

Medidas cautelares frente a la pandemia

La necesidad de imposición legal de la solidaridad

En diciembre de 2021 la Junta de Andalucía publicó oficialmente las órdenes de la Consejería de Salud y Familias de 3 y de 16 de diciembre de 2021, en las que se establecía, respectivamente, como medida preventiva de salud pública, **la exigencia de certificado Covid-19 o de prueba diagnóstica**, tanto para acceder a centros sanitarios con internamiento y centros sociosanitarios de carácter residencial, como para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento, adoptadas al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con la normativa autonómica de aplicación (Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía y Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía).

La decisión de la autoridad sanitaria requería a las personas incluidas hasta ese momento en el calendario de la Estrategia de Vacunación (mayores de 12 años), el Certificado Covid, -bien de vacunación con pauta completa, bien de recuperación de la infección en los últimos seis meses-, o prueba diagnóstica negativa que descartara la presencia de un contagio (PCR realizada en las últimas 72 horas o test de antígenos de las últimas 48 horas).

Los espacios delimitados para la aplicación de esta medida incluyeron el acceso a centros sanitarios con internamiento y a centros sociosanitarios de carácter residencial, así como a los espacios interiores de establecimientos públicos de hostelería u ocio nocturno.

Respecto de los primeros, como razonó la Orden de 3 de diciembre de 2021, por tratarse de establecimientos en los que se desarrollan actividades esenciales y en los que un brote repercute tanto a nivel individual como colectivo, influyendo en el funcionamiento y capacidad de prestación sanitaria y social de estos hospitales y centros y en un personal calificado como esencial (sanitario y sociosanitario).

En cuanto a los segundos, la Orden de 16 de diciembre de 2021 fundó la decisión en la consideración de tratarse de espacios y actividades que presentan mayor riesgo de transmisión.

Como potencialmente limitadoras de derechos fundamentales, las medidas fueron elevadas para su ratificación judicial y, aunque con vaivenes previos, la obtuvieron de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), que había rechazado la petición inicial de la Consejería de Salud y Familias por no delimitar el período temporal para el que pretendía su vigencia,

respaldándola el órgano judicial una vez subsanada esta inconcreción, al entender que concurren en ella los elementos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

La necesidad de la medida preventiva radica en el incremento de la tasa de incidencia en los contagios, especialmente advertida en determinadas franjas de edad y en el riesgo de su elevación en el período de fiestas navideñas.

La idoneidad se residenciaba en la capacidad de la medida para reducir, aunque no eliminar, el riesgo de nuevos contagios, extraída de la correlación directa entre vacunación y disminución de la posibilidad de transmisión del virus, que la Consejería de Salud y Familias afirmaba que concluían estudios (sin especificar) y, a la inversa, en la mayor probabilidad de las personas sin inmunidad de infectarse y de transmitir el contagio con mayor carga viral.

Por su parte, el TSJA consideró proporcionales los medios exigidos para el acceso (Certificado Covid o prueba diagnóstica), por no implicar, directa o indirectamente, ni la obligación de vacunarse ni la exhibición de información médica que pudiera calificarse como excesiva en el contexto de la pandemia.

Ello no obstante, el Defensor del Pueblo Andaluz recibió las consideraciones remitidas por un buen número de personas rebatiendo vehementemente la legalidad de las medidas preventivas adoptadas, al amparo de argumentaciones variopintas, todas ellas centradas en la vulneración de derechos personales, como individuos aisladamente considerados, obviando el enfoque más amplio de nuestra condición de miembros plenos de una sociedad y de un mundo, que no puede abstraerse de las específicas circunstancias de sus coyunturas históricas.

Una parte de la población, que entendemos minoritaria, rehúsa posibles limitaciones, siquiera sean puntuales, que condicionen el ejercicio de algunos de sus derechos y, en este fenómeno parecen converger motivaciones que no tienen únicamente por causa la insolidaridad y el individualismo acérrimo, puesto que de algunos de los relatos recibidos extraemos la impresión de que las decisiones defectuosamente justificadas de los responsables públicos contribuyen a alimentar esta resistencia.

Un claro ejemplo lo proporciona el reconocimiento abiertamente explicitado por tales responsables, acerca de que la medida persigue mover, incitar o incluso presionar hacia la vacunación del mayor número de miembros de la sociedad. Finalidad que, obvio es remarcarlo, aunque deseable y conveniente, queda extramuros del marco jurídico vigente y de los razonamientos respaldados por la ratificación judicial de la decisión. Esto es, se aparta de la finalidad preventiva reconocida expresamente en la misma.

Antes al contrario, un sustento en la adecuada difusión de las posiciones científicas más solventes, identificadas y citadas las fuentes que las sustentan, revestiría mayor utilidad para la concienciación individual de los beneficios de la vacunación, que la manifestación de argumentos ajenos al contenido de las órdenes que, a la postre, abonan el escepticismo y socavan la credibilidad en sus fundamentos.

Más aún, es precisa una concreción de los estudios científicos que justifican la adopción de una medida preventiva que restringe derechos fundamentales, como respaldo de los motivos razonables que concurren para considerar que su adopción es eficaz.



Otros ejemplos, sobre los que no podemos avanzar una conclusión al estar aún en vía de análisis, viene de la mano de la aparente falta de uniformidad en la aplicación de las medidas preventivas en vigor, generales o específicas, en función de los diferentes Distritos Sanitarios e incluso de la posible extralimitación de su ámbito.

“En una sociedad madura y debidamente informada no cabe otra opción que la del compromiso colectivo”

En el plano exclusivamente sociológico, comprobamos cómo la exposición a las redes sociales de gran parte de la población contrasta con el celo que suscita la posible vulneración del derecho a la protección de datos personales en virtud de las medidas preventivas de salud pública que analizamos, lo que no deja de ser un fenómeno llamativo, aunque entre lo primero y lo segundo

medie un matiz diferenciador importante, que es el de la voluntariedad de la persona respecto de aquella parte de su individualidad a la que franquea el acceso.

Por lo que a esta Institución se refiere, la posición es favorable a la vacunación sin ambages, entendiendo que **en una sociedad madura y debidamente informada no cabe otra opción que la del compromiso colectivo.**

En lo alusivo a las medidas preventivas analizadas y con independencia de las dudas que suscite su eficacia, entendemos que, adoptadas dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente, persiguen luchar contra la transmisión comunitaria descontrolada de la infección, con los medios menos severos a nuestro alcance. Entre tales medios de lucha, ninguno tan eficaz como el de la responsabilidad individual, que evitaría que la solidaridad social tuviera que ser legalmente impuesta.