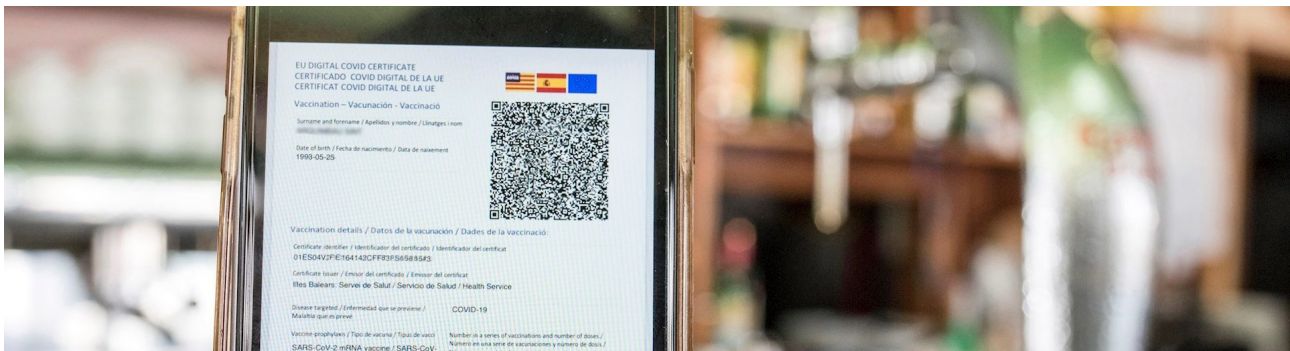


¿Es legal pedir el pasaporte COVID en bares y restaurantes? El Supremo dice que a día de hoy está justificado

Ni afecta al derecho de reunión ni de circulación y es una medida proporcional y necesaria, según el TS. Te explicamos qué dice la justicia sobre la legalidad del pasaporte COVID



¿Es legal el pasaporte COVID? Un cliente en un bar en Mallorca. | David Arquimbau EFE.

Por Verónica García

Te lo explicamos

14 diciembre 2021 | 7 min lectura

La mayoría de las comunidades autónomas, en concreto 11 de las 17, ya piden el pasaporte COVID de forma obligatoria para entrar en algunos establecimientos como restaurantes o discotecas o, como en el caso de Canarias, para que los locales puedan ampliar los aforos. Pero, ¿es legal pedir el pasaporte COVID en España? El Tribunal Supremo considera que sí.

Aunque esta medida se aplica de forma distinta en cada territorio, hay una cosa que todas las CCAA tienen en común: todas han pasado por la justicia para poder aplicar esta obligatoriedad y en todos los casos se trata de una medida temporal.

Te contamos de la mano de expertos qué dicen los tribunales respecto a la legalidad del pasaporte COVID y cuáles son los límites que se imponen para garantizar su proporcionalidad.

¿Es legal pedir el pasaporte COVID?

La respuesta corta es que según el Tribunal Supremo sí, pero siempre que se cumplan los cauces legales necesarios y unos requisitos concretos. Ni el Gobierno ni las comunidades autónomas (que son las que tienen las competencias en materia sanitaria) pueden imponer medidas restrictivas sin pasar por el Tribunal Superior de Justicia que les corresponda o, en su defecto, por el Tribunal Supremo.

Respetar este cauce legal es necesario para garantizar que se vela por los derechos de los ciudadanos, que solo un juez puede limitar. Si el TSJ no lo avala no puede aplicarse hasta que se resuelva el recurso ante el Supremo.

Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia Gallego (TSJG) fue el primero en rechazar la medida, que se solicitó por parte de la Xunta que dirige Núñez Feijoo en agosto. Tras este rechazo, el gobierno autonómico recurrió al Tribunal Supremo, que corrigió al TSJG al considerar que pedir el pasaporte COVID era legal debido a la situación epidemiológica.

Lo mismo ocurrió en País Vasco a finales de noviembre con la conocida “sentencia de los karaokes” en la que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) rechazó la legalidad del pasaporte COVID al considerar que afectaba al derecho de libertad creativa «por ejemplo, cuando de Karaokes se trata». Una decisión que Urkullo criticó en su momento y que, tras el recurso del gobierno vasco, el propio Tribunal Supremo calificó de “fuera de toda proporción”.

¿Qué argumenta el Supremo para decir que es legal?

Esta diferencia de criterio es algo normal en cuestiones legales. Mientras que el resto de CCAA han avalado la medida al considerarla proporcional y necesaria, los tribunales de Galicia y País Vasco han expuesto criterios diferentes.

Por eso, ante la disparidad de argumentos de los tribunales autonómicos, el criterio que unifica todo es el del Tribunal Supremo. El Alto Tribunal se ha pronunciado ya dos veces sobre la legalidad del pasaporte COVID y en ambos casos ha considerado que se trataba de una medida legal al ser necesaria para controlar la transmisión de la pandemia, de igual forma que otras medidas como los aforos o las mascarillas.

“La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado”, dice el Supremo en su exposición.

Antonio Benítez Ostos, Socio Director de Administravando Abogados y especialista en derecho administrativo, explica a Newtral.es que “más que la importancia de acudir a los Tribunales Superiores de Justicia, nos encontramos ante la necesidad de ello dada la inexistencia de unos criterios legales comunes y unificados que permitan implantar medidas igualitarias y proporcionales en todo el país”.

¿Qué leyes avalan entonces que se pida el pasaporte COVID?

Vanessa Fernández Ferré, abogada y directora del departamento de derecho administrativo HispaColey Servicios Jurídicos, explica a Newtral.es que son varias las normas en las que se fundamenta esta medida.

- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

- El artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece la ratificación de los TSJ.
- Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que modificó la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para hacer que el Supremo fuese el órgano de casación respecto a estas medidas.

Sin embargo, en opinión de Ostos, aunque estas normas pudieran dar cierta cobertura a la legalidad de pedir el pasaporte COVID, “no dan la necesaria”, ya que considera que “dichas normativas son dispersas, no específicas e insuficientes para amparar el pasaporte covid. Se precisa de una Ley Orgánica que regule a nivel nacional y de forma homogénea la aplicación de esta y otras medidas limitativas de derechos fundamentales”.

¿Cuáles son los límites que deben cumplirse?

Eso sí, este aval del Supremo no es una carta blanca. Los expertos consultados por Newtral.es señalan la importancia de que las medidas propuestas por las CCAA cumplan los límites que establece el Supremo en sus sentencias:

- Adecuación
- Necesidad
- Proporcionalidad

Estos tres conceptos son clave, en opinión del Supremo, ya que es “una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad”, además de “necesaria porque es menos agresiva que otras” y proporcionada “porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia”. Este criterio es el que aplican los tribunales autonómicos a la hora de valorar la medida en sus respectivos territorios.

El último concepto, el de la proporcionalidad, es el más relevante, según los expertos. Pedir el QR en determinados momentos “encuentra su fundamentación en la situación pandémica, por lo que, va a depender de la evolución de la pandemia que sea o no ratificada por los distintos tribunales autonómicos”, explica Fernández Ferré.

Concuerda a este respecto Benítez Ostos: “El hecho de pronunciarse nuestro Alto Tribunal sobre la proporcionalidad de la medida, exige que la misma no sea adoptada y exigida con carácter genérico sino atendiendo a la incidencia, el riesgo y la gravedad que en cada caso comporte la pandemia”.

¿Por qué tiene que ir prorrogándose cada cierto tiempo?

Además de estas tres limitaciones, varios tribunales han considerado importante la limitación temporal, como es el caso del TSJ de Aragón, que explica que un límite temporal amplio (el gobierno aragonés quería aplicarlo hasta que existiese una declaración institucional de fin de pandemia), era “de absoluta desproporción”, por lo que decidió limitarlo al 8 de enero.

“El tema de la limitación temporal entendemos resulta esencial, ya que, como venimos argumentando la medida es legal o no dependiendo de si es proporcionada a la situación actual”, explica Fernández Ferré, que incide en que la pandemia “va evolucionando de forma rápida” y las respuestas deben, por tanto, estar limitadas e ir prorrogándose mientras sean necesarias.

¿Afecta esta medida a derechos fundamentales?

En su última sentencia al respecto, de este noviembre, el Supremo reconoce en sus conclusiones que esta medida “incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad”, pero esto no es impedimento para la legalidad del pasaporte COVID. Argumenta el TS que esta incidencia está justificada por el principio de proporcionalidad de la medida y su necesidad para frenar la pandemia.

En cuanto al resto de derechos que se podrían considerar en cuestión (derecho de reunión o las libertades de circulación, expresión y creación artística) y que esgrimía el TSJ vasco para tumbar la medida, el Supremo no cree que estén dañados ya que todos ellos pueden ejercerse en otros sitios libremente:

“Ni el derecho de reunión supone la facultad de ejercerlo en cualquier lugar y circunstancia ni, desde luego, es obstáculo a que se pida este documento para acceder a locales en las condiciones de pandemia existentes. Otro tanto puede decirse de las libertades de circulación y de las de expresión artística: ni su ejercicio exige el acceso incondicionado a establecimientos de ocio y restauración, ni requerir al efecto este certificado supone una injerencia en ellos (...). Y entender que esta medida pueda obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad está fuera de toda proporción”

“Se trata de una cuestión que como vemos resulta objeto de interpretación”, explica Fernández Ferré que vuelve a aludir al concepto de “proporcionalidad” para explicar las diferentes opiniones entre tribunales.

¿Pedir el pasaporte COVID es anticonstitucional?

A lo largo de los casi dos años de pandemia, el Tribunal Constitucional ha tenido un papel relevante a la hora de valorar las normas que se han implementado para frenar los contagios. Recurrir al TC es una opción a través de un recurso de amparo, aunque por el momento, aunque por el momento esto no ha ocurrido.

En cualquier caso, los expertos tienen opiniones dispares al respecto. “No podemos olvidar que los cierres perimetrales a los que nos hemos visto expuestos a lo largo del año 2021, suponen una medida mucho más agresiva que el pasaporte COVID, por ello no resultará fácil que el Tribunal Constitucional considere inconstitucional dicha medida, siempre y cuando resulte bien justificada su aplicación en una determinada comunidad autónoma”, dice Ferré.

Por otro lado, Benítez Ostos cree que “desde un punto de vista estrictamente jurídico no resulta para nada descabellado que el asunto llegue a exigir un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional”. “La cuestión ya no es tanto la vulneración de derechos que puede suponer la medida concreta en cuestión, sino que nuestra carta magna proclama en su artículo 14 la igualdad de todos los ciudadanos españoles”, dice Ostos, que considera que este principio sí “se ve

manifiestamente transgredida” al existir disparidad de opiniones autonómicas y al no ser obligatoria la vacunación.

¿Implica esto que la vacunación es obligatoria en España?

La vacunación es voluntaria en España. La intención del pasaporte COVID, según los gobiernos que lo han impuesto, tiene el objeto de incentivar, pero no obligar. De hecho, para disponer de este pasaporte no solo se acepta la vacuna, también es admisible haber estado recuperado de una infección por COVID en los últimos 6 meses o sin haberse realizado un test de antígenos en las últimas 48 horas o PCR en 72.

El debate de la vacunación obligatoria se está planteando en varios países europeos, como explicamos en detalle en este artículo, pero por el momento no se ha planteado en España. Aún así, y hablando en hipótesis, Fernández Ferré cree que “la legalidad de una supuesta medida de vacunación obligatoria, con la Ley de Sanidad en la mano, podría plantearse, siempre y cuando quede suficientemente justificada su proporcionalidad en atención a la situación de la pandemia”. Una situación que ahora mismo y según el propio Supremo no se da.

Benítez Ostos es de otra opinión a este respecto y considera que “bajo ningún concepto” esta obligatoriedad cabría en la legislación actual. “Para poder vacunar a una persona se debe atender a la denominada autonomía de la voluntad, esto es, la facultad del ser humano de poder elegir y decidir dentro de los límites de la ley, para la cual, la persona debe prestar su consentimiento, ya que, de lo contrario, se estarían transgrediendo derechos” como el derecho a la integridad física, libertad y a la intimidad personal, apunta este experto.