

**T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD  
PALMA DE MALLORCA**

**AUTO: 00382/2021**

PLAÇA DES MERCAT, 12

Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es

USUARIO: FHV.

N.I.G: 07040 33 3 2021 0000579

Procedimiento: SND AUTORIZACION/RATIFICACION MEDIDAS SANITARIAS 0000628 /2021 /

Sobre: SANIDAD Y SALUD PUBLICA

De LETRADO DE LA COMUNIDAD

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD

**AUTO**

En Palma, a 1 de diciembre de 2021.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup> Alicia Ortuño Rodríguez

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 30 de noviembre de 2021 la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Illes Balears ha presentado ante esta Sala solicitud para que sean autorizadas judicialmente las medidas adoptadas en la sesión del Consell de Govern de les Illes Balears, celebrada día 29 de noviembre de 2021, para contener determinados aspectos de la pandemia ocasionada por el COVID-19 y cuya entrada en vigor se producirá –si son autorizadas judicialmente– a partir de su publicación en el Boletín Oficial de les Illes Balears y con una duración hasta el 24 de enero de 2022. Todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 10.8 de la LJCA.

El indicado Acuerdo de 20 de septiembre de 2021, en la parte que se somete a autorización, dispone:

**“Primero. Objeto**

*A) Este Acuerdo tiene por objeto establecer medidas temporales y excepcionales en el ámbito de actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados. Estas medidas se establecen por razón de protección de la salud pública, en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID 19 y como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada en las Illes Balears, con el fin de compatibilizar el desarrollo de estas actividades con la imprescindible seguridad sanitaria, y asegurando a la vez un nivel elevado de protección de la ciudadanía. Las medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19 que integran este Acuerdo se dictan al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears; de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, modificada por el Decreto Ley 5/2021, de 7 de mayo, por el cual se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears, y lo Decreto Ley 11/2020, de 10 de julio, por el cual se establece un régimen sancionador específico para hacer frente en los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID19.*

*B) Este acuerdo también tiene por objeto determinar las condiciones en que se puede llevar a cabo la actividad de ocio nocturno.*

*C) Se consideran terrazas y espacios al aire libre todos los espacios exteriores de los establecimientos o locales no cubiertos o que estando cubiertos estén rodeados por un máximo de dos paredes, muros o toldos y el acceso a los cuales se pueda hacer directamente desde la vía pública.*

**Segundo. Condiciones en que se puede llevar a cabo la actividad de ocio nocturno**

*A) Condiciones aplicables a la actividad de las salas de fiesta, discotecas y salas de baile en las Illes Balears*

*Los establecimientos de ocio nocturno situados en las Illes Balears pueden llevar a cabo su actividad si cumplen las medidas siguientes:*

- a) Pueden prestar servicios de terraza con el cien por cien de la capacidad máxima permitida. Para el servicio en el interior, la ocupación máxima es del setenta y cinco por ciento de la cabida permitida en caso de establecimientos radicados a islas en nivel 0 de alerta sanitaria y del sesenta por ciento en caso de establecimientos radicados a islas en nivel 1 o superior.*
- b) No se permite el consumo a la barra. Únicamente se puede utilizar la barra porque las personas usuarias soliciten y recojan las consumiciones.*
- c) En la barra se tienen que respetar las distancias de seguridad y se tiene que impedir la formación de aglomeraciones.*
- d) Se tiene que mantener en todo momento la distancia de seguridad interpersonal y evitar, en particular, la formación de aglomeraciones. Asimismo, se tiene que mantener la distancia de seguridad de 1,5 metros a las mesas o agrupaciones de mesas.*
- e) En caso de que haya pista de baile, se permite su uso con una ocupación que en ningún caso no puede ser superior a la que resulte de la asignación de dos metros cuadrados de la pista para cada persona usuaria.*
- f) En la entrada y en la salida de los asistentes se tienen que establecer los mecanismos necesarios para impedir aglomeraciones de personas y respetar las distancias de seguridad.*
- g) El horario máximo de cierre de los establecimientos de ocio nocturno es a las 05.00 horas, salvo que las ordenanzas municipales establezcan una hora de cierre anterior.*
- h) El uso de mascarilla es obligatorio en todo momento. Únicamente se puede exceptuar el uso de la mascarilla en los momentos estrictamente necesarios para comer o beber.*
- i) Los establecimientos tienen que hacer uso de dispositivos medidores de CO<sub>2</sub>, que tienen que disponer de una pantalla que muestre los niveles de CO<sub>2</sub> en tiempo real en una zona visible para los usuarios.*

*Estos dispositivos tienen que llevar el marcado CE. La ubicación se tiene que ajustar a las indicaciones técnicas aplicables y tener en cuenta el*

*tamaño y la forma del espacio, las entradas de aire y el flujo de la ventilación. No se tienen que situar cerca de las ventanas, puertas u otros puntos de ventilación.*

*Tanto en los casos de ventilación natural como en los de mecánica o mixta, no se tienen que superar en el interior las 800 ppm de concentración de CO<sub>2</sub>, y es responsabilidad del local adoptar las medidas necesarias de renovación del aire para que no se supere la cifra antes indicada.*

*B) Condiciones aplicables a la actividad de bares de copas (pubs) y cafés concierto*

*- Se permite la actividad de los establecimientos que ejercen las actividades propias de café concierto y bar de copas, con una ocupación del setenta y cinco por ciento de la capacidad máxima autorizada de estos espacios en caso de establecimientos radicados a islas en nivel 0 de alerta sanitaria y del sesenta por ciento en caso de establecimientos radicados a islas en nivel 1 o superior.*

*- Se tiene que asegurar el mantenimiento de la distancia debida de seguridad de un mínimo de 1,5 metros entre las sillas de diferentes mesas y se tiene que usar la mascarilla cuando no se esté consumiendo.*

*- El horario de cierre es el que autoriza la licencia de actividad del establecimiento o las que dispongan las ordenanzas municipales.*

*- No se permite el baile en espacios interiores ni exteriores.*

*- En todo aquello no previsto en los párrafos anteriores los cafés concierto y bares de copas se tienen que regir por la normativa COVID-19 general y el aplicable al ámbito de la restauración, incluyendo la normativa en lo referente a las condiciones de ventilación y la obligatoriedad de disponer de medidores de CO<sub>2</sub>.*

***Tercero. Condiciones específicas aplicables al desarrollo de la actividad de determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados***

*El acceso por parte de personas mayores de 12 años, al interior de los locales y establecimientos que se describen en los puntos siguientes de este Acuerdo, cuando la isla se encuentre en el nivel de alerta sanitaria declarada por el Gobierno de las*

*Illes Balears que se determina en los mismos puntos, requiere presentar una certificación que acredite la concurrencia de cualquiera de las circunstancias siguientes:*

1. *Que la persona cuenta con la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 con autorización de comercialización en conformidad con el Reglamento (CE) n.º 726/2004. Se considera que se cuenta con la pauta completa una vez hayan transcurrido 14 días desde que recibió la segunda dosis o, si procede, la dosis única para el caso de las vacunas monodosis o para las personas que solo tienen que recibir una sola dosis porque han superado previamente la COVID-19.*

2. *Que la persona dispone de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA tipo PCR, TMA o PRAg negativa).*

3. *Que la persona haya sufrido la enfermedad dentro de los seis meses anteriores.*

*A efectos del que establece este apartado, la exhibición de la información a que se refiere únicamente se puede solicitar en el momento del acceso. No se tienen que conservar estos datos ni se pueden crear ficheros.*

***Cuarto. Condiciones específicas por el desarrollo de la actividad de determinados establecimientos y locales, cuando las islas donde radiquen se encuentren en nivel de alerta sanitaria 1 o superior***

*En niveles de alerta sanitaria 1 o superior, los requisitos de acceso a establecimientos previstos en el apartado tercero de este Acuerdo son exigibles a:*

- a) Discotecas salas de fiesta y salas de baile.*
- b) Bares de copas o cafés conciertos y pubs.*
- c) Establecimientos de restauración con cabida interior para más de 50 personas. Si estos establecimientos cuentan además con espacios calificables como terrazas cubiertas de acuerdo con aquello que se dispone en el punto primero C de este Acuerdo, el interior del establecimiento y la terraza cubierta se considerarán locales independientes a efectos del cómputo de sus respectivas cabidas.*

*Lo dispuesto en este apartado es de aplicación también en los espacios con servicio de restauración ubicados en alojamientos turísticos, instalaciones deportivas, centros recreativos para gente mayor y locales de juegos y apuestas.*

*d) Establecimientos o locales donde se lleven a cabo celebraciones con participación de más de 50 personas y a las cuales se presten actividades de restauración y/o baile.*

*e) Otros espacios habilitados como salas de fiesta, salas de baile, discotecas o restaurantes, con cabida interior superior a 50 personas; establecimientos los cuales estarán sometidos en el desarrollo de su actividad a las condiciones establecidas en el punto segundo de este Acuerdo.*

***Quinto. Condiciones específicas por el desarrollo de la actividad de determinados establecimientos y locales, cuando las islas donde radiquen se encuentren en nivel de alerta sanitaria 2 o superior***

*En el niveles de alerta sanitaria 2 o superior, los requisitos de acceso a establecimientos previstos en el apartado tercero de este Acuerdo también son exigibles a: Refugios, hostales, albergues y otros alojamientos turísticos, cualquiera que sea su denominación, con habitaciones de uso compartido.*

***Sexto. Condiciones específicas por el desarrollo de la actividad de determinados establecimientos y locales, cuando las islas donde radiquen se encuentren en nivel de alerta sanitaria 3 o superior***

*En el niveles de alerta sanitaria 3 o superior, los requisitos de acceso a establecimientos previstos en el apartado tercero de este Acuerdo son exigibles a:*

*a) Gimnasios y otras instalaciones donde se lleven a cabo actividades propias de salas de musculación y salas de actividades dirigidas.*

*b) Academias de baile.*

*c) Cines, circos de carpa y otros establecimientos donde se lleven a cabo actividades culturales, si se permite el consumo de alimentos y/o bebidas.”*

**SEGUNDO.** Conferido traslado al Ministerio Fiscal, éste presentó informe de fecha 1 de diciembre de 2021 en el que señala que las medidas adoptadas en el acuerdo del Consejo de

Gobierno de 29 de noviembre de 2021 *“gozan de suficiente cobertura normativa y competencial, y se trata además de medidas proporcionales y justificadas al fin perseguido en relación con la limitación de los derechos fundamentales afectados. Nadie puede negar a día de hoy que existe un riesgo real para la salud pública que está justificando la necesidad y la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, y por ello mismo las medidas solicitadas entendemos que no sólo obedecen a criterios de prudencia o precaución sino que obedecen a una necesidad perentoria de ser adoptadas, siendo además eficaces y adecuadas al fin perseguido de protección de la salud pública”*.

Por ello, interesa su aprobación por parte de esta Sala.

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.** Conforme dispone la Ley 29/1998 en su artículo 10-8, en la redacción dada por ley 3/2020 de 18/09/2020, es competencia de la Sala Contenciosa la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias 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 estén identificados individualmente.

Conforme a lo indicado en la STS núm. 719/2021, de 24 de mayo, la labor de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Illes Balears debe constreñirse en el presente procedimiento a examinar: i) la habilitación normativa en que puede descansar la medida sanitaria que se solicita, ii) la competencia de la Administración solicitante, y iii) a una verificación de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida sanitaria solicitada en tanto se considere restrictiva de derechos fundamentales.

**SEGUNDO.** Con respecto a la primero (la habilitación normativa) el TS en sentencias nº 719/2021 de 24 de mayo (RC 3375/2021) y 788/2021 de 3 de junio (RC 3704/2021) ya ha resuelto que es posible a través de la aplicación de la normativa sanitaria, restringir o limitar derechos fundamentales de los comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero de la Constitución.

Cuando esa limitación afecte a cuestiones básicas de dichos derechos fundamentales, es preciso que esa normativa tenga rango de ley orgánica.

El artículo 3 de la LO 3/1986 de 14 de abril de Medidas Especiales en materia de Salud Pública permite que *“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible (...)”*

El TS en su sentencia 788/2021 de 3 de junio señala que el artículo 3 de la LO 3/1986 permite adoptar como fundamento normativo medidas tan severas como el conocido toque de queda o también la limitación del derecho de reunión siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. De forma que no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

**TERCERO.** Con respecto a la competencia del órgano autor de las medidas, no cabe duda que la Comunidad Autónoma de Illes Balears, a través de su Consejo de Gobierno, ostenta competencia para adoptar las medidas sanitarias que considere oportunas para salvaguarda de la población de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 5/2003 de 4 de abril de salud de les Illes Balears y el artículo 49.2 de la ley 16/2010 de 28 de diciembre de salud pública de les Illes Balears.

Las mencionadas Leyes autonómicas fueron modificadas por el Decreto-Ley 5/2021, de 7 de mayo, al objeto de que recogieran y quedasen debidamente positivadas, en el ámbito de la legislación autonómica, aquellas medidas específicas que se habían revelado como especialmente idóneas para atajar, o al menos aminorar, los efectos de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

El citado art. 45 atribuye al Gobierno de las Illes Balears la dirección superior de la política de salud. Esto es, el acto procede de la “autoridad sanitaria” que conforme al ya citado art. 3 de la LO 3/1986 de 14 de abril de Medidas Especiales en materia de Salud Pública está facultada para adoptar las medidas que se consideren necesarias para el control de las enfermedades transmisibles. Como sin duda lo es el COVID-19.

De entre las medidas que el Decreto Ley 5/2021, de 7 de mayo, habilita adoptar al Consejo de Gobierno se incluyen las que aquí se someten a consideración. En particular: i) limitaciones de aforo; ii) limitaciones de horarios de apertura y/o cierre de establecimientos,



lugares o actividades; iii) el establecimiento de medidas de seguridad sanitaria e higiene en determinados lugares y/o para el desarrollo de actividades; iv) la regulación de las condiciones de apertura, afluencia, personales, mantenidas y temporales de los centros educativos y de ocio y tiempo libre; v) la regulación de aforos en todo tipo de actividades comerciales de restauración y hostelería; vi) la regulación de actividades deportivas, tanto profesionales y federadas como no profesionales, atendiendo al tipo de deporte, aforos y el uso de las instalaciones, y, “Cualesquier otras medidas ajustadas a la legalidad vigente y sanitariamente justificadas”.

Con todo la mencionada ley 16/2010, de 28 de diciembre, modificada por el Decreto Ley 5/2021 precisa que tales medidas y actuaciones “si afectan a derechos fundamentales, requieren autorización o ratificación judicial, en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”

Y en la misma línea la STS de 19/08/2021 ha señalado que también tales medidas han de ser objeto de autorización judicial, en tanto que esas medidas puedan limitar –aunque sea solo mínima o ligeramente– derechos fundamentales o libertades públicas.

En consecuencia, se cumple con la necesaria competencia de la administración solicitante de la medida.

**CUARTO.** Pasando a analizar la adecuación, idoneidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que se someten a la autorización de esta Sala, debe advertirse que las medidas contenidas en el punto Segundo “*Condiciones en que se puede llevar a cabo la actividad de ocio nocturno*” son las que –con una ligera matización en el porcentaje de aforo según el nivel de alerta sanitaria– ya fueron autorizadas por esta Sala en auto de 1 de octubre de 2021 (SND 463/21), por lo que nos remitimos a las consideraciones expresadas en el mismo respecto a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las mismas.

La fundamentación de la petición de autorización de tales medidas –en la práctica, la prórroga de la autorización– es la misma.

Las restricciones contempladas en dicho punto Segundo para estas actividades de ocio nocturno (limitaciones de aforo en el interior, obligatoriedad de mascarilla, distancias de seguridad, no consumo en barra,...) ya fueron valoradas por esta Sala como de muy tenue limitación de los derechos fundamentales y debidamente proporcionadas con la defensa y protección de la salud de los ciudadanos.

Algunas de tales medidas –como la de que los establecimientos tienen que hacer uso de dispositivos medidores de CO 2– ni siquiera precisarían de autorización judicial.

**QUINTO.** Centrado así el núcleo de decisión de la nueva solicitud de autorización judicial sobre las medidas de exhibición de determinada documentación detallada en el punto Tercero (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa, certificado de haberse recuperado de la enfermedad dentro de un determinado lapso temporal) y necesaria para el acceso a determinados establecimientos en función del nivel de alerta sanitaria de la isla donde estén radicados, ya advertimos que las mismas únicamente podrían suponer la restricción o limitación de libertades y derechos fundamentales, no la suspensión de los mismos.

La STS núm. 1112/2021, de 14 de septiembre ha señalado que la exigencia de dicha documentación acreditativa podría afectar al (i) el derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, (ii) el derecho fundamental a la integridad física recogido en el artículo 15 de la Constitución, (iii) el derecho fundamental a la libertad personal recogido en el artículo 17 de la Constitución, y (iv) el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar recogido en el artículo 18 de la Constitución, por lo que se hace preciso verificar la ponderación de la medida restrictiva de tales derechos fundamentales en relación a la protección del derecho a la vida e integridad física.

Y el TS, en la mencionada sentencia núm. 1112/2021 ha señalado que la limitación de derechos mediante esta exigencia documental para el acceso a determinados establecimientos es “tenue” y que queda justificada 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).

Argumenta al respecto:

*“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.”.*

**SEXTO.** El acuerdo sometido a la autorización de esta Sala para que despliegue su efectividad motiva ampliamente la necesidad de la medida de exhibición de determinada documentación para el acceso a determinados establecimientos. Se fundamenta técnicamente en el informe del Comité Autonómico de Gestión de Enfermedades Infecciosas de 26 de noviembre de 2021.

En síntesis, se argumenta: i) que la incidencia acumulada del número de contagios por COVID-19 en esta Comunidad, refleja un constante aumento, por lo que es necesario implementar medidas de protección; ii) estas medidas de protección se han de proyectar en los lugares y circunstancias en los que es más fácil la transmisión infecciosa por insuficiente ventilación, esto es, en los espacios cerrados; iii) la vacunación con pauta completa se ha evidenciado como eficaz herramienta para reducir la posibilidad de contagiarse y contagiar a los demás; iv) en el momento actual existe un alto índice de población vacunada frente al COVID-19 y con disponibilidad de vacunas para el que desee dotarse de esta medida de protección; y v) asegurando que únicamente aquellos clientes que puedan documentar alguna de las circunstancias del punto Tercero accedan a los espacios cerrados de los locales de ocio y/o tiempo libre, se asegura que a dichos espacios accedan las personas con menor capacidad de contagiarse y de contagiar a los demás, con lo que se adopta una medida que puede disminuir la posibilidad de transmisión infecciosa.

No por condensar en menos palabras la extensa argumentación que fundamenta el acuerdo recurrido, se incurre en falta de motivación.

Y en lo que respecta a si esta medida justifica la restricción de las libertades y derechos fundamentales, debe precisarse que:

1º) La documentación cuya exhibición se requiere reviste una triple modalidad, asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, puede presentar documentación alternativa.

2º) Los derechos de quien dispone de uno de los medios de acreditación del punto Tercero, únicamente se ven comprometidos en lo que se refiere a la mera exhibición de unos datos sobre su salud de los cuales el establecimiento no guarda registro alguno, esto es, supone invasión muy tenue en el derecho a su intimidad personal (art. 18 CE) que, además, se ve compensada con el libre acceso a tales espacios y actividades.

3º) Los derechos de quien no dispone de uno de los documentos requeridos son los derechos de quien ha optado por primar su libertad personal sobre el bienestar colectivo, y en la valoración de la proporcionalidad de la medida limitativa de su libertad personal(art. 17 CE), importa señalar: i) que se le respeta el derecho a no someterse a alguna de las medidas cuya acreditación documental se exige (vacunación o pruebas diagnósticas); ii) que si de algún modo se entiende que con la inconveniencia de no poder acceder a determinados locales se está condicionando la libertad de elección de quien opta por no someterse a tales medidas, no podemos sino valorar que la inmisión en este espacio de libertad de elección es tenue, limitado (acceso a recintos cerrados), para una actividad no esencial (de ocio o tiempo libre) y que está justificada objetiva y razonablemente en la protección de la salud y la vida de las personas, al tratarse de medida que restringe la propagación de pandemia.

A lo anterior debe añadirse que el acuerdo prevé la adaptación del ámbito objetivo de la medida a la situación epidemiológica de cada momento, de modo que la extensión de las actividades afectadas se conecta al nivel de alerta sanitaria.

En definitiva, apreciamos que las medidas sometidas a la autorización de esta Sala son idóneas para limitar la propagación del virus, son necesarias ante el incremento de contagios, y son proporcionadas ante la tenue limitación de la libertad individual en beneficio de la salud colectiva.

## **PARTE DISPOSITIVA**

En atención a lo expuesto, LA SALA ACUERDA:

AUTORIZAR las medidas adoptadas en el Acuerdo del Consell de Govern de les Illes Balears de 29 de noviembre de 2021, con duración hasta el 24 de enero de 2021.

Contra este auto cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de tres días hábiles.

Téngase en cuenta lo siguiente:

- 1.- Deben observarse los requisitos de extensión máxima y normas de estilo establecidas por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 87 bis.3 de la Ley 29/1998.
- 2.- Debe acompañarse testimonio de este Auto.
- 3.- Deben exponerse los requisitos de procedimiento, señalando (i) la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa se fije doctrina, y (ii) las pretensiones relativas al enjuiciamiento del Auto recurrido
- 4.- En el mismo día en que interponga el recurso, habrá de presentarse escrito ante esta Sala para poner en nuestro conocimiento el hecho de la interposición.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Srs. Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares anotados al margen.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.