



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00132/2021

-

Equipo/usuario: SF
Modelo: N65840
PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA
Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

N.I.G: 15030 33 3 2021 0001841
Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0007772 /2021 /
Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES
De D./ña. CONSELLERÍA DE SANIDADE
ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD
PROCURADOR D./D^a.
Contra D./D^a.
ABOGADO
PROCURADOR D./D^a.

AUTO

Ilma. Sra. Presidenta de la Sala:

Dña. María Dolores Rivera Frade

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra:

D. Francisco Javier Cambón García
Dña. Cristina María Paz Eiroa
D. Juan Carlos Fernández López
D. Luis Villares Naveira

A Coruña a 3 de diciembre de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 02.12.21 tiene entrada en esta sala la solicitud que formula la letrada de la Xunta de Galicia, a fin de que se autoricen las medidas consistentes en la exhibición de documentación que acredite el cumplimiento de determinados requisitos para el acceso a los centros hospitalarios de las visitas y acompañantes de los pacientes hospitalizados contenidos en el punto primero de la Orden del conselleiro de Sanidade de 16.11.21, por la que se aprueba la exigencia de determinadas medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica

derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia en lo que se refiere a los establecimientos hospitalarios, en la redacción modificada por la Orden de 01.12.21.

SEGUNDO.- Se ha ofrecido el preceptivo informe al representante del Ministerio Fiscal, que lo ha cumplimentado el 02.12.21 en sentido favorable.

TERCERO.- Con fecha 03.12.21 ha celebrado la sala el debate y ha procedido a su votación.

Ha sido ponente el ilustrísimo señor don Juan Carlos Fernández López, que expresa el parecer de la sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La autorización judicial que ahora se pretende supone la prórroga de la que ya se consiguió por auto de 19.11.21, dictada en el procedimiento DF 7733/2021, para la Orden de 11.11.21 que se ha reproducido en el primer antecedente de hecho, cuya vigencia se mantuvo hasta las 00:00 horas del 04.12.21, por lo que, como refiere la exposición de motivos de la Orden modificativa de 01.12.21, es necesario abordar su prórroga, ya que la situación epidemiológica lo requiere, como se justifica en el informe de la subdirectora xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía de 01.12.21 en que la nueva orden se fundamenta.

Por lo tanto, todo lo que se razonó en el repetido auto de 19.11.21 sirve para justificar la decisión que ahora se adopte, eso sí, teniendo en cuenta los nuevos datos que en el informe técnico de 01.12.21 se ofrecen.

Así, lo primero que se debe recordar es que la competencia para autorizar o ratificar ese tipo de medidas correspondía, en su origen, a los juzgados de este orden, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid en el ámbito de la Administración de Justicia, ha dado una nueva redacción a ese precepto y ha añadido un nuevo apartado 8 al artículo 10.1 de esa ley procesal, para que sea este órgano colegiado el competente para cuando aquéllas se dirijan a sujetos indeterminados.

Como se indicó en los autos precedentes, no explica la exposición de motivos de ese texto legal la razón de la modificación de la competencia para autorizar o ratificar las medidas que se adopten con arreglo a la legislación sanitaria



que las autoridades competentes consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, pero sí hace una referencia a la previsión de crear unidades judiciales para el conocimiento de asuntos derivados del Covid-19, a lo que se refiere su artículo 19. Sea como fuere, su disposición final segunda modifica la competencia que, hasta el 19.09.20, tenían los juzgados de este orden para autorizar o ratificar ese tipo de medidas restrictivas, para mantenerla en su favor cuando "estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada" (artículo 8.6 de la LRJCA), mientras que la autorización o ratificación le corresponde a la sala de este orden del tribunal superior de justicia "cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente" (artículo 10.8 de esa misma ley), y de ahí que se haya hecho mención en el punto tercero de la Orden de 01.12.21 que aquí se trae, a la necesidad de obtener la previa autorización judicial para su eficacia. En todo caso, es ahora común a esos incidentes oír al ministerio fiscal y su resolución, con carácter preferente, en un plazo máximo de tres días naturales (artículo 122 quater de la ley procesal), previsiones ambas que se han observado.

Lo que no cambia es el signo de la intervención judicial, que se tiene que limitar, en su caso, a autorizar o ratificar las medidas excepcionales de índole sanitaria que restrinjan o limiten derechos fundamentales, que es lo que sucede con la previsión contenida en el punto primero de la referida orden del conselleiro de Sanidade de 21.10.21, que sólo tiene por objeto conseguir la autorización para exhibir el "pasaporte o certificado covid" para el acceso a determinados establecimientos, desde las 00:00 horas del día siguiente a la publicación de la orden que se autorice, hasta las 00:00 horas del día 18.12.21.

No está de más recordar que las primeras solicitudes dirigidas a este tribunal eran de ratificación, pero las últimas fueron de autorización, en concreto las seguidas como DF 7509/2021, DF 7547/2011, DF 7589/2021, DF 7642/2021, DF 7652/2021, DF 7733/2021, 7734/2021 y 7751/2021, todas ellas autorizadas por autos de 23.07.21, 29.07.21, 03.09.21, 01.10.21, 08.10.21, 19.11.21, 18.11.21 y 26.11.21, respectivamente, salvo la seguida como DF 7559/2021, que se rechazó por auto de 20.08.21 de la Sala de vacaciones de este tribunal, si bien después fue revocado por la STS de 14.09.21 (rec 5909/2021).

Todas esas autorizaciones partieron de lo señalado en la STS de 24.05.21 (rec 3375/2021), acerca de que las medidas que se sometían a autorización sólo serían eficaces tras su validación judicial, por lo que "la ratificación es condición de eficacia de las medidas sometidas a ella", y de ahí la

necesaria sincronía entre la fecha prevista para su entrada en vigor y la de su sometimiento a decisión judicial, a fin de evitar lapsos de tiempo en los que aquéllas carecerían de eficacia, que en este caso tienen una fecha predeterminada que se extiende desde las 00:00 horas del día 04.12.21, hasta las 00:00 horas del 18.12.21, sin perjuicio de la necesidad de su publicación, dados sus destinatarios (artículo 131 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y STS de 24.05.21).

SEGUNDO.- Como se ha advertido, el alcance de la intervención de esta sala se limita a autorizar o no la exigencia del llamado "pasaporte o certificado covid" que acredita el cumplimiento de determinados requisitos para acceder a los centros hospitalarios de las visitas y acompañantes de los pacientes hospitalizados, lo que autorizó hasta las 00:00 horas del día 04.12.21 esta sala en su auto de 19.11.21, y ahora se pretende prorrogar hasta las 00:00 horas del día 18.12.21.

Así pues, se está en presencia de una medida que tiene como propósito defender la salud pública malograda por la pandemia causada por el Covid-19, lo que afecta a la derecho fundamental a la vida que consagra el artículo 15 de la Constitución española, pero también a los de igualdad e intimidad consagrados en sus artículos 14 y 18, como recordó la STS de 14.09.21 antes citada, al analizar la exigencia de los documentos para acceder a locales de ocio nocturno, especialmente en espacios cerrados y normalmente poco ventilados en los que el riesgo de contagio se incrementa. Como también recordó esta sala, los derechos fundamentales se deben desarrollar por ley orgánica, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 81 de la CE, y pueden ser objeto de suspensión colectiva cuando se acuerde un estado de excepción o de sitio, con arreglo a lo dispuesto en su artículo 55, lo que no fue el caso, ya que lo que en su día se hizo al amparo de ese precepto, y de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, fue aprobar la primera de esas situaciones mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que ya no se encuentra vigente.

En efecto, las SsTC 49/1999, 86/2017 y 76/2019 han señalado que no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica, lo que también ha recordado esta sala en sus autos de 12.05.21 (DF 7224/2021), 25.05.21 (DF 7246/2021), 28.05.21 (DF 7279/2021) y 22.10.21 (DF 7677/2021), así como en los antes citados, al indicar que la legislación ampara que las comunidades autónomas puedan adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales de las personas, siempre que lo hagan dentro de sus competencias,



como es el caso de la sanidad e higiene (artículo 148.1.21^a de la CE), mientras que la de sanidad exterior y las bases y coordinación general de la sanidad es exclusiva del Estado (artículo 149.1.16^a del mismo texto).

Así, partiendo del referido marco constitucional, la norma que en primer lugar dió cobertura a la adopción de las medidas extraordinarias que aquí interesan fue la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, en concreto sus artículos 1 a 3, que ciertamente son muy genéricos en su planteamiento inicial, pero que se han considerado suficientes por la jurisprudencia al efecto recaída, consagrada, entre otras, en la STS de 09.03.21 (rec 147/2020), la antes citada 24.05.21 (rec 3375/2021), las dos de 03.06.21 (rec. 3669/2021 y rec. 3704/2021) y la última varias veces citada de 14.09.21, que han señalado que las leyes orgánicas que regulan los derechos fundamentales no agotan toda su regulación, sino que precisan su complemento con otras normas, con la posibilidad de que puedan limitar esos derechos, de modo que "la reserva de la ley orgánica es para el desarrollo de los derechos fundamentales", mientras que "la ley ordinaria puede sentar limitaciones a los mismos" (primera sentencia citada), a lo que han añadido las demás que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma, de manera que la reciente anulación por el Tribunal Constitucional de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró tal estado de alarma, nada añade a este debate, más aún cuando tal situación perdió vigencia a partir de las 00:00 horas del día 09.05.21, para ser sustituida por el nuevo régimen que -en lo que ahora interesa- quedó regulado a través de los artículos 2.2 y 7 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, según la habilitación conferida por su artículo 9, en la redacción dada por la disposición final primera del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que prorrogó por última vez tal estado de alarma. Resulta oportuno recordar que los pronunciamientos recogidos en la reiterada STS de 14.09.21 han sido ratificados en la de ese mismo tribunal de 01.12.21, que también revocó el auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22.11.21, en razón a que las circunstancias del caso que ahí se analizaban -también sobre la exigencia de exhibición del "pasaporte COVID-19"- eran muy similares a los que allí se analizaron; como dato relevante se tiene que indicar que la autoridad sanitaria vasca informó que la tendencia de transmisión del virus progresaba a una "velocidad de crecimiento

significativa" que, a 23.11.21, representaba 347,91 casos por cada 100.000 habitantes.

Ya en el caso de nuestra comunidad autónoma, le corresponde a su autoridad sanitaria acordar las medidas de limitación contenidas en los artículos 2, 24 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, así como en los artículos 27.2, 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, y 33.2, 34.12 y 38 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (este último de similar redacción al artículo 3 de la LOMEMSL), que contemplan tanto actuaciones genéricas, como concretas, sobre la protección de la salud cuando se presenten situaciones de riesgo debidamente acreditadas y en un pasado todavía reciente "de dimensiones desconocidas", como reconoció el ATC 40/2020, que analizó el estado de la situación entonces existente sobre la investigación del virus, su propagación en toda la población, las graves consecuencias que ha producido y la necesidad de adoptar medidas eficaces para limitar los efectos de esta pandemia.

Pues bien, ya en el ejercicio de las competencias autonómicas, y con la habilitación otorgada por el citado Real Decreto 926/2020, aprobó el ejecutivo autonómico el Decreto 45/2021, de 17 de marzo (sucesivamente modificado), por el que adoptan en su territorio diversas medidas para hacer frente a esa crisis sanitaria, que ahora se materializan en la orden que aquí se trae para que sea autorizada antes de su publicación, donde se propone adoptar medidas preventivas en respuesta a indicios racionales que ponen de manifiesto la existencia de un peligro para la salud de la población que se puede ver agravado si tales medidas no se adoptan. A tal norma le siguió el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 12.06.20, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase II del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, de la que trae la causa la orden de 29.09.21 y, por ello, de la que 21.10.21 que aquí se trae para la autorización pretendida.

Como han señalado las citadas SsTS de 09.03.21, 24.05.21 y 03.06.21, al igual que esta sala en varios de los autos citados, en la medida en que se está en presencia de una restricción de derechos fundamentales, en este caso los de igualdad e intimidad, se impone superar el preceptivo juicio de proporcionalidad, que pasa por identificar con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida, con indicación de los hechos que así lo acreditan; establecer debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y justificar que no se dispone de otros



medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados.

TERCERO.- Teniendo presentes esos presupuestos, se va a resolver si procede autorizar que se continúe exigiendo, a partir del 04.12.21, y hasta el 18.12.21, la exigencia a quienes visitan o acompañan a los pacientes hospitalizados en centros cerrados, de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos debidos, lo que pasa por examinar el informe de la subdirectora xeral de Información sobre Saúde e Epidemioloxía de 01.12.21 en que se sustenta la orden de 01.12.21 cuyo apartado tercero es que se deberá autorizar o no.

De entrada se tiene que advertir que al comienzo de la exposición de motivos de esa orden se hace una afirmación errónea y apresurada, pues, tras mencionar diversas normas estatales, afirma que "de acuerdo con la legislación estatal, continúa, por lo tanto, existiendo una situación de crisis sanitaria". Es evidente que a esta conclusión no se puede llegar de la lectura de la legislación estatal, como tampoco de memorias o ejercicios meramente literarios, sino del atento examen de informes técnicos que ofrezcan datos objetivos y contrastados sobre la evolución de la situación epidemiológica actual sobre la circulación del virus, con respecto a la de fechas anteriores, en concreto las de las dos últimas semanas, al objeto de poder elevar propuestas rigurosas que permitan hacer compatibles los derechos fundamentales de las personas (aquí los de protección de la vida y de la intimidad), con la adopción de medidas restrictivas que cumplan las exigencias de ser idóneas, necesarias y proporcionadas.

Al respecto tiene que compartirse lo que con acierto manifiesta el preámbulo de la orden de 01.12.21, en el sentido de que el artículo 7.1.1 de la LSG otorga a los pacientes que se encuentren hospitalizados el derecho a recibir visitas y estar acompañados, pero también su artículo 15.2 les confiere a los visitantes y acompañantes el deber de cumplir con las normas sectoriales impuestas, y de ahí que las medidas que ahora se les pretenden dirigir deban ser ahora examinadas a la luz de los últimos datos epidemiológicos, que son los ofrecidos en el informe de 01.12.21.

Así, en este se da cuenta de que sigue el incremento en la tendencia negativa que ya existía y que justificó la autorización del "pasaporte COVID-19" hasta el 04.12.21, hasta el punto de que la incidencia acumulada de las dos últimas semanas, a fecha 29.11.21, era de 187,21 casos cada 100.000 habitantes (se recuerda que en fechas similares era de 347,91), con un ligero incremento en el número de ingresos tanto en unidades de agudos, como en las de críticos, a pesar de que en ambas incidencias, al igual que en el número de

población vacunada, los datos son mejores que los del conjunto de la nación. También revela aquel informe -amparado en otros que cita-, que existe un mayor riesgo de infección en las personas no vacunadas, así como que es numerosa la afluencia de personas a los centros hospitalarios -lo que es evidente- y que la exigencia de la exhibición de cualquiera de los tres certificados (de vacunación, de recuperación o de pruebas diagnósticas) también produce beneficios indirectos para la población más resistente a vacunarse, lo que esta sala ya ha compartido en anteriores resoluciones que autorizaron medidas como la que ahora se interesa y que, según lo razonado, y con la entera conformidad del fiscal en su informe de 02.12.21, también debe hacerse ahora por el tiempo pretendido, dada su utilidad, que no persigue el mero control de entrada y permanencia de los visitantes o acompañantes de los pacientes hospitalizados, sino la de impedir que accedan a los centros hospitalarios cerrados quienes no hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos que persiguen los certificados de vacunación, recuperación y de pruebas diagnósticas del COVID-19, de lo que resulta que se cumplen aquí también las condiciones para autorizar la medida interesada, por ser idónea, necesaria y proporcionada.

CUARTO.- No existen razones para hacer un especial pronunciamiento sobre las costas de este incidente (artículo 139.1 de la LRJCA).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS, acoger la pretensión que formula la letrada de la Xunta de Galicia y autorizar las medidas restrictivas de derechos fundamentales consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a los centros hospitalarios de las visitas y acompañantes de los pacientes hospitalizados contenidos en el punto primero de la Orden del conselleiro de Sanidade de 16.11.21, por la que se aprueba la exigencia de determinadas medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia en lo que se refiere a los establecimientos hospitalarios, en la redacción modificada por la Orden de 01.12.21. No hacemos condena en costas.



Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y al departamento autonómico solicitante.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Contra esta resolución cabe recurso de casación, que se iniciará mediante escrito presentado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el que las partes comparecerán e interpondrán directamente el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 87 ter.1 de la LRJCA.

Así lo acuerdan, mandan y firmas los Ilmos/as Sres/as anotados al margen.