



Anàlisi de casos i novetats en l'àmbit de Protecció de Dades

DSC Consorci de Salut i Social de Catalunya



Anàlisi de la Sentència 1112/2021 del Tribunal Suprem sobre l'ús del "Passaport Covid"

El passat 14 de setembre de 2021 la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Suprem es va pronunciar sobre la validesa jurídica de la mesura de demanar certificat de vacunació, prova de detecció d'infecció activa per Covid-19 o certificat d'haver superat la malaltia per a l'accés als espais interiors dels locals de restauració i oci nocturn que havia implementat la Xunta de Galícia. Aquesta mesura va ser denegada pel Tribunal Superior de Justícia de Galícia, decisió que és objecte del recurs que motiva aquesta sentència.

En primer lloc, cal tenir present que la sentència tracta sobre l'aplicació del passaport Covid en l'àmbit de la restauració i l'oci nocturn i que, a més, les conclusions de la mateixa no poden aplicar-se de manera general a altres mesures similars que puguin aplicar-se en el futur a aquest o a altres àmbits. No obstant, l'anàlisi d'aquesta sentència permet conèixer els criteris a emprar per determinar l'adequació de sentències similars i valorar la possibilitat de que una mesura similar es pugui aplicar, per exemple, per limitar l'accés als centres d'atenció sanitària o social.

El Tribunal Suprem considera que l'aplicació de mesures d'aquest tipus, d'entrada, es troba emparada en la legislació vigent. En aquest sentit, el Tribunal considera que avalen la mesura la Llei Orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de Salut Pública, la Llei 14/1986, de 25 d'abril, General de Sanitat i la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de Salut Pública. També es fa esment de la legislació autonòmica, que en el cas del recurs es corresponia amb la norma gallega en la matèria.

En afegit a la identificació de les normes que emparen la mesura, el Tribunal reflexiona sobre la necessitat de que aquestes mesures hagin de ser implementades o regulades per mitjà d'una Llei Orgànica. A parer del Suprem no és necessari, ja que la Llei Orgànica es reserva per al "desenvolupament" dels drets fonamentals. La mesura proposada no té aquest caràcter de

desenvolupament, a parer del Tribunal, ja que no incideix en elements bàsics, nuclears i consubstancials dels drets afectats, tot i que avisa que aquest fet només es pot verificar examinant cada proposta que es presenti cas per cas, sense que sigui possible establir un criteri predeterminat i estandarditzat.

Sobre els drets afectats, el Tribunal Suprem analitza el dret a la igualtat, el dret a la intimitat i el dret a la protecció de dades, i els confronta amb el dret fonamental a la vida i el dret a la protecció de la salut, tenint en consideració l'escenari actual de pandèmia per Covid-19.

Pel que fa al dret a la igualtat, es considera que la mesura no el vulnera en tant que no és una mesura que causa discriminació entre aquelles persones que es troben vacunades i aquelles que no. Aquesta consideració es basa en que no és la vacunació la única possibilitat que poden emprar les persones per accedir als espais d'oci o restauració, sinó que també es permet acreditar haver superat la malaltia o presentar una prova diagnòstica o test d'antígens. A més, existeixen causes que, objectiva i raonablement, justifiquen que no es permeti accedir a aquests espais a les persones que no compleixin cap d'aquestes exigències per raó dels greus efectes que pot presentar un contagi sobre el dret a la vida, a la salut i a la integritat física de la resta de persones.

En relació al dret a la privacitat, el Tribunal Suprem considera que aquest no pot prevaldre sobre els drets a la vida i la protecció de la salut. La informació relativa a si s'ha rebut la vacuna o no, en una situació de pandèmia com l'actual, és una eina essencial per evitar la propagació del virus. El Suprem reconeix les dades sobre l'estat vacunal, la detecció d'anticossos o la superació de la malaltia com una dada de salut, però considera que el caràcter massiu de la vacunació i la solidaritat necessària per la protecció de la salut i la col·laboració de tothom permet aquesta afectació al dret a la privacitat.

Sobre el dret a la protecció de dades, el Tribunal reflexiona sobre la finalitat d'aquest dret. Argumenta que la finalitat del dret és permetre a la persona mantenir el control sobre les pròpies dades i els destinataris de les mateixes, evitant-se així el seu ús il·legítim. El tractament analitzat en la sentència es basa en l'exhibició del document, sense la possibilitat de recollir les dades, incloure-les a un registre o fer-ne cap tractament ulterior de cap mena. D'aquesta manera, atenent als riscos derivats del tractament d'aquestes dades, el Tribunal considera que la mesura analitzada no limita el dret a la protecció de dades.

Es fa referència, també, a la possible afectació al dret fonamental a la lliure circulació de les persones. Recorda el Tribunal, no obstant, que el mateix certificat Covid-19, en els termes del Reglament (UE) 2021/953, es crea com un element que faciliti la lliure circulació de persones durant la pandèmia de Covid-19.

A més de valorar l'afectació de les mesures en relació als drets, és necessari analitzar la justificació de la mesura a adoptar. Cal valorar la proporcionalitat en sentit estricte de la mesura –que aporti més beneficis que perjudicis suposa en relació a drets fonamentals–, idoneïtat i necessitat. El Tribunal Suprem només analitza els dos darrers aspectes, al quedar la proporcionalitat en sentit estricte fora de l'àmbit del recurs.

En relació a la necessitat i la idoneïtat de la mesura, el Tribunal Suprem reconeix que aquesta ha d'ajustar-se a criteris mèdics i epidemiològics actualitzats als coneixements tècnics que permeti l'estat de la ciència a cada moment i que, en relació a aquests, suposi la mesura cabal i apte per assolir la finalitat de mitigar els efectes de la pandèmia. El Tribunal reconeix que la vacuna pot no ser totalment efectiva per evitar els contagis, però en reduir-ne notablement la capacitat de

contagi, però aquest fet no resulta en que la mesura resulti innecessària, doncs suposa un benefici per a la salut de tothom i impedeix el col·lapse hospitalari.

Pel que fa la idoneïtat, el Tribunal Suprem així la considera en tant que la naturalesa dels espais d'oci i restauració implica que les persones no emprin de manera constant les mascaretes. En aquests espais, on es beu i es menja, és necessari retirar-se aquest element. A més, segons indica el Tribunal, són espais on es parla en un to de veu més elevat i, fins i tot, es canta, el que genera més aerosols i, per tant, justifica l'adopció de mesures addicionals que contribueixin al a reducció de contagis.

Per últim, el Tribunal Suprem té en compte que la mesura no s'aplica de manera indiscriminada a tot el territori de Galícia, sinó que és aplicable només pels espais de restauració i oci que es trobin en indrets on els índex de risc de contagi assoleixen uns nivells determinats.

També té en compte que les mesures són de caràcter temporal i que es troben subjectes a modificacions vinculades *“als principis científics, les proves científiques i la informació disponible a cada moment”*.

Més enllà de les qüestions sobre el fons de la mesura analitzada, el Tribunal Suprem indica, també, que aquestes mesures no poden ser aplicades directament per les Autoritats Sanitàries, sinó que de manera prèvia ha de ser autoritzada pel Tribunal Superior de Justícia que correspongui, en afectar, amb major o menor intensitat, drets fonamentals com la intimitat o la protecció de dades personals.

En conclusió, l'aprovació d'una mesura que suposi la necessitat de presentar un “Passaport Covid” per accedir a determinats establiments requerirà de l'aprovació de la mesura per l'Autoritat Sanitària competent, la prèvia autorització judicial i la superació del judici d'idoneïtat, necessitat i proporcionalitat en sentit estricte. A aquests efectes, cal tenir en compte que el tipus d'establiment serà determinant, ja que, com esmenta el Tribunal Suprem, els espais d'oci i restauració no realitzen activitats essencials i l'accés és voluntari, podent cada persona decidir altres formes d'oci o, fins i tot, escollir la terrassa en lloc dels espais interiors. Així, l'aplicació d'aquesta mesura per accedir, per exemple, a un centre hospitalari, hauria de ser objecte d'un especial anàlisi, doncs no és un espai on es prestin serveis no essencials. Per últim, la mesura haurà de ser temporal i estar subjecte als canvis oportuns necessaris en relació a l'evolució de la pandèmia i el nivell de risc de contagi existent en cada moment i a cada indret.

Com a conclusió és pertinent fer esment de l'existència d'un vot particular de la sentència esmentada. En aquest vot particular, el magistrat Fonseca-Herrero Raimundo considera que l'afectació als drets a la igualtat i la intimitat és *“severa, extensa i intensa”* i que, tot i el caràcter de limitació territorial, afecta a una gran part de la població.

En relació a la igualtat, considera que la mesura presta diferent tracte a persones en una situació igual, ja que es demana un certificat de vacunació o un test d'infecció quan cap de les dues accions és obligatòria i es demana un certificat de superació de la malaltia quan no tothom ha tingut l'oportunitat de superar-la.

En relació a la protecció de dades personals, considera que l'afectació a aquest dret no és legítima, contraposant la mesura amb mesures com la presentació del DNI per al control de menors d'edat i del consum d'alcohol, que es troba prevista en una norma amb rang de llei.

També qüestiona la idoneïtat i necessitat de la mesura en comparació amb altres regions de l'Estat espanyol, en que l'oci nocturn i la restauració en interiors ha recuperat l'activitat aplicant altres mesures menys intrusives, a criteri del magistrat, amb els drets fonamentals afectats.