



Garantías del pasaporte COVID frente a un virus mutante

Ofelia De Lorenzo y Aparici

La obligatoriedad del pasaporte COVID es una medida perfectamente viable que sí se puede adoptar, como se han adoptado otras a lo largo de la pandemia como los cierres perimetrales o la limitación de aforo. A partir de la STS de 14 de septiembre de 2021, se han sucedido otras resoluciones de las Salas correspondientes de los TSJ de Cataluña, Baleares (convalidando el Pasaporte COVID para sus respectivas reaperturas del ocio nocturno). El Tribunal Supremo lo autorizó en Galicia en septiembre, y en Murcia, mediante auto de 1 de octubre de 2021, concluyó que “la mera exhibición momentánea ante los organizadores del evento para acceder voluntariamente a unos conciertos con la finalidad de proteger la salud y la vida en peligro por la agresividad del virus que estamos viviendo”, no es una medida excesiva o desproporcionada.

En consecuencia, es una medida perfectamente legal siempre que se sea idónea, necesaria y se haga de forma motivada y proporcionada, como estableció el Tribunal Supremo, indicando que la simple muestra del certificado de vacunación no vulneraba el derecho a la protección de datos, puesto que no se recogían datos ni se elaboraba un fichero, lo que está prohibido. Sólo mostrar. En otros países de nuestro entorno sí se toman los datos, fotografían o escanean el certificado.

La interrogante surge cuando una empresa pretende exigir a sus trabajadores el certificado de vacunación o que completen la pauta. Un asunto que no es fácil porque es una situación absolutamente excepcional. En el ámbito laboral no existe ninguna previsión legal que permita expresamente la vacunación obligatoria de los empleados, y en consecuencia, sería en principio contrario a la ley cualquier decisión empresarial que impusiera la vacunación obligatoria ya sea manera directa o indirecta, por ejemplo, condicionando el acceso de un empleado a su puesto de trabajo al hecho de estar vacunado o a tener un certificado COVID-19 y, en consecuencia, también cualquier medida sancionadora frente a la negación por parte de los empleados.

No obstante, lo anterior, la empresa sí podría adoptar amparándose en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, medidas de vigilancia de la salud como una obligación de empresa y un derecho de los trabajadores, siempre de cara a la protección del trabajador, basándose en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo ya desde el año 2015 que estableció, “exigir al trabajador que manifieste si se ha vacunado o no, no violenta el derecho a su intimidad. El riesgo que puede suponer para la salud de terceros no estar vacunados es más desproporcionado que lo que pueda

afectar a su intimidad”. Y según esa sentencia, se puede obligar a un reconocimiento médico.

Incluso cabría plantearse la legalidad de exigir a los empleados, máxime a aquellos que no están vacunados y que podrían constituir un colectivo de especial riesgo, la realización obligatoria de pruebas de detección del virus si así lo recomiendan los servicios de prevención a la vista de la situación concurrente en supuestos concretos y bajo circunstancias específicas que sean idóneas, necesarias y se hagan de forma motivada y proporcionada, que en definitiva avalen la medida.

El profesor D. Federico De Montalvo Jääskeläinen, en un trabajo doctrinal que se adelantaba a situaciones como la de la actual pandemia y con referencia a nuestra Ley General de Salud Pública aprobada a finales del 2011, ponía de manifiesto como aquélla viene a fundamentarse en la preponderancia del principio de autonomía de voluntad, lo que constituye un contrasentido en sus propios términos, ya que, precisamente, la salud pública supone uno de los principales límites a dicha libertad individual en defensa del interés colectivo, señalando como se aprecia especialmente con claridad en el ámbito concreto de las vacunas.

Opinión a la que me uno, junto a otros juristas, lamentando haber perdido una gran ocasión con motivo de la vigente Ley 33/2011, General de Salud Pública, como se ha puesto de manifiesto, de regular, que no imponer coactivamente, específicas obligaciones, en las que pudiera haberse contemplado el deber general de vacunación por encima del voluntarismo con las excepciones a que hubiera lugar como indicaba, solución que seguirá permitiendo nuestra Constitución. No olvidemos que el contenido del artículo 43 del texto constitucional sobre la protección de la salud, tiene una doble dimensión, no solo individual, sino también colectiva, que corresponde a los poderes públicos, a través de medidas preventivas, específicas prestaciones y servicios necesarios para su preservación.

Esta dimensión colectiva constituye título constitucional habilitante y suficiente para imponer obligaciones

“

En el ámbito laboral no existe ninguna previsión legal que permita expresamente la vacunación obligatoria de los empleados

”

a los colectivos, en el propósito suficientemente justificado, como es el caso presente que padecemos del COVID-19, de la defensa de la salud colectiva.

Y no puedo cerrar estas valoraciones sin dejar constancia nuevamente de la necesidad de una Ley Orgánica de Salud, que concrete las competencias del Gobierno y los autonómicos y, a su vez, qué decisiones puede adoptar el presidente de una comunidad autónoma sin ratificación judicial y cuáles la exigirían, por entrar en conflicto con derechos fundamentales, evitando lo que hemos estado y seguiremos viviendo de los 17 criterios distintos en salud pública, que permita un sólido soporte legal a las comunidades para gestionar situaciones de crisis como la actual, que evitaría el caos regulatorio existente que venimos y de seguir así seguiremos padeciendo.

Directora del Área Jurídico Contencioso del
Bufete De Lorenzo Abogados

odlorenzo@delorenzoabogados.es