentencia identifica, en concreto, el derecho a la igualdad ex art. 14 CE, «en la medida en que —según el Tribunal Supremo— 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»; el derecho a la intimidad ex art. 18.1 CE, «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»; y el derecho a la protección de datos ex art. 18.4 CE, que «podría verse concernido si entendiéramos que la circunstancia de haberse

vacunado, o no, fuera un dato personal, que aunque no perteneciente 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 una primera aproximación el Tribunal Supremo establece que la adopción de la exigencia del Certificado COVID Digital de la UE incide «sobre los derechos fundamentales que pueden verse limitados por la medida». Ahora bien, la Sentencia recuerda que los derechos fundamentales «no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril», sino que pueden restringirse, por ejemplo, «para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos» (FD8).

En el supuesto de la medida sanitaria consistente en la obligación de exhibir determinada documentación [certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180], para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque «se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales».

En este sentido, la Sentencia prosigue su exposición considerando que la exigencia del Certificado COVID Digital de la UE no vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE), toda vez que «no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están». A este respecto, la Sala recuerda que todas las personas tienen una triple posibilidad, «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». Por consiguiente, esta medida sanitaria presenta una justificación objetiva y razonable, dado que la misma evita o restringe la propagación de la pandemia, protegiendo así la salud y la vida de las personas.

En lo que respecta al segundo de los derechos en liza, el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), no se ve tampoco vulnerado, habida cuenta de que, si bien es cierto que el Certificado COVID Digital de la UE contiene una información de carácter sanitario o, lo que es lo mismo, contiene una categoría especial de datos personales (art. 9 RGPD), «la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos» hacen que este derecho ceda ante el derecho a la vida y la obligación de protección de la salud pública¹⁴.

14. 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.

Finalmente, en relación al derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) el Tribunal señala que dicho instituto jurídico no se ve afectado en modo alguno por la medida sanitaria, porque consiste en la «mera exhibición» del Certificado COVID Digital de la UE, «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»¹⁵, aspecto en el que debemos discrepar, habida cuenta de que la simple lectura del documento representa en puridad un tratamiento de datos personales.

En síntesis, en opinión del Tribunal, la obligación de exhibir el Certificado COVID Digital de la UE no limita el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y los derechos fundamentales a la igualdad y a la intimidad «proyectan una tenue intensidad cuando se enfrentan con la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y con la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la COVID-19» (FD9).

El Tribunal Supremo prosigue su análisis sometiendo la medida sanitaria al examen que ofrece el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye el juicio de idoneidad sobre si la medida resulta adecuada, idónea y apta para alcanzar el fin que se propone (i), el juicio de necesidad sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado (ii) y la proporcionalidad estricta que se concreta en el sacrificio que impone la medida no debe resultar excesivo en relación con el interés que protege dicha actuación (iii).

Ahora bien, la Sentencia huye conscientemente de la realización de este examen del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en vista de que

no hay discrepancia procesal al respecto, y compartimos, por tanto, la conclusión que expresa la Sala de instancia en el auto impugnado, cuando declara que la afectación de los derechos fundamentales implicados en el caso «podría considerarse que no es de gran entidad —e, incluso, discutible—», pues se trata de una «mera exhibición momentánea» de la documentación, que se trata de un acceso voluntario «en aras de proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones» (FD9).

15. El Tribunal Supremo prosigue su argumentación afirmando que «quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública. Del mismo modo que medidas similares se han autorizado, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como el caso de Francia, tras la Decisión n.º 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional» (FD8).

No obstante, el Alto Tribunal estudia simultáneamente la idoneidad y la necesidad, es decir, el carácter menos lesivo de la medida de entre las potencialmente idóneas. Y, partiendo de informes epidemiológicos aportados por la Administración autonómica gallega, entre los que destaca el estudio del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada unidad administrativa, concluye que «la única medida eficaz posible para proceder a la apertura de los locales de ocio¹⁶, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte COVID, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos» (FD9). Añade algo más tarde que

[n]o es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales.

Para apuntalar esta rotunda afirmación, la sentencia señala además que, aunque con toda probabilidad, sería más seguro desde el punto de vista epidemiológico el cierre de los establecimientos de ocio, una medida así «podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados»; la medida «no se implanta de forma indiscriminada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma», sino que se aplicará según los niveles de incidencia de la pandemia en los diferentes municipios; y que la medida reviste también un carácter de temporalidad, condicionada por la Administración autonómica a «los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento».

16. La idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación ya citada, gana en concreción según la Sala «cuando descendemos a las características propias de los establecimientos en los que se exige. Así es, en estos lugares de ocio, por su propia naturaleza, a diferencia de otros establecimientos abiertos al público, no permiten el uso constante y permanente de la mascarilla, que debe necesariamente retirarse para comer y para beber, del mismo modo que resulta difícil mantener en ellos la distancia de seguridad, se suele conversar con un tono de voz más alto, o incluso cantar, lo que favorece la «inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado» que es «la principal vía de transmisión del SARS-CoV-2» (FD9).

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye su exposición explicando las razones que le llevan a distanciarse del precedente sentado en su anterior sentencia de 18 de agosto de 2021 (Recurso de Casación núm. 5899/2021), justificando que tales diferencias se basan tanto en las circunstancias distintas del supuesto de hecho examinado como en las diferentes justificaciones proporcionadas por las Administraciones implicadas en los litigios, «[p]or ello no es de extrañar que nuestra conclusión también sea diferente»¹⁷ (FD10).

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por el magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo al considerar que se debía desestimar el recurso de casación y, consecuentemente, no ratificar la medida sanitaria de la obligación de exhibición del Certificado COVID Digital de la UE, al no compartir la cita al 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, «porque entiendo que no está valorada en la génesis del Reglamento la posibilidad de que sea empleada la regulación para llegar a justificar, ni siquiera por vía indirecta, otras medidas restrictivas de derechos fundamentales». Disiente igualmente de la posición mayoritaria respecto al nivel de afectación de los derechos fundamentales en juego y, por ende, la validez de la cobertura normativa dada por la Administración gallega y tampoco comparte la decisión que adopta el sentir mayoritario respecto de la necesidad de implementar la medida objeto de controversia.

3. SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1412/2021, DE 1 DE DICIEMBRE

Esta decisión judicial representa el tercer acto de la incursión del Tribunal Supremo en la controversia del Certificado COVID Digital de la UE, por la que se estima, por un lado, el Recurso de Casación núm. 8074/2021 interpuesto por el Gobierno Vasco contra el Auto núm. 91/2021 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que no autorizó la exigencia de exhibición del citado Certificado para acceder a determinados locales de ocio y de restauración; ratificando, por otro, esta medida sanitaria establecida en los puntos 1 y 2 de la [Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejera de Salud](#), como medida adicional a las establecidas por medio de la [Orden de 6 de octubre de 2021, sobre](#)

17. En relación con el diseño de la medida andaluza, la sentencia indica, por un lado, que su duración se contempla de forma indefinida y permanente y, por otro, que su aplicación territorial resulta indiscriminada a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución (FD10).

[medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19-en la nueva normalidad una vez declarada por el Lehendakari la finalización de la situación de emergencia](#)¹⁸.

La Sección Tercera de la Sala de Bilbao procedió a la denegación de la ratificación de la medida en contra del criterio del Ministerio Fiscal, dejando constancia de la trascendencia de la decisión adoptada y asumiendo que recibirá «una democrática y en la mayoría de los casos, no en todos, razonable crítica», afirmando que, además de los derechos fundamentales que el Gobierno Vasco considera afectados por la exigencia del pasaporte sanitario —igualdad e intimidad— lo están el derecho de reunión, la libertad de circulación, las libertades de expresión y creación artística y, en último extremo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Circunstancia esta última que sirve como presupuesto para definir la medida pretendida como incongruente e innecesaria.

Establecido el desencadenante del proceso especial objeto de estudio, el Tribunal Supremo inicia su argumentación apuntando que el citado supuesto

es semejante al afrontado en nuestra tantas veces citada Sentencia núm. 1112/2021, en la que entendimos procedente la exigencia del Certificado COVID cuya ratificación vio denegada la Junta de Galicia. Se trata de una sentencia dictada poco más de dos meses antes que el auto recurrido ahora, sobre cuyo contenido, sin embargo, nada dice este último a pesar de que fue considerada en la deliberación correspondiente, ya que fue alegada y la cita y también alude a ella el voto particular. Esa omisión nos parece especialmente significativa porque es innegable la proximidad, no solo temporal, sino, sobre todo, material entre los supuestos y los problemas surgidos entonces y ahora (FD5).

18. Esta orden de 6 de octubre de 2021 relaciona en su anexo las medidas de prevención aplicables en todo el territorio de la comunidad autónoma entre las que se cuenta (i) el uso de mascarillas establecido por el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, modificado por el Real Decreto-Ley 13/2021, de 24 de junio, para los mayores de seis años en cualquier espacio cerrado de uso público o abierto al público, así como al aire libre si no se puede mantener una distancia mínima de un metro y medio entre personas no convivientes; (ii) la adaptación de los horarios de cierre y apertura para las actividades comerciales, sociales y culturales; y (iii) el restablecimiento del aforo máximo de locales e instalaciones salvo en recintos cerrados con capacidad superior a 5.000 personas en los que lo reduce al 80 %. Para la organización de eventos y el desarrollo de actividades en establecimientos y lugares de uso público exige (iv) el respeto a las directrices y guías que establezca la Dirección de Salud Pública y Adicciones y (v) la ventilación adecuada y continua, de locales e instalaciones interiores. No permite, por lo demás, (vi) durante el desarrollo de eventos —ni en recintos interiores ni en los exteriores— el consumo de alimentos o bebidas, salvo agua, y (vii) limita la venta y el consumo de alimentos y bebidas a los espacios destinados a hostelería y restauración. Completa estas previsiones con (viii) las obligaciones de responsabilidad sanitaria de las personas contagiadas y de las que hubieran tenido contacto con ellas y (ix) con el llamamiento a todos a cumplir las indicaciones de las autoridades o de los servicios sanitarios y del Departamento de Salud.

Añade a este respecto que, «existiendo un criterio sentado por el Tribunal Supremo, la Sala de Bilbao habría debido hacer un mínimo esfuerzo para explicar los motivos por los que no lo sigue en vez de limitarse a afirmar sin más precisión que las situaciones no son las mismas».

En definitiva, la Sala del Alto Tribunal no advierte diferencias relevantes entre la situación examinada en Galicia y la que aquí subyace. Tampoco figuran en los distintos pasajes de la argumentación del Auto núm. 91/2021 evidencias que inviten al Tribunal a reconsiderar la posición sentada en la Sentencia núm. 1112/2021, de 14 de septiembre. Por esta razón, el Tribunal Supremo considera que la medida sanitaria de exhibición del Certificado COVID Digital de la UE establecida en el País Vasco está justificada por el principio de proporcionalidad, dado que es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria, porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada, porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la sentencia núm. 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable (FD5).

De esta forma, se procede a la estimación del Recurso de Casación núm. 8074/2021, interpuesto por el Gobierno Vasco contra el Auto núm. 91/2021, dictado el 22 de noviembre, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Procedimiento núm. 973/2021 y ratificar la medida prevista en los puntos 1 y 2 de la Orden de 17 de noviembre de 2021 de la Consejería de Salud por la que se establece la exigencia del Certificado COVID Digital de la Unión Europea (QR) como medida adicional a las establecidas por la Orden de 6 de octubre de 2021 sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en la nueva normalidad una vez declarada por el lehendakari la situación de emergencia.

La sentencia incorpora un voto particular formulado por el magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, que considera que se debió desestimar el recurso de casación y, consecuentemente, no debería haberse procedido a la ratificación de la medida sanitaria consistente en la exhibición del Certificado COVID Digital de la UE.

En suma, y a modo de conclusión, la extensión generalizada sin la debida caución del Certificado COVID Digital de la Unión Europea nos sitúa ante un mar de dudas e interrogantes éticos, jurídicos y sanitarios. Sentada esta premisa, es necesario poner en valor que la adopción de esta medida puede conllevar la afectación nuclear de diversos derechos y libertades fundamentales del conjunto de la ciudadanía, dando lugar a nuevas formas de desigualdad y discriminación por razones puramente sanitarias e incluso invertir la utilidad de la herramienta, al convertir el Certificado COVID Digital en un instrumento obstructivo y limitativo de la libertad de circulación, cuya promoción era su aspiración primigenia. Con la finalidad de evitar estos aciagos y nocivos efectos, es necesario que el poder público en general, y las autoridades sanitarias en

particular, elaboren unas directrices precisas sobre la implementación de esta tercera generación de instrumentos para mitigar la proliferación del SARS-CoV-2, partiendo de la estricta observancia del triple juicio de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) consagrado en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurisprudencial, como presupuesto para garantizar la tutela jurídica de los derechos de la privacidad y el correcto tratamiento de los datos personales en liza.

De esta forma, el principio de proporcionalidad, el cual constituye una pieza esencial del modelo europeo de protección de datos, se convierte en un elemento indispensable para determinar las circunstancias exactas en las que la aplicación del Certificado COVID Digital tendrá cabida sin ocasionar una vulneración de los derechos fundamentales. A este respecto, conviene recordar el contenido del lapidario considerando cuarto del Reglamento General de Protección de Datos, según el cual el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad y en el que se establece la necesidad de considerar el derecho a la protección de datos personales en relación con su función en la sociedad, toda vez que este instituto jurídico no es un derecho absoluto, lo que exige mantener el equilibrio con otros derechos y libertades fundamentales.

En síntesis, el Certificado COVID Digital es una herramienta más para luchar contra la pandemia que no debe ni puede desdibujar los contornos propios del Estado de Derecho ni desvanecer en forma alguna la receta esencial frente a la crisis sanitaria, la cual sigue siendo la responsabilidad social para con el conjunto de la comunidad.