



Roj: **ATSJ CAT 984/2021 - ECLI:ES:TSJCAT:2021:984A**

Id Cendoj: **08019330032021200040**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **23/12/2021**

Nº de Recurso: **572/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias**

Ponente: **ESTEFANIA PASTOR DELAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### Sección Tercera

Procedimiento de autorización judicial de medidas COVID-19 número 572/21. Solicitante: Generalitat de Catalunya

Interviene el Ministerio Fiscal

### **A U T O**

#### **Ilmos. Sres. Magistrados**

Manuel Táboas Bentanachs -Presidente-

Francisco López Vázquez

Estefanía Pastor Delás -Magistrada Ponente-

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de Diciembre de dos mil veintiuno.

### **HECHOS**

**PRIMERO.** Por la representación procesal de la Generalitat de Catalunya (departamentos de Salut e Interior) se ha presentado solicitud de autorización por parte de este tribunal de unas medidas sanitarias de carácter general ( artículo 10.8 de la ley jurisdiccional) que suponen una limitación o restricción de derechos fundamentales, medidas establecidas en la Resolución SLT/ /2021, de 22 de Diciembre , por la que se establecen las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña. Se ha otorgado audiencia al Ministerio Fiscal.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO - Sobre el Procedimiento de 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 necesaria para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente .**

En palabras del Tribunal Supremo conviene recordar respecto de la naturaleza de dicho procedimiento lo siguiente :

" .....para clarificar esta cuestión, que ya nos hemos pronunciado sobre la eficacia de las medidas sanitarias adoptadas por la Administración y sometidas a la ratificación judicial, prevista en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que no pueden ser aplicadas por la Administración antes de que la Sala de lo Contencioso Administrativo correspondiente se pronuncie al respecto.

En este sentido, en los Autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473 de 2021), hemos declarado que los citados preceptos de nuestra Ley Jurisdiccional exigen la previa autorización o ratificación previa por parte de la Sala de instancia para que tengan eficacia. Quiere esto decir que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar sus efectos antes de que haya sido ratificada judicialmente. En definitiva, la ratificación prevista en esos preceptos no es una convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz. No. Estamos ante una medida que no puede ser aplicada durante el tiempo que media entre su adopción por la Administración y el pronunciamiento judicial sobre su autorización o ratificación, resultando irrelevante a tales efectos la suspensión acordada en sede administrativa. Y desde luego queda a salvo la impugnación ordinaria de este tipo de medidas.

Repárese que no tendría ningún sentido diseñar un procedimiento como el que establecen los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que se justifica por la afectación de los derechos fundamentales y que impone una intensa celeridad por razones de salud pública, si lo que se pretendiera es un mero control ordinario de las actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. Recordemos que es la propia Administración promotora de la medida sanitaria quién solicita la ratificación, de modo que no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar su propia medida sanitaria. En fin, se solicita dicha ratificación para alcanzar la eficacia que por sí sola no tiene.

Téngase en cuenta, por lo demás, que sobre los contornos de este procedimiento ya declaramos, en el Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación nº 570/2020), que el procedimiento previsto en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, es un procedimiento de cognición limitada, preferente y sumario, carente de naturaleza contradictoria (sólo intervienen la Administración pública autora de tales medidas y el Ministerio Fiscal), que se incardina en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública "

#### **SEGUNDO - Sobre los términos de la solicitud efectuada por la Generalitat de Catalunya .**

Solicita la Generalitat de Catalunya que, en aplicación del artículo 10.8 de nuestra ley jurisdiccional se autoricen con urgencia las medidas sanitarias previstas en el apartado 3 de la Resolución SLT/ /2021, de 22 de diciembre, por la que se establecen las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en Catalunya, en concreto del siguiente tenor literal:

-3 Mesures que afecten drets fonamentals

- 3.1 Restriccions a la mobilitat nocturna

Resten prohibits els desplaçaments i la circulació per les vies públiques entre les 01.00 hores i les 06.00 hores en els municipis següents:

a) Municipis de més de 10.000 habitants que amb dades consolidades fins a 17 de desembre de 2021 presenten un índex d'incidència acumulada a 7 dies superior a 250 casos diagnosticats per 100.000 habitants en els darrers 7 dies, i que figuren relacionats en l'annex 1 d'aquesta Resolució.

b) Municipis el terme dels quals es troba total o quasi totalment envoltat per municipis relacionats a l'annex 1, i que figuren relacionats en l'annex 2 d'aquesta Resolució.

S'exclouen d'aquesta prohibició els següents desplaçaments de caràcter essencial, que caldrà justificar adequadament:

- Desplaçament per assistència sanitària d'urgència i per anar a la farmàcia per raons d'urgència, sempre que sigui la més propera al domicili, així com per assistència veterinària urgent.

- Desplaçament de persones treballadores i els seus representants per anar o tornar del centre de treball, així com aquells desplaçaments en

- missió inherents al desenvolupament de les funcions pròpies del lloc de treball o de la seva activitat professional o empresarial.

S'hi inclouen, en tot cas, els desplaçaments de persones professionals o voluntàries degudament acreditades per realitzar serveis essencials, sanitaris i socials.

- Retorn al domicili de les activitats permeses de conformitat amb aquesta Resolució subjectes a l'horari establert a l'apartat 4.1.

- Cura de persones grans, menors d'edat, persones dependents, amb discapacitat o especialment vulnerables per motius inajornables.



S'hi inclouen els desplaçaments per necessitats de persones amb trastorns de la conducta, discapacitat o malaltia que requereixin activitat a l'exterior per al seu benestar emocional o de salut, quan estigui degudament justificat per professionals sanitaris o socials amb el certificat corresponent.

També s'hi inclouen els desplaçaments necessaris per a la recollida i cura de menors d'edat en cas de progenitors separats, divorciats o amb residència a llocs diferents.

- Actuacions urgents davant d'òrgans judicials.
- Retorn al lloc de residència habitual després d'haver realitzat les activitats permeses detallades anteriorment.
- Cura de mascotes i animals de companyia durant el temps imprescindible i sempre de manera individual en la franja horària compresa entre les 04.00 i les 06.00 hores.
- Causa de força major o altra situació de necessitat justificada.

igualment, durant l'horari de restricció de la mobilitat es permet la circulació de vehicles per a als desplaçaments permesos.

La circulació de vehicles per carreteres i vies que transcorrin o travessin l'àmbit territorial dels municipis relacionats als annexos 1 i 2 està permesa sempre que tingui origen i destí fora de qualsevol d'aquests (municipis. Així mateix, està sempre permesa la circulació quan es tracti i de transport de mercaderies.

Als efectes justificatius dels supòsits exclosos de la restricció, el Departament d'Interior posarà a disposició de la ciutadania, en la seva pàgina web, un certificat autoresponsable de desplaçament.

### 3.2 Reunions i/o trobades familiars i de caràcter social

1, Les reunions i/o trobades familiars i de caràcter social, tant en l'àmbit públic com privat, es permeten sempre que no se superi el nombre màxim de deu persones, llevat que es tracti de convivents.

No obstant això, les reunions i/o trobades familiars i de caràcter social que tinguin lloc en espais tancats, incloent els domicilis, es recomana que es restringeixin tant com sigui possible i que es limitin a visites a persones amb dependència o en situació de vulnerabilitat i que siguin i sempre de la mateixa bombolla de convivència.

2. Es recomana que per part de les administracions públiques competents es limiti l'accés als espais de pública concurrència de titularitat pública, especialment en espais tancats, però també a l'aire lliure, com parcs, platges o altres similars, quan no es puguin garantir les condicions de seguretat que evitin aglomeracions de persones.

3. En les reunions que suposin, amb subjecció als límits establerts, la concentració de persones en espais públics, no es permet el consum ni d'aliments ni de begudes entre les 01.00 hores i les 06.00 hores.

4. No es consideren incloses en la prohibició a què fa referència l'apartat

1 les persones que estiguin desenvolupant una activitat laboral, ni aquelles activitats objecte de regulació en la Resolució en què aquesta limitació del nombre de persones no s'estableix específicament, que se subjecten a les condicions d'aforament que es determinin o al pla sectorial corresponent o altre document regulatori específic.

5. En les reunions i/o trobades no hi poden participar persones que tinguin símptomes de COVID-19 o que hagin d'estar aïllades o en quarantena per qualsevol motiu.

6. Aquesta limitació no és aplicable al dret de manifestació i de participació política, el qual pot ser exercit en les condicions que determini l'autoritat competent, i sense perjudici del compliment de les limitacions establertes amb caràcter general per les autoritats sanitàries en els espais públics.

### 3.3 Actes religiosos i cerimònies civils

1. Els actes religiosos i cerimònies civils, inclosos els casaments, serveis religiosos i cerimònies fúnebres, han de limitar l'assistència al 70% de l'aforament, i garantir una bona ventilació dels espais tancats mitjançant ventilació natural o altres sistemes de ventilació.

2. Quan en el desenvolupament d'aquestes activitats es puguin concentrar més de 1.000 persones, en espais tancats es recomana el compliment de les condicions de ventilació i qualitat de l'aire reforçades indicades a l'annex 4 i, tant en espais tancats com a l'aire lliure, i el compliment de les mesures de control d'aglomeracions indicades a l'annex 3.



3. La realització d'aquestes activitats ha de subjectar-se al corresponent pla sectorial aprovat pel Comitè de Direcció del Pla d'actuació del PROCICAT, sens perjudici de l'establert en el darrer paràgraf de l'epígraf 2 de l'apartat 2.1

#### 3.4 Ús del certificat COVID

1. L'accés als locals, establiments, equipaments o, espais habilitats per als àmbits d'activitat previstos a l'epígraf 2 d'aquest apartat es condiciona a la presentació d'un certificat per part de les persones usuàries, emes per un servei públic de salut, en suport digital o en paper, que acrediti alguna de les circumstàncies següents:

- a) Que a la persona titular se li ha administrat la pauta vacunal completa contra la COVID-19 d'alguna de les vacunes autoritzades (certificat de vacunació).
- b) Que la persona titular disposa d'una prova diagnòstica negativa en relació amb la COVID-19 realitzada en les últimes 72 hores en el cas de les proves RT-PCR i en les últimes 48 hores en el cas dels tests d'antigenes (certificat de prova diagnòstica).
- c) Que la persona titular s'ha recuperat de la COVID-19 en els darrers sis mesos després d'un resultat positiu obtingut mitjançant una prova diagnòstica considerada vàlida per l'autoritat competent (certificat de recuperació).

D'aquesta condició, n'estan exonerades les persones menors de 13 anys que no tinguin limitat, per raó de l'edat, l'accés a aquests locals, establiments, equipaments o espais d'acord amb la normativa sectorial d'aplicació.

A aquests efectes, les persones titulars o responsables del local, establiment, equipament o espai han d'establir el sistema de control d'accessos que permeti fer la comprovació de qualsevol dels certificats previstos presentats per les persones que hi vulguin accedir com a usuàries, sense conservar les dades que s'hi contenen i sense fer-ne ús per a cap altra finalitat que l'esmentada de control d'accés.

A l'entrada dels locals, establiments, equipaments o espais s'ha de col·locar un cartell en una zona visible, on, d'acord amb el model publicat a la pàgina web del Departament de Salut, s'informi les persones usuàries de les mesures previstes en aquest apartat, sobre el seu caràcter necessari per a l'accés al local, així com sobre la no conservació de les dades personals acreditades.

2. S'exigeix la presentació dels certificats de vacunació, de prova diagnòstica o de recuperació en els termes establerts a l'epígraf 1 d'aquest apartat, per accedir, en qualitat de persones i usuàries, als locals, establiments, equipaments o espais habilitats per als àmbits d'activitat següents:

- a) Sales i gimnasos on es practica activitat física i/o esportiva, com també al Centre d'Alt Rendiment de Sant Cugat.
- b) Locals i establiments de restauració, inclosos salons de banquets. S'exceptuen d'aquesta previsió els serveis de restauració dels centres de treball destinats a les persones treballadores, els serveis de restauració integrats en centres i serveis sanitaris, sociosanitaris i socials per donar servei exclusivament a les persones que hi realitzen prestació laboral i a les persones que hi estan ingressades, els menjadors escolars, els serveis de restauració integrats en centres universitaris per donar servei exclusivament a les persones que hi realitzen prestació laboral i a l'estudiantat i els serveis de menjador de caràcter social, per a les persones usuàries del servei.
- c) Sales de concert, cafès teatre, cafès concert i restaurants musicals.

El requisit d'accés consistent en la presentació de qualsevol dels certificats previstos en l'epígraf 1 d'aquest apartat en els locals, establiments i activitats anteriorment esmentats s'estableix per a espais tancats, que inclou els espais interiors i els espais exteriors que estiguin coberts i envoltats lateralment per més de dues parets, murs o paraments. Queden exempts d'aquest control els locals i establiments que disposin únicament d'espais i terrasses a l'aire lliure, o bé els que tinguin habilitats, en exclusiva, per a l'exercici de l'activitat autoritzada, espais i terrasses a

l'aire lliure. Així mateix, tampoc s'haurà de requerir la presentació de la documentació esmentada quan la prestació del servei es dugui a terme en espais i terrasses ubicades a l'aire lliure. Als efectes d'aplicar l'exempció, els espais i terrasses a l'aire lliure poden estar coberts i envoltats lateralment per un màxim de dues parets, murs o paraments.

3. El règim de visites a les persones usuàries dels centres residencials d'atenció a la gent gran i de les persones amb discapacitat se subjecta al requisit d'accés consistent en la presentació dels certificats de vacunació, de prova diagnòstica o de recuperació en els termes establerts a l'epígraf 1 d'aquest apartat, o, alternativament, a la realització a la persona visitant per part del centre d'un test d'antigenes ràpid (TAR) amb resultat negatiu. Es



pot exceptuar aquesta previsió en casos d'urgència o necessitat justificada i, en tot cas, per preservar el dret d'acompanyament mínim i de cura al final de la vida, si bé en la visita s'hauran d'extremar les condicions de prevenció i seguretat per fer front a la COVID-19.

Interesa igualment destacar lo establecido en los apartados 7 y 8 de la Resolución referida en cuenta disponen:

-7 Informes periòdics i durada

S'han d'emetre informes periòdics dels efectes de les mesures.

La durada de les mesures s'estableix per catorze dies, sense perjudici de l'avaluació continuada de l'impacte de les mesures que conté aquesta Resolució.

-8 Entrada en vigor

Aquesta Resolució entra en vigor a les 00.00 hores del dia 24 de desembre de 2021

Igualment interesa relacionar los anexos 1 y 3 del siguiente modo: Annex 1

Municipis de l'apartat 3.1 a)

Abrera , Amposta , Arenys de Mar Argentona Badalona

Badia del Vallès , Balaguer Banyoles

Barberà del Vallès Barcelona

Berga Blanes Calafell

Caldes de Montbui Calella

Calonge i Sant Antoni Cambrils

Canet de Mar Canovelles Cardedeu

Cassà de la Selva Castellar del Vallès Castellbisbal Castelldefels Castelló d'Empúries

Cerdanyola del Vallès Corbera de Llobregat Cornellà de Llobregat Cubelles

Deltebre El Masnou

El Prat de Llobregat Esparreguera Esplugues de Llobregat Figueres

Gavà Girona Granollers Igualada

La Bisbal d'Empordà A La Garriga

La Llagosta

La Roca del Vallès La Seu d'Urgell

L'Escala

Les Franqueses del Vallès L'Hospitalet de Llobregat

Lleida, exceptuades les EMD de Sucs Raïmat

Lliçà d'Amunt Llinars del Vallès Lloret de Mar Malgrat de Mar Manlleu Manresa Martorell

Mataró Molins de Rei Mollerussa

Mollet del Vallès Montcada i ReiXac Montgat

Montornès del Vallès Olesa de Montserrat Olot

Palafrugell Palamós

Palau-Solità i Plegamans Pallejà

Parets del Vallès Piera

Pineda de Mar Premià de Dalt Premià de Mar Reus

Ripoll Ripollet Roses Rubi Sabadell Salou

Sant Adrià de Besòs Sant Andreu de la Barca

Sant Andreu de Llavaneres Sant Boi de Llobregat

Sant Carles de la Ràpita Sant Celoni

Sant Cugat del Vallès

Sant Feliu de Guíxols Sant Feliu de Llobregat

Sant Joan de Vilatorrada v Sant Joan Despí

Sant Just Desvern Sant Pere de Ribes Sant Quirze del Vallès Sant Sadurní d'Anoia Sant Vicenç dels Horts

Santa Coloma de Farners Santa Coloma de Gramenet Santa Margarida de Montbui Santa Perpètua de Mogoda Sitges

Tarragona Tàrrrega Terrassa Tordera Torelló Torredembarra Tortosa Vallirana

Valls Vic

Viladecans

Vilafranca del Penedès Vilanova del Camí Vilanova i la Geltrú Vila-seca

Vilassar de Mar

Annex 2

Municipis de l'apartat,3.1 b) El Papiol

La Canonja Lliçà de Vall' Montmeló Palafolls Polinyà`

Sant Jaume d'Enveja Santa Susanna

Sentmenat

### **TERCERO - Sobre la Cobertura Jurídica de la restricción de los derechos fundamentales .**

Sabido es que la restricción de los derechos fundamentales debe realizarse por ley , por ley orgánica ,siendo el artículo 3 de la LO 3 / 1986 el que da cobertura jurídica a la restricción de los derechos fundamentales que se produce con la adopción de las medidas que pretenden ser ratificadas .

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 18 de Agosto de 2021 :

"Como se expuso en las Sentencias nº 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 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. 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 nº 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 (EDL 1986/10073) es suficiente.

Y señala la STS 788 /2021 que << esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (EDL 1986/10073) 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. 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 (EDL 1986/10073) 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 (EDL 1986/10073). 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 (EDL 1986/10073), 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 lude 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 (EDL 1986/10073), ha de entenderse en conexión con el artículo 26 de la Ley 14/1986, de la que inicialmente formaba parte, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, 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 (EDL 1986/10073), una cláusula en blanco que apodera a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento.

En Cataluña las disposiciones normativas que vienen a constituir el marco legal justificativa de la adopción de las medidas sanitarias , se establece en la Ley 18 / 2009 de 22 de Octubre de Salud Pública , modificada con la finalidad de completar el marco normativo sanitario mencionado , con una regulación sanitaria específica , de rango legal , que permitiese , amparada en la cláusula general de la Ley Orgánica 3 / 1986 garantizar una estrategia de respuesta adecuada por parte de las autoridades competentes a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID - 19 . Mediante Decreto Ley 27 / 2020 de 13 de Julio , se van a concretar las medidas de intervención administrativa que se pueden adoptar en situaciones de pandemia para garantizar el control de contagios y se va a delimitar el procedimiento a seguir para adaptarlas. Concretamente se adicionó al artículo 55 de la Ley 18 / 2009 , de 22 de Octubre , de Salud Pública una letra k ) , que prevé , que en situaciones de pandemia o epidemia declaradas las autoridades sanitarias competentes pueden adoptar medidas de

limitación de actividades , los desplazamientos de personas y la prestación de Servicios en determinados ámbitos territoriales previstos en el anexo 3 , de acuerdo con el procedimiento que dispone el artículo 55 bis .

**CUARTO . Sobre la Situación Epidemiológica actual en Cataluña .**

Esta Sala no puede desconocer la relevancia e importancia de la pandemia internacional reconocida por la Organización Mundial de la Salud ya el día 11 de marzo de 2.020, donde debe enmarcarse el supuesto de autos, referido concretamente a actividades con importante interacción social, y con las especificaciones referentes al ámbito territorial de Cataluña y al temporal concreto de que se trata.

*En concreto la situación sanitaria de Cataluña viene descrita de forma exhaustiva por el Informe del director de la Agencia de Salud Pública de Cataluña de 22 de Diciembre de 2021 que pone de manifiesto que la incidencia de SARS- COVID- 2 sigue en aumento notablemente, con una tasa semanal de 521, 2 casos por 100,000h, un 28 % mas que la semana pasada ( 377, 7 ) .*

Todas las regiones sanitarias presentan un aumento de la tasa de incidencia a 7 días por fecha de diagnóstico excepto Alto Pirineo y Aran .

*El informe constata que Cataluña se encuentra en una fase de alerta 4 , sobre un total de 4 fases , con una valoración de la situación de riesgo muy alta . Este dato indica que se está en una fase de transmisión comunitaria no controlada y sostenida que puede incidir en las capacidades de respuesta del sistema sanitario.*

2021; Catalunya es troba en una fase d'alerta 4, sobre un total de 4 fases (veure la taula següent), amb una valoració de situació de risc molt alt. Aquesta dada indica que s'està en una fase de transmissió comunitària no controlada i sostinguda que pot excedir les capacitats de resposta del sistema sanitari.

Indicador	Descripció	Valor de risc	Valoració risc
<b>Bloc I</b>			
T1	IA (incidència acumulada) en 14 dies	898,9	Molt alt
T2	IA (incidència acumulada) en 7 dies	521,2	Molt alt
T3	IA14 >65 anys en 14 dies	547,5	Molt alt
T4	IA7>65 anys en 7 dies	402	Molt alt
T5	Positivitat global de PIAD (proves diagnòstiques d'infecció activa)	11,26%	Alt
<b>Bloc II</b>			
A1	Ocupació hospitalització convencional per casos COVID-19	10,67%	Alt
A1'	Taxa de noves hospitalitzacions per COVID, per 100.000 h en 7 dies	13,08	Baix
A2	Ocupació UCI per casos COVID-19	40,47%	Molt alt
A2'	Taxa noves UCI per COVID, per 100.00 h. en 7 dies	2,84	Mig

Por lo que hace a la situación asistencial , la ocupación por COVID - 19 en los hospitales está creciendo en los días anteriores tanto en las camas convencionales como en las camas de críticos .

Los pacientes afectados por COVID - 19 representan un 10,67% del total de pacientes ingresados en las camas de agudos de los hospitales de Cataluña , por lo que hace a la ocupación de las UCI , de los pacientes afectados por COVID , representan un 40,47 % del total de pacientes ingresados . Por lo que hace a los fallecimientos , en la semana del 12 al 18 de Diciembre de 2021 ha habido 122.

Finalmente mencionaremos el último factor a considerar que es la progresiva introducción de la nueva variante omicron , sobre ella en fecha de 19 de Diciembre de 2021 , el Comité Científico Asesor de la Covid - 19 ha elaborado un documento , cuyo contenido debe darse por reproducido, en el que destaca lo siguiente : I ) la variante omicron es mucho más contagiosa que la variante delta II ) en Cataluña , los datos actuales , hacen preveer que antes de final de año , omicron ya será predominante , en ausencia de medidas adicionales , se podría llegar a 25,000 nuevos casos diarios en Enero de 2022 , con un impacto muy elevado en el número de hospitalizaciones . III ) el CCAC considera que Cataluña está en una situación muy preocupante de emergencia sanitaria que requiere medidas adicionales de aplicación inmediata y reducir el número de consultas , ingresos hospitalarios y muertes por COVID- 19 en la próximas semanas

. I V ) la aplicación de medidas complementarias podría ayudar a reducir en 10 veces el potencial impacto de omicron en la población catalana .

Igualmente a destacar son los siguientes particulares:



La valoració de la situació actual a Catalunya es caracteritza principalment per:

1. Tendència exponencial del nombre de contagis. Situació de transmissió comunitària no controlada i sostinguda que pot excedir les capacitats de resposta del sistema sanitari.
2. La Rt se situa per sobre d'1 des de fa 63 dies, i des del dia 11 de desembre presenta una tendència creixent que s'ha estabilitzat des de fa 2 dies (Rt = 1,67). Aquest valor permet preveure un augment d'entre el 60% i el 70% dels casos en una setmana respecte a les dades dels darrers 7 dies.
3. Catalunya es troba en una valoració del risc molt alt amb un nivell d'alerta de 4 sobre 4 nivells.
4. Augment molt significatiu de la pressió de la demanda sobre l'atenció primària i el 061, i significatiu i important sobre l'ocupació hospitalària, especialment a les UCI on la valoració del risc és molt alta.
5. Taxes de vacunació elevades, el 85,5% de la població igual o major de 12 anys té administrada la pauta vacunal completa (75,8% del total de la població). No obstant existeix desequilibris entre les diferents franges d'edat, ja que les franges d'edat de 12 a 39 anys mostren una pauta vacunal completa d'uns 5,6-9 punts percentuals inferiors als de 40-49 anys. El % de cobertura poblacional amb la tercera dosi és insuficient (21,1%).
6. La variant del SARS-CoV-2 Òmicron, detectada el mes de novembre de 2021, s'ha estès ràpidament a nivell mundial. Les dades disponibles indiquen que Òmicron és molt més contagiosa que la variant Delta.
7. A Catalunya, les dades actuals fan preveure que, abans de final d'any, Òmicron ja serà predominant. Els models predeuen que en absència de mesures addicionals, es podria arribar a més de 25.000 nous casos diaris al gener de 2022, amb un impacte molt elevat sobre el nombre d'hospitalitzacions. El creixement ràpid d'òmicron col·lapsarà els serveis assistencials a principis de gener 2022.
8. El Comitè Científic Assessor de la COVID-19, considera que Catalunya està en una situació molt preocupant i d'emergència sanitària que requereix mesures addicionals restrictives d'aplicació immediata per alentir la velocitat de propagació d'Òmicron i reduir l'impacte en el sistema assistencial (nombre de consultes, ingressos hospitalaris i morts) en les properes setmanes.
9. La mesura preventiva d'exigir el certificat COVID per l'accés a determinades activitats va ser efectiva a partir del 3 de desembre, passats 19 dies des de la seva implantació no ha estat prou efectiva per estabilitzar la corba de contagis i en conseqüència calen afegir mesures restrictives no farmacològiques proporcionades a la situació de risc i alerta actual i que l'experiència en la gestió de la pandèmia i l'evidència mostren més eficàcia en aturar el creixement continu i exponencial de contagis i en per tant en la disminució del risc de col·lapse del sistema assistencial.

Desde luego este tribunal no puede devular en su trascendencia lo que se informa y en concreto que el crecimiento exponencial de la variante ómicron colapsará los servicios asistenciales a principios de enero de 2022.

#### **QUINTO - Sobre la Procedencia de la solicitud de la medidas y su ratificación autorización .**

El solicitante de las medidas debe justificar la adopción de las mismas , a tal efecto la Resolución tratada se afirma que " en un contexto de transmisión comunitaria del riesgo como ha sido expuesto , es la adopción de las medidas interesadas de modo preventivo dirigidas a favorecer el distanciamiento entre personas que no pertenezcan

a grupos de convivencia estable ,limitar las interacciones sociales ,prescindir de actividades que no sean esenciales y evitar aglomeraciones o concentraciones de personas en espacios de concurrencia pública ,especialmente en lugares cerrados ."



Sentado lo anterior, hemos de continuar, siguiendo al Tribunal Constitucional, con la manifestación de que las medidas adoptadas por las autoridades que sean restrictivas de derechos fundamentales son conformes a derecho, si resisten el triple juicio de proporcionalidad, las SSTC 39/2016, de 03 de marzo, en su FJ 5; y 28/2020, de 24 de febrero, en su FJ 3, fijan cuáles son las tres bases sobre las que debe sostenerse dicho juicio de proporcionalidad: una, que la medida sea apta para el fin (juicio de idoneidad); dos, que sea 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, tres, que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Ahondando en esta cuestión es el informe de la Agencia de Salud Pública Catalana el que en su apartado cuarto justifica las medidas que afectan a derechos fundamentales del siguiente modo :

I ) restricciones a la movilidad nocturna : existe un amplio consenso de evidencia científica sobre la efectividad de disminuir las interacciones sociales , especialmente con medidas como la limitación de la circulación de personas en horario nocturno junto con otras medidas restrictivas en relación con el mismo , con las actividades recreativas musicales y con la limitación de reuniones en el ámbito familiar y social de personas a un número máximo , donde podrían ser insuficiente las medidas previstas dado que se producen en entornos cerrados y con una elevada interacción entre las personas que asisten .En todo caso la limitación horaria del ocio nocturno se concentra en determinados municipios y no se contempla de forma genérica , proponiendo que sea así en aquellos municipios con una población de más de 10.000 habitantes y con una IA por fecha diagnosticada a 7 días superior a 250 casos por 100.000 h, sin perjuicio de lo establecido en el Anexo II que igualmente se justifica a los presentes efectos suficientemente.

II ) por lo que hace a la medida relativa a reuniones o encuentros familiares , se limita a 10 , salvo que se trate de convivientes , el número máximo de personas que se pueden concentrar en las reuniones y encuentros familiares y de carácter social . Esta medida trata de evitar las cadenas de transmisión de persona a persona y el control de los brotes .

III ) igualmente se atiende a los aforos en lugares religiosos en coherencia con medidas a otros sectores o actividades de riesgo similar.

IV ) finalmente respecto del certificado de covid para acceder a interiores y espacios cerrados de establecimientos de restauración , salas de concierto , cafes , teatros y restaurantes musicales , salas y gimnasios donde se realiza la actividad física o deportiva , porque es ahí donde más se transmite el virus en ambientes poco ventilados dado que en atención a lo que ya sabemos del mismo se propaga cuando una persona infectada exhala gotas y partículas muy pequeñas que contienen el virus .

No obstante en los momentos actuales donde ya llevamos casi dos años de pandemia, la restricción de algunos derechos fundamentales mediante la ratificación judicial de las medidas interesadas por las Administraciones Públicas ha recibido ya el respaldo del Tribunal Supremo , de este modo :

Y en primer lugar sobre la limitación del derecho a la libre circulación vinculado a la medida de limitación del ocio nocturno en los términos expuestos , se ha pronunciado el alto tribunal en la STS de 18 de Agosto de 2021 ( EDJ 2021 / 667019 ) en los siguientes términos :

" Como se expuso en las Sentencias nº 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 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. 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 nº 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 (EDL 1986/10073) es suficiente.

Y señala la STS 788 /2021 que << esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (EDL 1986/10073) 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. 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 (EDL 1986/10073) 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 (EDL 1986/10073). 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 (EDL 1986/10073), 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 lude 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 (EDL 1986/10073), ha de entenderse en conexión con el artículo 26 de la Ley 14/1986, de la que inicialmente formaba parte, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, 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 (EDL 1986/10073), 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 (EDL 2011/217725) 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 determinarse 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".

En segundo lugar sobre la utilización del pasaporte Covid la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 4ª n.º 1412, de 1 de diciembre de 2021, lo contempla al sentar lo siguiente:

"QUINTO.- El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación, la anulación del auto n.º 91/2021 de la Sala de Bilbao y la ratificación de la medida.

Hemos de comenzar diciendo que este recurso de casación presenta el necesario interés objetivo para la formación de jurisprudencia pues nos plantea si debemos confirmar o modificar nuestro criterio sobre la obligación de exhibir el llamado certificado covid para acceder a determinados locales de ocio y restauración en las circunstancias de la pandemia que refleja la memoria justificativa presentada por el Gobierno Vasco al solicitar la ratificación de la medida. La memoria complementaria, siendo útil para conocer si ha cambiado o no la situación epidemiológica, no es la determinante del juicio que debemos efectuar ya que nuestro cometido es examinar si el auto 91/2021 es o no conforme a Derecho y para eso hemos de atender a los elementos que el Gobierno Vasco suministró a la Sala de Bilbao.

Dicho esto, hemos de anticipar ya que el recurso de casación ha de ser estimado, el auto 91/2021 anulado y la medida prevista en la Orden de 17 de noviembre de 2021 ratificada.

Se impone esta conclusión porque, en contra de lo que mantienen los razonamientos del auto n.º 91/2021, la exigencia de exhibir el llamado certificado covid para acceder a los establecimientos relacionados en aquella disposición presenta los rasgos de adecuación, necesidad y proporcionalidad que, de acuerdo con nuestra sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo (casación n.º 3375/2021), justifican su adopción en virtud de los artículos 3 de la Ley Orgánica 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, interpretados a la luz de los artículos 15 y 43 de la Constitución.

Hemos visto que, pese a no invocar el Gobierno Vasco esos preceptos, tal como debería haber hecho, la Sala de Bilbao no ha encontrado obstáculo en esa omisión, en este punto de manera unánime, porque el auto la ha considerado subsanada por el Ministerio Fiscal y el voto particular por la apelación al principio iura novit curia. Además, añadimos, estaba claramente presente en la solicitud desde el momento en que el informe jurídico en el que se apoya apela al artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986 y acude, al igual que el preámbulo de la Orden, a nuestra sentencia n.º 1112/2021, la cual, como es conocido, sigue las pautas sentadas al respecto por las anteriores n.º 719/2021 y 788/2021, de 3 de junio (casación n.º 3704/2021) y sucesivas, que descansan en la interpretación de los mencionados preceptos constitucionales y legales y llegan a la conclusión de que autorizan limitaciones puntuales de derechos fundamentales cuando sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para evitar la transmisión de enfermedades contagiosas.

Establecido el marco normativo en el que ha de situarse este proceso especial, hemos de decir que, como observa el Ministerio Fiscal en sus alegaciones a este recurso de casación y ya antes apunta en la instancia el informe jurídico del Gobierno Vasco y destacó la Fiscal que intervino entonces, el supuesto es semejante al afrontado en nuestra tantas veces citada sentencia n.º 1112/2021, en la que entendimos procedente la exigencia del certificado covid cuya ratificación vio denegada la Junta de Galicia. Se trata de una sentencia dictada poco más de dos meses antes que el auto recurrido ahora, sobre cuyo contenido, sin embargo, nada dice este último a pesar de que fue considerada en la deliberación correspondiente, ya que fue alegada y la cita y también alude a ella el voto particular. Esa omisión nos parece especialmente significativa porque es innegable la proximidad, no sólo temporal sino, sobre todo, material entre los supuestos y los problemas surgidos entonces y ahora.

Ciertamente, el auto n.º 91/2021 dice que las sentencias invocadas por el Gobierno Vasco, una de ellas es la n.º 1112/2021, se pronunciaron sobre supuestos diferentes a este. No obstante, no da ninguna explicación de



por qué entiende que las circunstancias de aquel caso son tan distintas de las actuales que impiden traer aquí las razones que nos llevaron a acoger el recurso de casación de la Junta de Galicia, anular el auto de la Sala de La Coruña y ratificar la medida consistente en exigir la exhibición del certificado covid para acceder a los establecimientos de ocio y hostelería cuando se dieran las condiciones fijadas por la Administración gallega.

No cuesta esfuerzo advertir que, en realidad, las diferencias no son esenciales. En efecto, desde el punto de vista de los derechos afectados, la coincidencia es sustancial: los derivados del principio de igualdad y el derecho a la intimidad. Los que nos dice el auto que también sufren por la medida en cuestión –el derecho de reunión y las libertades de circulación, expresión y creación artística, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad- no padecen a causa de la medida de tal forma que implique una variación apreciable de los términos de la controversia.

Ni el derecho de reunión supone la facultad de ejercerlo en cualquier lugar y circunstancia ni, desde luego, es obstáculo a que se pida este documento para acceder a locales de las características expuestas en las condiciones de pandemia existentes. Otro tanto puede decirse de las libertades de circulación y de las de expresión artística: ni su ejercicio exige el acceso incondicionado a establecimientos de ocio y restauración, ni requerir al efecto este certificado supone una injerencia en ellos que entrañe una limitación inasumible. Y entender que esta medida pueda obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad está fuera de toda proporción.

Por otro lado, es cierto que el auto n.º 91/2021 no indica por qué considera a esta medida discriminatoria, tal como observa el Ministerio Fiscal, ni nos dice cuál es el grado de incidencia en el derecho a la intimidad de la mera exhibición de este documento. No es que entendamos que hayan de aplicarse a una resolución jurisdiccional exigencias que sí reclamamos a la Administración, sino que consideramos que, existiendo un criterio sentado por el Tribunal Supremo, la Sala de Bilbao habría debido hacer un mínimo esfuerzo para explicar los motivos por los que no lo sigue en vez de limitarse a afirmar sin más precisión que las situaciones no son las mismas.

La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado. De otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización y no hay duda de la existencia de un número de no vacunados mayores de 12 años suficiente para facilitar la propagación del virus y, por tanto, de la enfermedad no sólo entre ellos mismos.

Tiene el auto por relevante que no se exija la presentación del certificado a quienes trabajan en los establecimientos concernidos y a los menores de 12 años. Sin embargo, son razonables las explicaciones que ofrece el Gobierno Vasco. Los primeros han de utilizar permanentemente las mascarillas mientras que quienes accedan a estos locales de esparcimiento y restauración han de quitárselas, al menos, todas las veces que beban o coman y es previsible que lo hagan también cuando quieran cantar. La diferencia es señalada. Al igual que lo es la situación de los menores de 12 años por la sencilla razón de que no han sido vacunados.

Es verdad que, en este caso, la medida se propone para toda la Comunidad Autónoma siempre que se alcancen los niveles de contagios iguales o superiores a los 150 por cada 100.000 habitantes en los últimos catorce días. El auto critica que no se limite a aquellos lugares de la misma en que se llegue a esa magnitud, al modo en que se hacía en el supuesto de Galicia, pero no es irrazonable extenderla a todo el territorio vasco por los argumentos ofrecidos por su Administración y menos aún en un contexto en el que, a diferencia de lo que ocurría en el mes de septiembre, estamos viendo un generalizado incremento de las infecciones, especialmente acusado en el País Vasco y, además, cuando asistimos a la extensión de esta medida en España y fuera de España.

En definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto n.º 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre. Por el contrario, al ejercer el control preliminar previsto por el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción

, nos parece que la exigencia del certificado covid o pasaporte sanitario previsto 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 de COVID-19, para acceder a los establecimientos identificados en la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 17 de noviembre de 2021 es: (i) una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; (ii) una medida necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de



acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y (iii) una medida proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, como ya dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, sin afectar a otros de manera apreciable.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, anular el auto n.º 91/2021 y ratificar la Orden de 17 de noviembre de 2021".

*Entendemos que las medidas cuya ratificación se propone cumplen favorablemente con el triple juicio aludido en un estado que ahora se vuelve agravar tan acentuadamente en abreviada síntesis y como se nos informa con franco y decidido riesgo de colapso de los servicios asistenciales a principios de enero de 2022 y que procede atender debidamente sin dilación.*

De esta manera, entendemos que resultan idóneas para la lucha contra la propagación del virus, en un entorno por lo demás tan caracterizado por las fechas de Navidad, Fin y Principio de año y Reyes en el que la actitud jovial, aglomeración de personas, asociación a la interacción social, dificultad de mantener la distancia social con mascarilla, etc., puede generar un mayor riesgo de contagio por la relajación de algunas cautelas. Son necesarias, dada la incidencia que aún se mantiene en Cataluña de propagación de virus muy especialmente con el azote de la nueva variante ómicron y puede darse en las mencionadas escenas situaciones de super propagación. Son, por último, proporcionales habida cuenta la ponderación entre la reducida restricción de derechos que supone las medidas propuestas que se han relacionado y la protección de bienes jurídicos como la salud individual y colectiva y la vida.

**Ahora bien como este tribunal ya ha indicado en ocasiones anteriores lo que no resulta de recibo es efectuar remisiones en el vacío o indeterminación de su concreto contenido por lo que NO HA LUGAR A AUTORIZAR los siguientes inciso y párrafo :**

**1º.- Del apartado 3.2 Reunions i/o trobades familiars i de caràcter social el inciso de su párrafo 4:**

**4 ... , "que se subjecten a les condicions d'aforament que es determinin o al pla sectorial corresponent o altre document regulatori específic".**

**2º.- Del apartado 3.3 Actes religiosos i cerimònies civils el párrafo 3:**

**"3. La realització d'aquestes activitats ha de subjectar-se al corresponent pla sectorial aprovat pel Comitè de Direcció del Pla d'actuació del PROCICAT, sens perjudici del establert en el darrer paràgraf de l'epígraf 2 de l'apartat 2.1".**

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación,

#### **la sección ACUERDA:**

AUTORIZAR las medidas interesadas por la Generalitat de Catalunya que vienen referidas en el apartado 3 Medidas que afectan a derechos fundamentales (antes transcrito), de la Resolución SLT/ /2021, de 22 de Diciembre, con efectos desde su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat y una duración de catorce días.

**PERO NO HA LUGAR A AUTORIZAR los siguientes inciso y párrafo :**

**1º.- Del apartado 3.2 Reunions i/o trobades familiars i de caràcter social el inciso de su párrafo 4:**

**4 ... , "que se subjecten a les condicions d'aforament que es determinin o al pla sectorial corresponent o altre document regulatori específic".**

**2º.- Del apartado 3.3 Actes religiosos i cerimònies civils el párrafo 3:**

**"3. La realització d'aquestes activitats ha de subjectar-se al corresponent pla sectorial aprovat pel Comitè de Direcció del Pla d'actuació del PROCICAT, sens perjudici del establert en el darrer paràgraf de l'epígraf 2 de l'apartat 2.1".**

La solicitante comunicar a esta sala en el plazo de tres días su publicación oficial, con la debida indicación de los recursos frente a ella procedentes. Sin costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 87 de la ley jurisdiccional.

Así, por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.