

Tribunal Supremo, Sala de Vacaciones, Sentencia de 18 Ago. 2021, Rec. 5899/2021**Ponente: Perelló Doménech, María Isabel.****Nº de Recurso: 5899/2021****Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

El Supremo rechaza el "pasaporte covid" para acceder a locales de ocio nocturno en Andalucía

INTERÉS CASACIONAL. COVID-19. CA Andalucía. Medidas adoptadas para evitar la propagación del virus tras la finalización del estado de alarma. Limitación del acceso a determinados locales de ocio con música a personas que tengan certificado Covid digital de la UE o acreditación de PDIA negativa en las últimas 72 horas. Confirmación del auto denegatorio. Falta de proporcionalidad de una medida que no afecta a un número determinado de personas sino a un sector concreto y que se adopta de forma indefinida y para todo el territorio de la Comunidad Autónoma, sin atender a la situación epidemiológica de cada municipio. No resulta acreditada su idoneidad y necesidad. Ausencia de un juicio comparativo que descarte la existencia de otros medios adecuados y menos invasivos para controlar la pandemia. Tampoco se justifica su aplicación solo a los locales de ocio con música y no a otros establecimientos similares o con una problemática semejante.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de interés casacional contra el auto del TSJ Andalucía que denegó la ratificación judicial de la medida recogida en la Orden de 5 Ago. 2021 de la Consejería de Salud y Familias, consistente en limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música definidos de conformidad con lo establecido respectivamente en los epígrafes III.2.8 a) y III.2.7 del Decreto 155/2018, 31 Jul., a aquellas personas que puedan acreditar estar en posesión del certificado Covid digital de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativa) en las últimas 72 horas realizadas en centros, servicios o establecimientos sanitarios.

RCA CASACION núm.: 5899/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO**SALA DE VACACIONES****SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Julián Sánchez Melgar

D.^a. María Lourdes Arastey SahúnD.^a Maria Isabel Perelló Doménech

D. Francisco Javier Arroyo fiesta

D. Fernando Marín Castán

En Madrid, a 18 de agosto de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 5899/2021, interpuesto por la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Letrada de dicha Junta, contra el auto n.º 405/2021, de 6 de agosto (LA LEY 114970/2021), dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada, en el procedimiento n.º 1543/2021, que denegó la ratificación de la medida sanitaria contenida en la Orden de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto n.º 405/2021, de 6 de agosto, dictado en el procedimiento n.º 1543/2021, sobre ratificación de la medida sanitaria contenida en la Orden de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por la que se modifica la Orden de 7 de mayo de 2021 (LA LEY 10320/2021), por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención del Covid-19 finalizado el estado de alarma-se acordó:

«Denegar la ratificación judicial de la medida recogida en la Orden de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Salud y Familias, consistente en limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música definidos de conformidad con lo establecido respectivamente en los epígrafes III.2.8 a) y III.2.7 del Decreto 155/2018, de 31 de julio (LA LEY 12974/2018), a aquellas personas que puedan acreditar estar en posesión del certificado Covid digital de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativa) en las últimas 72 horas realizadas en centros, servicios o establecimientos sanitarios»

SEGUNDO.- Por escrito de 11 de agosto del corriente, la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación de ostenta, interpuso recurso de casación contra el citado auto alegando que infringe los artículos 43 de la Constitución (LA LEY 2500/1978); y 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (LA LEY 2349/2007), aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; los artículos 1 (LA LEY 924/1986) y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (LA LEY 924/1986); el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LA LEY 1038/1986); los artículos 27.2 (LA LEY 18750/2011) y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LA LEY 18750/2011).

Señaló que la cuestión que presenta interés casacional y que requiere de un pronunciamiento de este Tribunal es el supuesto del art. 88.2 b) LJCA (LA LEY 2689/1998), pues la resolución que se impugna sienta una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales; dada la interpretación que ofrece el Auto recurrido, la Comunidad Autónoma Andaluza no podría adoptar la medida sanitaria de limitación del acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y de hostelería con música definidos en los epígrafes III.2.8 a) y III.2.7 del Decreto 155/2018, de 31 de Julio (LA LEY 12974/2018), a pesar de ser, según el órgano técnico, idónea y proporcionada para el fin que se pretende, esto es la protección de la vida, la salud e integridad física.

Y suplicó a la Sala su estimación y, consiguientemente, que case y revoque el auto recurrido, ratificando la medida sanitaria objeto de este procedimiento.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de 11 de agosto de 2021 se confirió traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones por plazo de tres días. Trámite evacuado por escrito registrado el 13 de agosto siguiente en el que, interesó no dar lugar al recurso de casación en los siguientes términos:

«confirmando el Auto del TSJA de 6 de Agosto de 2021 por el que se deniega la ratificación de la Orden, de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de salud y de Familias de la Junta de Andalucía - sede Granada - consistente en «limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y de hostelería con música definidos de conformidad con lo establecido respectivamente en los epígrafes III.2.8 a) y III.2.7 del Decreto 155/2018, de 31 de julio (LA LEY 12974/2018), a aquellas personas que puedan acreditar estar en posesión del certificado Covid digital

de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antigénico o PCR negativa) en las últimas 72 horas realizadas en centros, servicios o establecimientos sanitarios».

CUARTO.- Por diligencia de ordenación 14 de los corrientes, se pasaron las actuaciones al ponente designado para resolver.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación 17 de agosto se designó Ponente del asunto a la Magistrada Excm. Sra. María Isabel Perelló Doménech y, se pasaron las actuaciones al ponente para resolver

SEXTO.- El día 18 de agosto de 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía de 5 de agosto de 2021 y el Auto impugnado*

La Junta de Andalucía sometió a ratificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Granada, la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 5 de agosto de 2021.

Su artículo único modifica el apartado 1º del artículo 18 de la precedente Orden de 7 de mayo de 2021 (LA LEY 10320/2021), por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía por la contención del Covid-19 finalizado el Estado de Alarma.

El tenor literal de la reseñada Orden de 5 de agosto de 2021, que examinamos, es el siguiente:

«1. Los establecimientos de esparcimiento y de esparcimiento para menores definidos de conformidad con lo dispuesto en los epígrafes III.2.8.a) y III.2.8.b), así como los establecimientos del epígrafe III.2 7 Establecimientos de hostelería con música del Catálogo de Espectáculos Públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 155/2018, de 31 de Julio (LA LEY 12974/2018) y establecimientos asimilados a este epígrafe, conforme a su disposición adicional novena, cumplirán las medidas generales de prevención e higiene. Con carácter general el consumo fuera o dentro del local se hará sentado en una mesa o agrupaciones de mesas, debiendo asegurarse el mantenimiento de la debida distancia de seguridad entre mesas o grupos de mesas para que los, entre clientes de diferentes grupos haya como mínimo 1,5 metros o, en su caso, entre clientes situados en la barra, si el consumo en barra se permitiera. El horario de cierre de estos establecimientos será como máximo a las 02:00 horas»

Y continúa la Orden, por lo que aquí interesa:

«*En los establecimientos de esparcimiento y en los establecimientos de hostelería con música definidos de conformidad con lo dispuesto en los epígrafes III.2.8.a) y III.2 7 del Decreto 155/2018, de 31 de Julio (LA LEY 12974/2018), por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Andalucía y se regulan sus modalidades, régimen de apertura a instalación y horarios de apertura y cierre, se limita el acceso público al interior sólo para las personas que acrediten certificado COVID digital de la UE en vigor o acreditación del PDIA (test antigénico o PCR negativos) en las últimas 72 horas, realizada en centros, servicios o establecimientos sanitarios».*

Este último apartado del artículo único de la Orden es el que introduce la medida controvertida, ceñida a la exigencia - para el acceso a los establecimientos mencionados- de la acreditación del certificado COVID Digital de la UE o alternativamente del test de antígenos o PCR negativa y se somete a ratificación judicial en cuanto puede suponer una limitación al derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) y una afectación al principio de no discriminación del art.14 CE. (LA LEY 2500/1978)

El auto de la Sala de lo Contencioso administrativo de Granada de 6 de agosto de 2021 denegó la ratificación de esta medida recogida en la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 5 de agosto.

La Sala tras examinar su competencia y el ámbito del procedimiento, (FF JJ 1º y 2º) se adentra al estudio del fondo del asunto en el tercero de los fundamentos. Analiza previamente la base legal de la medida interesada, con cita de la Sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, STS nº 719/2021 (LA LEY 44474/2021) y la siguiente de 3 de junio de 2021, STS nº 788/2021 (RC 3704/2021) para valorar la justificación de la medida cuya ratificación se interesa.

Seguidamente expone una abundante argumentación en la que sitúa el contexto de grave crisis sanitaria y recoge las pautas interpretativas indicadas por este Tribunal sobre las exigencias de motivación y justificación de este tipo de medidas, con cita de la STS de 17 de junio de 2021, nº 875/2021 (LA LEY 102771/2021), RC 4244/2021 y la jurisprudencia constitucional sobre las medidas restrictivas de derechos fundamentales y el triple juicio de proporcionalidad.

En síntesis, razona la Sala que, si bien la medida cuestionada podría superar la exigencia de la proporcionalidad, considera que no se cumplen, sin embargo, otros dos elementos del test de proporcionalidad (el juicio de idoneidad y de necesidad) para considerar justificada la medida que se pretende implantar. Viene a explicar, en relación con la idoneidad y la aptitud de la medida para la consecución del fin concreto -evitar la propagación de la pandemia- que aunque la adopción de la medida pudiera contribuir a la reducción del virus, es lo cierto que no es «una medida idónea en el grado exigible» en cuanto dispone la compatibilidad entre el antedicho certificado digital UE con las pruebas de test de antígeno o PCR, argumentando que éstas últimas únicamente acreditan que en el momento de su realización las personas no son portadoras del virus activo, pero no gozan de inmunización alguna.

Y en cuanto al segundo elemento del juicio de proporcionalidad -la necesidad de la medida enjuiciada- indica el Tribunal que la exigencia de justificación debe ser muy superior a lo normal lo que comporta que «deba acreditarse con rotundidad que el mayor número de contagios de la denominada quinta ola tiene su origen, precisamente, en los locales de ocio nocturno». Apunta que ni la Orden ni los informes en los que se ampara ofrecen datos para ello, siendo insuficientes los meros «cálculos probabilísticos». Añade a, lo anterior que la medida no se establece con un plazo de efectividad como viene siendo habitual, de modo que se impone la medida con un carácter indefinido y con vocación de permanencia, que no se ajusta a lo señalado por el TS en la STS 719/2021 (LA LEY 44474/2021), antes reseñada.

A modo de conclusión razona que:

«aceptando que incluso, por ley ordinaria cabe imponer limitaciones a derechos fundamentales, estas han de ser puntuales, exigencia de la que parece huérfana la medida que se examina precisamente por razón de la temporalidad, al aparecer, como se ha dicho, indefinida la vigencia de la medida cuya ratificación se impetra y al tiempo que se incumple con ello la exigencia contenida en el art. 26 de la Ley 14/1986 (LA LEY 1038/1986), inicialmente referida en cuanto exige que « la duración de la medida se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas necesarias y sin que puedan exceder de los que exige la situación de riesgo inminente y extraordinario que lo justificó».

Y finaliza el mentado Auto:

«En definitiva, hemos de concluir que la medida incluida en la Orden no es idónea ni proporcionada para la consecución del fin que se pretende, esto es, la protección de la vida, salud e integridad física en la medida que lejos de evitar los contagios en el interior de los locales de ocio, puede posibilitarlos, razón por la que no puede ser ratificada por esta Sala»

SEGUNDO.- *El escrito de interposición de la Junta de Andalucía.*

La Letrada de la Junta de Andalucía fundamenta su pretensión de que se anule el auto recurrido y se ratifique la Orden de 5 de Agosto de 2021, en la infracción de los artículos 43 CE (LA LEY 2500/1978), 55.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (LA LEY 2349/2007), aprobado por ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, los artículos 1 (LA LEY 924/1986) y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril, de medidas Especiales en materia de Salud Pública (LA LEY 924/1986), así como los artículos 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LA LEY 1038/1986) y los arts. 27.2 (LA LEY 18750/2011) y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LA LEY 18750/2011).

La representación de la Junta combate el Auto impugnado en cuanto declara que la medida no es idónea ni proporcionada para el fin que se pretende, la protección de la salud e integridad física. Ambos extremos se rebaten en la argumentación del recurso que parte de la doctrina de la aludida STS n.º 719/2021, de 24 de mayo (RC 3375/2021 (LA LEY 44474/2021)), para sostener que se dan los requisitos para acceder a la ratificación, por ser la medida de limitación de acceso al interior de los locales de ocio idónea y necesaria para impedir la mayor transmisión de la enfermedad, por acreditarse la mayor transmisión por aerosoles en locales interiores con arreglo a

la evidencia científica, por el consumo de bebidas alcohólicas y la relajación de las medidas preventivas que provoca. Limitación que -continúa su alegato- no es absoluta pues se ciñe a los locales de ocio nocturno y únicamente al interior de los mismos y no a las terrazas al aire libre y aunque no se fija por un tiempo determinado, es evidente que la medida es dinámica y está supeditado su mantenimiento a la evolución de la pandemia. Se trata, destaca, de una limitación circunscrita al tiempo indispensable y condicionada a la evolución de la propagación.

Por último, aduce en el escrito de interposición que la medida es necesaria, idónea y proporcionada; supone una conciliación equilibrada entre las libertades individuales y la necesidad de proteger a la población que la medida ya se ha implantado en países de nuestro entorno y que su validación permitiría al Gobierno autonómico el pleno despliegue de su estrategia para luchar contra el Covid-19.

TERCERO.- *Las alegaciones del Ministerio Fiscal.*

Advierte interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el recurso de la Junta de Andalucía conforme al artículo 88.3 a) de la Ley de la Jurisdicción atinente a dilucidar si en la medida prevista en la Orden de 5 de Agosto de 2021, de limitación a los locales de ocio, restringiendo el acceso a las personas que acrediten estar en posesión del certificado COVID- 19 Digital UE en vigor o acreditación PDIA en las últimas 72 horas, conlleva una afectación al derecho fundamental a la intimidad personal ex art 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) y del principio de no discriminación del artículo 14 CE (LA LEY 2500/1978) y si media habilitación normativa para implementar tal medida. Considera observados los requisitos de legitimación y plazo establecidos en la Ley En lo que se refiere a la habilitación legal para imponer la limitación de acceso a los locales de ocio con afectación al derecho a la intimidad personal por la necesidad de acreditación antedicha, recuerda -con cita de la STS 875/2021, de 17 de Junio (LA LEY 102771/2021)- que el art. 3 de la L.O. 3/1986 (LA LEY 924/1986) es idóneo para dar cobertura a eventuales restricciones de derechos fundamentales si se interpreta en relación con los artículos 26 y 54 de la ley 14/2006 y de la Ley 33 /2011, respectivamente. Ahora bien - matiza- que con arreglo a la doctrina de la aludida Sentencia 875/2021, que se remite a las precedentes SSTS 719/2021 (LA LEY 44474/2021) y 788/2021 (LA LEY 61027/2021), este precepto no habilita para adoptar medidas restrictivas en cualquier circunstancia y fija un ámbito objetivo al referirlas a la existencia de un «riesgo de carácter transmisible» y a otros conceptos, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general.

Precisamente -sostiene el Ministerio Público- la medida restrictiva se ha convertido en general, para todo el territorio, proyectándose para toda Andalucía, esto es, sobre un territorio extenso y en situaciones muy dispares, excediendo en todo caso de la condición social de convivencia en un espacio determinado, por lo que la medida carece de habilitación legal bastante que el mencionado art. 3 de la Ley O 3/1986 (LA LEY 924/1986) no dispensaría para la aplicación de la medida que se pretende aplicar, lo que abocaría a la declaración de no haber lugar al recurso de casación.

En lo que se refiere a la posible justificación de la medida, acude a la STC 28/2020 (LA LEY 10029/2020), FJ 5º que recuerda los elementos del juicio de proporcionalidad y a partir de la doctrina constitucional considera que no se trata de una medida puntualmente indispensable para salvaguardar la salud pública en un espacio determinado donde concurre una condición social de convivencia, sino más bien de una medida preventiva cuando sucede que, como refiere la STS 875/2021 (LA LEY 102771/2021), para la restricción de derechos fundamentales no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

Apunta que el Auto recurrido aprecia que no se acredita que el mayor número de contagios tenga lugar en locales de ocio nocturno y añade que el informe técnico -de 4 de Agosto y de la Dirección General de Salud Pública- recoge en su punto 4 una serie de consideraciones sobre la efectividad de la medida de limitación de acceso a los locales de ocio, si bien también alude a ciertas medidas no restrictivas, o menos, de derechos fundamentales y susceptibles de utilización para frenar contagios -como la regulación de horarios, vigilancia de aforos y otras- sin que por la Junta recurrente se exponga la posibilidad de acudir a otras medidas ni la necesidad de adoptar la litigiosa, sin distinguir entre municipios en atención a la tasa de contagios, para así discriminar entre los municipios en cuanto a la procedencia de la exigencia de documentación COVID.

Adiciona a su alegato que la medida se impone con un carácter indefinido y con vocación de permanencia cuando el artículo 26 de la Ley 14/1986 (LA LEY 1038/1986) exige la fijación de su duración, sin que sea de recibo la afirmación de que se adopta por el tiempo indispensable según la evolución de la pandemia, pues ello resulta opuesto a la

proporcionalidad.

En definitiva, el Ministerio Fiscal propugna la desestimación del recurso de casación promovido por la Junta de Andalucía y la confirmación del Auto del Tribunal de Granada de 6 de agosto de 2021 que deniega la ratificación de la Orden de la Consejería de Salud y Familias 5 de agosto de 2021.

CUARTO.- *Del interés casacional*

Tal como señala la sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo (casación n.º 3375/2021 (LA LEY 44474/2021)), el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia se centra en el control judicial que ha de ejercer la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otros aspectos, sobre la necesidad de la medida y en este caso, es clara la concurrencia de este interés casacional consistente en dilucidar si la limitación del acceso a los locales de ocio con música reseñados a quienes puedan acreditar estar en posesión del certificado COVID Digital de la UE en vigor o acreditación de pruebas PDIA o PCR en las últimas 72 horas en los términos indicados es acorde con la normativa vigente y con el principio de proporcionalidad.

QUINTO.- *De los precedentes de la Sala Tercera*

En este punto conviene destacar las precedentes Sentencias de la Sección Cuarta de la sala Tercera de este Tribunal Supremo, de constante cita por la recurrente y por el Ministerio Fiscal entre las que cabe citar la STS n.º 719/2021, de 24 de mayo (RC 3375/2021 (LA LEY 44474/2021)) reiterada en la STS n.º 792/2021, de 3 de junio (RC 3669/2021 (LA LEY 67747/2021)) en las que la Sala declara que además de en la imprescindible cobertura normativa, la clave está en la justificación ofrecida por la Administración para considerar necesaria la medida cuya ratificación pretende. Justificación el examen de cuya suficiencia ha de efectuar la Sala a la que se pide la ratificación.

Como se expuso en las Sentencias n.º 719 y 788/2021 la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo.

Así se declara que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación.

En línea con cuanto queda expuesto, la Sala sigue manifestando en su sentencia que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible.

Pues bien, actualmente la única norma con rango de ley orgánica que en el ordenamiento español podría dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales es el ya mencionado art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986). Este precepto, como es sabido, dispone lo siguiente:

«[...] 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. [...]».

Este precepto es innegablemente escueto y genérico. Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra sentencia n.º 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos

fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986) es suficiente.

Y señala la STS 788/2021 (LA LEY 61027/2021) que «esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986) de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011 (LA LEY 18750/2011). Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986) suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura.

Esta constatación, sin embargo, no conduce a concluir que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986). Éste puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias -a la vista de las circunstancias específicas del caso- esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública, tal como hemos dicho que es preciso hacer en la sentencia n.º 719/2021. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

Asimismo, recuerda la Sección Cuarta de la Sala Tercera en sus sentencias que el desarrollo de derechos fundamentales no es equivalente a limitación puntual de los mismos y que la ley ordinaria puede preverla con tal de que no desnaturalice el derecho afectado. Y, en particular, sobre el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986), hemos dicho que este precepto, que no permite adoptar medidas en cualquier circunstancia, sí lo autoriza en aquellas situaciones de enfermedades de carácter transmisible de la gravedad y necesidad que se desprende del enunciado del precepto. Se trata, dice la sentencia «de una precisión objetiva que identifica el contexto en el que ha de situarse el "control de los enfermos", el de las "personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos" y el "del medio ambiente inmediato" a que alude ese artículo. Por eso, observábamos, "según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general.

Además, este artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986), ha de entenderse en conexión con el artículo 26 de la Ley 14/1986 (LA LEY 1038/1986), de la que inicialmente formaba parte, y del artículo 54 de la Ley 33/2011 (LA LEY 18750/2011), ya que abordan situaciones semejantes y persiguen la misma finalidad de proteger la salud de todos en situaciones en que está en peligro. El primero, el artículo 26, también identifica un supuesto excepcional -el riesgo inminente extraordinario para la salud- y habilita a las autoridades sanitarias para emprender, además de las actuaciones concretas que menciona: "las que se consideren sanitariamente justificadas". Por tanto, junto al contexto de emergencia para la salud, exige la justificación desde el punto de vista sanitario de esas medidas. No es, como no lo es el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986), una cláusula en blanco que apodera a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento.

Y lo mismo sucede con el artículo 54 de la Ley 33/2011 (LA LEY 18750/2011) que vuelve a circunscribir el supuesto de hecho, siempre de extraordinaria gravedad y urgencia, exige motivación a la Administración, contempla medidas y deja abierta la puerta a otras que, no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que exige que sean temporales y proporcionadas»

Por todo ello, se decía que "este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre -ya que no han de excluirse situaciones

nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia n.º 14/2021".

Y en cuanto al control Judicial de estas medidas se decía:

«(...) el control judicial requerido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (I) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (II) invoca los (...) preceptos legales (...) que le confieran habilitación; (III) ha identificado 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; (IV) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (V) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (VI) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada».

SEXTO. - *El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación.*

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que los razonamientos del Auto recurrido que deniega la ratificación de la medida se corresponden con la interpretación que para la Sala ha de hacerse de los preceptos aplicables.

Las restricciones de derechos fundamentales consideradas en el presente recurso de casación son distintas de las que dieron lugar a las reseñadas Sentencias. *Ahora se trata de la exigencia de la acreditación de estar en posesión de la certificación digital UE Covid 19 o la realización de pruebas PCR negativas o test de antígenos para poder tener acceso a determinados locales de ocio con música.* Así, se obliga a quienes pretendan entrar en dichos locales acreditar la posesión del certificado por haber recibido la vacunación completa o la realización de una prueba demostrativa de no tener la enfermedad en los 72 h antes. Con ello quiere ponerse de relieve que *no se trata de una limitación puntual que afecta a un determinado número de personas, sino que se refiere a medidas dirigidas y que afectan a un sector determinado, fundamentalmente del ocio nocturno, que se adoptan respecto a todo el territorio de la Comunidad de Andalucía y de forma indefinida, esto es, sin determinación de una vigencia temporal, restricciones pueden considerarse intensas y extensas. Y como ha indicado la Sala Tercera, ello tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, como la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.*

El auto de la Sala de Andalucía no señala la existencia de obstáculo sobre el fundamento normativo sobre el que se han dictado las medidas, siguiendo el criterio interpretativo de este Tribunal Supremo y acude al análisis a examinar la justificación sustantiva de la medida que no ratifica por considerar que no supera el test de proporcionalidad y en este extremo se centra el debate casacional. No estaba en discusión la competencia de la Sala (FJ 1º) ni la base normativa de la medida que el Auto examina (FJ 2º) si bien concluye razonadamente que la medida propuesta carece de justificación adecuada (F J 3º).

En efecto, la Sala de Granada, al estudiar la justificación de la medida instada que exige la alternativa documentación para el acceso a locales de ocio en toda Andalucía, realiza el oportuno juicio de proporcionalidad al que se refieren las precedentes sentencias de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal y la doctrina constitucional sobre medidas restrictivas de derechos fundamentales (entre otras, SSTC 170/2013 (LA LEY 145700/2013), 39/2016 (LA LEY 11275/2016) y 28/2020 (LA LEY 10029/2020)).

Y en su análisis del triple test de la proporcionalidad -coincidente en este punto con el del Ministerio Fiscal- concluye sobre la no acreditación de dos de los subprincipios o elementos que conforman este principio: el de la idoneidad y el de la necesidad de la medida tal cual se define por la Administración Andaluza, conclusión que alcanza teniendo en cuenta tanto el carácter alternativo y carente de equivalencia de la medida, la afectación a un determinado sector de ocio, su carácter general para todo el territorio de la Comunidad y su vigencia indefinida en el tiempo.

La Junta de Andalucía no desvirtúa en su escueto recurso la corrección del análisis ponderativo de la sala de instancia.

En efecto, en el escrito de interposición del recurso *no se aportan datos ni argumentos suficientes que contradigan*

los razonamientos en los que se apoya el auto, que aprecia el déficit de justificación en la medida que se pretende implementar, ni en él se explican o adicionan o complementan las razones por las que surge la necesidad de la certificación digital Covid-19 o de pruebas alternativas para el acceso los específicos locales de ocio a los que se refiere la Orden, referida a todo el territorio andaluz y todo ello de forma indefinida.

Aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública que se aporta a autos, referido en su punto 4º a la «efectividad de la medida de acceso al interior de locales de ocio» dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida.

En él se expone la situación epidemiológica en la Comunidad Autónoma y considera procedente la restricción del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio. Pero es lo cierto que el informe no incorpora una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptar la concreta medida sanitaria restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) y que incide en el principio de no discriminación ex artículo 14 CE (LA LEY 2500/1978), en el sentido de que la intervención pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida y necesaria o indispensable a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el todo el territorio andaluz, por ser apta para la consecución del fin perseguido e imprescindible por no existir otra medida menos restrictiva o que implique una menor injerencia en los derechos fundamentales sustantivos de los ciudadanos.

No se desarrolla en la Orden ni en el informe que la respalda una explicación adecuada acerca de la semejanza o equiparación entre el certificado digital UE y la realización de las pruebas indicadas, como la sala enfatiza en su Auto, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido en los términos razonados por la Sala.

Tampoco se motivan las razones por las que se circunscribe la exigencia documental o a través de pruebas exclusivamente a los locales de ocio con música, y no a otros establecimientos similares o con semejante problemática centrándose la restricción a aquellos que se especifican en los epígrafes del Decreto 155/2018 (LA LEY 12974/2018), sin describir ni detallar los datos objetivos sobre la incidencia de los contagios que conducen a ceñir el objeto de la medida.

Por otra parte, es relevante que no se aportan razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la medida que se contempla de forma indefinida y permanente, siendo insuficiente la mera referencia genérica que se aduce en el escrito de casación, de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida.

Hay que subrayar asimismo que la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución.

En fin, no encontramos óbice ni reproche alguno al juicio ponderativo expresado en el auto de 5 de agosto de 2021 pues su razonamiento es coherente con los escasos elementos aportados por la Junta de Andalucía, es razonable el examen de la relación medio-fin y el resultado al que llega. La denegación de la ratificación de la medida por falta de justificación apropiada es coincidente con lo que han acordado los autos dictados por otras Salas territoriales y no se acredita en el escrito de interposición -aunque se afirma- que se hayan dictado otras resoluciones en sentido diferente ni que sean sobre supuestos similares a la medida ahora enjuiciada.

SÉPTIMO.- Costas.

No habiendo parte recurrida no procede hacer imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento cuarto,

(1.º) No dar lugar al recurso de casación n.º 5899/2021 interpuesto por la Junta de Andalucía contra el auto n.º 405/2021, de 6 de agosto (LA LEY 114970/2021), dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Granada, recaído en el procedimiento de ratificación n.º 1543/2021.

(2.º) No hacer imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.