



Roj: **ATSJ AND 65/2021 - ECLI:ES:TSJAND:2021:65A**

Id Cendoj: **18087330012021200002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **06/08/2021**

Nº de Recurso: **1543/2021**

Nº de Resolución: **405/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FEDERICO LAZARO GUIL**

Tipo de Resolución: **Auto**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA CON SEDE EN GRANADA

N.I.G.: 1808733320211001618

Procedimiento: Procedimiento ordinario- Nº 1543/2021 Negociado: A

De: SERVICIO JURÍDICO PROVINCIAL DE SEVILLA

Representante: LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA

ACTO RECURRIDO: (Organismo: CONSEJERIA DE SALUD Y FAMILIAS)

RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LA ORDEN DE 5 DE AGOSTO DE 2021 "LIMITAR EL ACCESO AL INTERIOR DE ESTABLECIM. DE ESPARCIM. Y HOSTELERIA..

ACREDITANDO CERTIFICADO COVID

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SEDE GRANADA

SALA DE VACACIONES

RATIFICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS Nº 1543/2021

AUTO Nº 405/21

Ilmo. Sr. Presidente:

Don José Manuel Gonzalez Viñas

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Federico Lázaro Guil (Ponente)

Don Francisco Manuel Álvarez Domínguez

Granada, a 6 de agosto de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- A las 15 horas del día 5 de agosto de 2021, la Letrada de la Junta de Andalucía presentó ante la Sala escrito solicitando 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 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, a aquéllas personas que puedan acreditar



estar en posesión de Certificado COVID Digital de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativa) en las últimas 72 horas realizada en centros, servicios o establecimientos sanitarios".

SEGUNDO.- Se confirió traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en sentido desfavorable a la ratificación de la medida, básicamente por considerar que resulta discutible que la Comunidad Autónoma de Andalucía cuente con la habilitación legal necesaria para implantar tal medida y porque resulta desproporcionada, en función del derecho fundamental a la intimidad que se ve afectado por ella.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Competencia de la Sala.

La competencia de esta Sala trae causa de los preceptos introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

En concreto, en el artículo 10.8 de la LJCA se establece que corresponderá a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de 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. Y en el art. 122 quater del mismo texto legal se indica que en la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente Ley será parte el Ministerio Fiscal.

En particular, la competencia corresponde a esta Sala, a tenor del Acuerdo de 1 de marzo de 2005, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ordena hacer público el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, relativo a la aprobación de las normas de distribución de asuntos entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del citado Tribunal, en concreto por lo previsto en la Regla 2ª, Primera, al proceder la medida que se somete a ratificación de la Consejería de Salud y Familias.

En el supuesto objeto de estudio, no cabe duda de que los destinatarios no están identificados individualmente, pues la medida se encuentra dirigida con carácter general a todas las personas que pretendan acceder a alguno de los locales a los que se refiere la Orden. Y la ratificación es solicitada por la Junta de Andalucía, para quien, según argumenta en su solicitud, la medida reviste carácter urgente y necesario para la salud pública.

La posible afectación de derechos fundamentales por la implantación del pasaporte covid para acceder al interior de los bares de copas y discotecas se relaciona, de una parte, con el derecho a la intimidad personal, en cuanto que implica la necesidad de mostrar datos relacionados con la salud, considerados, de acuerdo con la normativa europea, como de carácter sensible, estando sometido por tanto a unas mayores exigencias; y por otra, con el principio de no discriminación, en la medida en que establece un trato diferenciado para el acceso a tales locales, basado en la posesión o no del mencionado certificado, y ello en un contexto de vacunación no obligatoria en España y de existencia de ciertos colectivos que no pueden ser inmunizados por razones médicas y de otros que queriendo ser vacunados no pueden tener acceso a la vacuna, al basarse el proceso en criterios de priorización por grupos, generalmente de edad, lo que supone que parte de la población no haya podido acceder a la pauta completa o, ni siquiera, a la primera dosis.

Tal afectación de derechos fundamentales es la que justifica la necesidad de que su implantación se vea sometida a la ratificación judicial, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 10.8 de la LJCA.

SEGUNDO.-Ámbito del presente procedimiento.

El objeto del presente procedimiento viene determinado exclusivamente por la solicitud de ratificación judicial de la medida adoptada en la precitada Orden, sin que en ningún caso alcance a la declaración de conformidad a derecho de la misma, pues el pronunciamiento en este trámite, de cognición reducida, se limita a determinar si la medida de que se trata restringe o limita derechos fundamentales; si tiene cobertura constitucional y la adopta el órgano competente; y si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia en esta materia.

Cualquier otro aspecto que pueda incidir en la legalidad de la medida acordada deberá hacerse valer a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente. La presente resolución, se insiste, en ningún caso implica un juicio directo o indirecto acerca de la conformidad a derecho del resto de cuestiones que pudieran suscitarse frente a la Orden cuya ratificación se solicita.

TERCERO.- Fondo del asunto.



Base legal de la medida solicitada.

Con carácter preliminar, hemos de pronunciarnos acerca de la existencia de cobertura legal para la adopción por parte de la autoridad sanitaria autonómica de una restricción al derecho de acceso a los locales de ocio a los que se refiere la Orden, mediante la exigencia de estar en posesión del denominado certificado COVID o alternativamente mediante la presentación de prueba negativa de antígeno o PCR, conforme a la normativa actualmente vigente.

Por su aplicabilidad al supuesto objeto de estudio, aunque relacionada con el derecho fundamental de libre circulación, es inevitable la cita de la STS (Contencioso), sec. 4ª, S 24-05-2021, nº 719/2021, rec. 3375/2021, en la que tras proceder a la transcripción literal de los artículos 3 de la LO 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, concluye 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". Y concluye que "[e]n definitiva, la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas, o sea, las que hemos destacado".

Asimismo, la sentencia del Alto Tribunal, tras reiterar que hubiera sido deseable una regulación más específica para afrontar la pandemia (como igualmente hizo el Consejo de Estado en el dictamen elaborado respecto del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, así como numerosos Tribunales Superiores de Justicia, entre otros operadores jurídicos), aclara que será necesario examinar cada medida y proceder a una detenida valoración conforme a los criterios extraídos de los preceptos anteriormente indicados. Más concretamente, será preciso someter a enjuiciamiento su adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Para ello, la citada sentencia indica que 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 anteriores preceptos legales u otros 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.

Idéntico criterio es seguido, entre otras, por la STS (Contencioso), sec. 1ª, S 03-06-2021, nº 788/2021, rec. 3704/2021, en la que, con expresa referencia al "toque de queda", realiza dos consideraciones que estimamos de interés para resolver esta primera cuestión:

- Por un lado, 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.

- Por otro, que, de entrada, no es descartable que se puedan adoptar medidas tan severas como el "toque de queda" o incluso la limitación del número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales, todo ello al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Serán conformes con el ordenamiento jurídico 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, sin que basten "meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución".

A este respecto, la citada sentencia indica lo siguiente:

"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 conclusión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, hemos de concluir que si existe base legal para la adopción del "toque de queda", siempre y cuando exista una justificación sustantiva proporcionada a la intensidad y extensión de la restricción de derechos fundamentales que la misma conlleva, con mayor motivo la habrá para imponer una medida restrictiva de acceso a locales de ocio, fundamentada en el deseo de evitar la propagación del virus.

·Justificación de la medida.



Como ya se indicaba en el auto de la sección primera de esta Sala, de 2 de septiembre de 2020, es bien conocido que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria y que, en el momento del dictado de la presente resolución, se ha producido un incremento de los brotes epidémicos -en particular, la denominada "quinta ola"- que, obviamente, exige por parte de la Administración la adopción de cuantas medidas sean precisas para controlar y frenar los contagios.

Se trata, por tanto, de un escenario complejo que demanda una fuerte intervención administrativa, donde debe conciliarse la necesaria protección de la vida y la salud con un ejercicio limitado de algunos derechos fundamentales, dada la constatación de que por las concretas circunstancias con que tales derechos son ejercidos por determinados tramos etarios de la población se está produciendo un elevado riesgo de brotes epidémicos.

No cabe perder la perspectiva de que en el momento actual, donde no existe un tratamiento curativo efectivo y el proceso de vacunación no ha alcanzado el porcentaje necesario para producir la denominada "inmunidad de rebaño", las medidas sanitarias deben centrarse fundamentalmente en la prevención, también conocida como intervención temprana. Este tipo de actuación adquiere aun mayor justificación en aquellas situaciones que por su tasa de incidencia acumulada, circulación de la variante Delta o cualquier otra con mayor transmisibilidad, y, en general, por cualesquiera otros parámetros idóneos de carácter epidemiológico, pueda afirmarse la concurrencia de un riesgo de propagación notablemente alto.

Dentro de la amplia casuística que puede suscitar la motivación y justificación de la medida, hemos de precisar que la STS (Contencioso), sec. 1ª, S 17-06-2021, nº 875/2021, rec. 4244/2021, entendió que no bastaba con la existencia de una elevada tasa de incidencia acumulada. Por el contrario, aclaró que es carga de la Administración justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido, así como la inexistencia de otras alternativas, carga que la Administración había desatendido en la orden sometida a ratificación. No obstante, en la posterior sentencia del Alto Tribunal en relación con la Orden de la Consejería andaluza de Salud de 7 de julio de 2021, sostuvo que el dato de una alta tasa de incidencia acumulada, unido a la constatación de un alto nivel de asintomáticos, entre otros aspectos, era suficiente para afirmar el carácter necesario y proporcionado de la medida de confinamiento perimetral.

Descendiendo al caso de autos, y comenzando por la cuestión relativa a la cobertura legal de la medida acordada en relación con la competencia de la Administración autonómica para adoptarla, hemos de señalar que la misma ha sido decretada conforme a lo establecido en los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, conforme a los cuales "Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad." (art. 1), así como 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." (art. 3).

Se apoya también la adopción de la medida en los arts. 21.2 y 62.6 de la Ley 2/1998, de 15 de junio de Salud de Andalucía, y 71.2 c) y 88.3 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía. Asimismo, a nivel reglamentario, la competencia de la Delegación Territorial en Málaga para adoptar la medida se sustenta en las Ordenes de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía por las que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o Territoriales competentes en materia de salud la adopción de las medidas preventivas de salud pública de restricciones a la movilidad de las personas en una localidad o parte de la misma y se establecen las instrucciones para la adopción de dichas medidas.

La Orden de 5 de agosto de 2021, que modifica la Orden de 7 de mayo de 2021, y cuya ratificación parcial se solicita recoge en su parte expositiva las razones por las que el órgano técnico ha estimado que la medida de limitación de acceso al interior de locales de ocio nocturno es idónea para reducir de forma relevante la transmisión del virus SARs- CoV- 2 en los mismos y, por consiguiente la presión asistencial, sin tener que cerrar dichos locales, indicando lo siguiente: "Con fecha 2 de agosto de 2021 se ha reunido el Consejo de Alertas de Salud Pública de Alto Impacto, que ha analizado la situación actual de la pandemia en la Comunidad Autónoma. La evolución de la pandemia en nuestra Comunidad desde la última reunión del Consejo de Alertas ha mantenido la tendencia ascendente de las últimas semanas, situando a Andalucía en un nivel de riesgo medio, con algunos territorios en nivel alto, si bien hay signos de una cierta estabilización. La incidencia en la población joven sigue siendo muy elevada, siendo el triple de la media andaluza en el tramo de 20 a 29 años y el doble en el tramo de 12 a 19 años, manifestándose cierta influencia ya en otros tramos de edad, si bien con menor impacto gracias a su alta cobertura vacunal, lo que hace que se aprecie un ascenso en los indicadores de presión asistencial.



El incremento de la penetración de la variante Delta en nuestra Comunidad, con una mayor capacidad de transmisión, está sosteniendo esta nueva onda epidémica, ello a pesar del elevado ritmo de vacunación en Andalucía, con un importante incremento en la población joven, donde ya se alcanzan cifras de cobertura relevantes (70 % con una dosis en el tramo de 30 a 39 años y 53 % en el tramo de 20 a 29 años).

Si bien las actuales coberturas de vacunación en Andalucía continúan en ascenso continuo, disminuyendo la transmisión y el efecto de esta enfermedad en los tramos etarios de mayor riesgo clínico en tanto no se alcanzan las coberturas vacunales necesarias y deseadas, la presión asistencial continúa en ascenso. La vacunación protege eficazmente frente a la enfermedad grave, pero no garantiza de forma absoluta que no se pueda contraer la misma ni ser vehículo transmisor. (la negrita es nuestra)

A ello se une la tendencia ascendente de contagios en los grupos comprendidos entre los 15 y los 29 años, correspondiéndose con aquellos que presentan a fecha actual una menor tasa de cobertura vacunal. Quedando acreditada la mayor capacidad de transmisión de la enfermedad en los espacios interiores, la medida que se pretende establecer evitaría el cierre de los locales de ocio nocturno.

En consecuencia, en consideración a lo expuesto resulta preciso modificar la Orden de 7 de mayo de 2021, limitando, según ha determinado el referido Consejo de Alertas del 2 de agosto, el acceso público al interior de los locales de ocio (pubs, discotecas y salas de fiesta) sólo para las personas que acrediten Certificado COVID Digital de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativos) en las últimas 72 horas, realizada en centros, servicios o establecimientos sanitarios.

En el contexto referido se hace necesario establecer la medida de prevención comunitaria expuesta, dirigida especialmente a colectivos de mayor riesgo para frenar la difusión de variantes del virus con mayor capacidad de contagio y evitar ingresos en hospital y en UCI, y dar tiempo a que la cobertura de las vacunas proteja a la población más vulnerable y asegure una inmunidad capaz de limitar la proliferación de contagios.

Por ello, en tanto no se alcance la cobertura vacunal necesaria en estos grupos etarios, es necesario, a la vista de la dinámica actual de la enfermedad COVID-19 en nuestra Comunidad, establecer una medida concreta a estos locales, reduciendo de forma muy relevante la posibilidad de transmisión en el interior de los mismos, permitiendo su acceso a los mismos para consumo en su interior sólo a aquellas personas mayores de edad que presenten un grado de inmunización adecuado o bien acrediten, con elevada probabilidad, no ser transmisores del virus SARs-Co V-2 durante su estancia en ellos".

La cuestión, que también se plantea en otros países de la Unión Europea, no ha sido objeto de tratamiento legislativo alguno, por lo que nos encontramos a fecha de hoy sin ninguna norma de rango suficiente que establezca el régimen jurídico aplicable al caso, teniendo en cuenta la intensidad de la medida y su extensión, por cuanto que afecta a todas las personas que, en este caso, pretendan hacer uso de las instalaciones interiores de los bares de copas y de las discotecas y salas de fiesta y posiblemente en un futuro inmediato, según se anuncia, a todas las que pretendan acceder a cualquier espacio interior abierto al público.

El intérprete supremo de nuestra Constitución ha establecido que las medidas adoptadas por las autoridades que sean restrictivas de derechos fundamentales son conformes a derecho, si resisten el triple juicio de proporcionalidad. Así, como explica el Tribunal Constitucional en la STC 39/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016, FJ Sº): "En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto Guido de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]".

Sin ánimo de ser exhaustivos, entiende la Sala que, en principio, la afección de los derechos fundamentales implicados en el caso no es de gran entidad, pues, por un lado, la mera acreditación de estar vacunado o de haber padecido la enfermedad, no parece condicionar de forma grave el derecho a la intimidad personal, -al margen de lo que ello pueda suponer desde el punto de vista de la protección de datos, aspecto sobre el que la Agencia de Protección de Datos deberá pronunciarse, en la investigación que al respecto ha iniciado-; y, por otro, atendidas las circunstancias actuales de evolución del estado de vacunación de la población y que aspira en un corto plazo a alcanzar el umbral de la denominada "inmunidad de grupo", el sacrificio del principio de igualdad por el trato discriminatorio que se deriva de la exigencia del certificado covid cuando toda la población



no ha tenido acceso a la vacuna en parte o en su totalidad, afecta a un porcentaje de personas muy inferior al que se puede ver beneficiado por la posesión del certificado, máxime teniendo en cuenta que tal restricción del derecho fundamental examinado encuentra su justificación en la necesidad de proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones.

Dicho esto, hemos de añadir que si bien es cierto que el anterior argumento puede servir para justificar la exigencia de proporcionalidad de la medida que se pretende implantar, no lo es menos que arroja serias dudas sobre el cumplimiento de las otras dos exigencias que se imponen para considerar justificado el trato discriminatorio que se deriva de la citada medida. Nos referimos a la idoneidad y a su necesidad.

En cuanto a la primera, si se considera como la aptitud de una medida tendente a la consecución de un fin concreto, cual es evitar la propagación del virus, y admitiendo que la adopción de la medida pudiera contribuir de alguna manera a la reducción de la propagación del virus, no es una medida idónea en el grado exigible, por cuanto que establece la compatibilidad de la exigencia del certificado covid con la de una prueba PCR o test de antígeno, como medios para acceder al interior de los locales de ocio citados. Como expresamente reconoce la Orden, si las personas que han sido vacunadas o han padecido la enfermedad, a pesar de haber desarrollado inmunidad frente al virus (en un mayor o menor grado, dependiendo del tipo de vacuna y del hecho de haber padecido la enfermedad) pueden ser potenciales transmisores del mismo, no se acierta a comprender cómo se evitará el posible contagio de quienes hayan accedido al local amparados en la presentación de un justificante por la realización de una PCR o un test de antígeno, que sólo acredita que en el momento de su realización no eran portadores del virus activo, pero no que gocen de inmunización alguna frente a éste.

En cuanto a la necesidad de su implantación en este momento, tampoco creemos que aparezca justificada en el grado que resultaría exigible. En efecto, si tenemos en cuenta que, según las previsiones de vacunación su avance supone la imposición de un importante freno a la expansión del virus, no tiene mucha justificación que se implante una medida como la que se examina y en todo caso, el nivel de exigencia de la justificación de su necesidad debe ser muy superior al 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, y en este particular ni la Orden ni los informes en los que se ampara ofrecen los datos necesarios para ello, siendo claramente insuficiente los meros cálculos probabilísticos.

Finalmente, debe añadirse que no se establece un plazo de efectividad de la medida, contrariamente a lo que de forma habitual se ha venido haciendo en cada una de las resoluciones de adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales relacionadas con los confinamientos perimetrales o el toque de queda selectivo de determinados municipios, con lo cual se impone la medida con carácter indefinido y con vocación de permanencia, sin que se sepa qué criterio se seguirá para dejarla sin efecto o modificarla. Y ello no se ajusta a lo que tiene señalado el Alto Tribunal (por todas STS 719/21 de 24.5.21) en cuanto que, aceptando que incluso por ley ordinaria cabe imponer limitaciones a los derechos fundamentales, estas han de ser puntuales, exigencia de la que aparece huérfana la petición que se examina por razón precisamente 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 inicialmente referida en cuanto exige que "la duración de la medida se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas necesarias sin que puedan exceder de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que la justificó".

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 en que lejos de evitar los contagios en el interior de los locales de ocio puede posibilitarlos, razón por la cual no puede ser ratificada por esta Sala.

PARTE DISPOSITIVA

La sala acuerda: 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 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, a aquéllas personas que puedan acreditar estar en posesión de Certificado COVID Digital de la UE en vigor o acreditación de PDIA (test antígeno o PCR negativa) en las últimas 72 horas realizada en centros, servicios o establecimientos sanitarios".

Notifíquese la presente resolución a las partes, así como al Ministerio Fiscal, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, 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. La parte recurrente, el mismo día en que



interponga el recurso, habrá de presentar escrito ante esta Sala de instancia poniendo en conocimiento el hecho de la interposición, en cuyo caso, en el día siguiente hábil a esa comunicación, habrá de remitirse testimonio de las actuaciones a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Y uniendo testimonio de este auto a las presentes actuaciones, inclúyase este en el Libro de su razón.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen referenciados.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ