ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SECCION Nº 1 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
C/ Coso, 1, Zaragoza
Zaragoza
Teléfono: 976 208 351, 976 208 350
Email.: tribunalsuperiorcontenciosos1zaragoza@justicia.aragon.es
Modelo: PO185

Proc.: **DERECHOS FUNDAMENTALES**
Nº: **0000844/2021**
NIG: 5029733320210000986
Resolución: Sentencia 000174/2023

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica (personas jurídicas) **https://sedejudicial.aragon.es/**

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	ELEUTERIA		
Ddo.admon.auton.	DEPARTAMENTO DE SANIDAD - GOBIERNO DE ARAGÓN		LETRADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGON

Firmado por:
Fecha: 15/05/2023 11:15
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html
CSV:

SENTENCIA Nº 000174/2023

ILMOS. SEÑORES
PRESIDENTE

MAGISTRADOS

En Zaragoza, a 8 de mayo de 2023.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso contencioso-administrativo (procedimiento especial de protección de derechos fundamentales) número 844 de 2021, seguido entre partes; como demandante la entidad ELEUTERIA, representada por la Procuradora Dª. y asistida por el Letrado D. y como demandada la DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, así como el Ministerio Fiscal, según los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha de 26 de noviembre de 2021, interpuso recurso contencioso-administrativo por procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCOD/index.html

CSV:

Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, por la que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón.

SEGUNDO.- Previa admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda en la que, tras relacionar la entidad recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, concluyó con el suplico de que se tuviera por formulada demanda.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, interesó la estimación de la demanda declarando la nulidad de la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, por la que se adoptaban medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19, publicada en el B.O.A extraordinario número 39 de 24 de noviembre de 2021, por haberse dictado y publicado sin la imprescindible autorización judicial conforme al artículo 10.8 LJCA.

La Letrada del Gobierno de Aragón, en su escrito de contestación a la demanda, tras relacionar los hechos y fundamentos que estimaron de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso interpuesto.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba, se admitió la documental y la testifical pericial de Dª. Sandra García Armesto y D. Enrique Bernal Delgado.

QUINTO.- Se denegó la solicitud de repetición de prueba.

Admitidos con posterioridad documentos y evacuados los traslados correspondientes para alegaciones de las partes, se resuelve en esta sentencia el mismo, y sin haber lugar al trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 29 de marzo de 2023.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sala, D.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente, a través de su representación procesal, impugna la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, por la que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID 19 en Aragón, en lo relativo a la implantación obligatoria del deber de exhibición del certificado-pasaporte COVID en establecimientos de ocio y restauración, así como en actos y actividades multitudinarios.

Entiende que las medidas son arbitrarias, que la resolución parte de contagiados para justificar las medidas restrictivas de derechos fundamentales. La administración no acredita que los computados están realmente infectados del virus del SARS CoV2. Se rechaza el único medio capaz de verificar esta circunstancia relevante. Todo se basa en las PCR, prueba que la propia administración reconoce ineficaz a tal fin. b-Sin perjuicio de lo expuesto, no consta acreditado que el certificado COVID que se pretende implantar tenga la aptitud para evitar contagios. Las vacunas (en realidad medicamentos en fase de ensayo clínico hasta Julio

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

de 2024, tal y como de la propia página de la Agencia del Medicamento español), no tenían como objeto el reducir la enfermedad.

En cualquier caso, funcionarios del Ministerio de Sanidad y de las propias Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial de principios de 30 de Noviembre de 2021, informaron sobre la falta de eficacia del certificado COVID para prevenir contagios (dada la voluntariedad de la vacunación debe estar proscrita la utilización de este requisito para forzar la vacunación). En línea con dicha inutilidad, el certificado COVID ha sido eliminado en Madrid, Cataluña. Castilla- León. Castilla La Mancha. Extremadura. Aragón. Asturias y Cantabria. c-La arbitrariedad de la medida propuesta deriva de la ausencia de gravedad de la enfermedad. Vimos los datos nacionales e internacionales y la mortalidad se sitúa en una media del 0,07%, y el porcentaje de supervivencia en un 99,92%, y ello sin perjuicio de que ya se empieza a constatar que las cifras oficiales están claramente infladas, al incluir a personas fallecidas por otras causas (vimos que en Reino Unido en donde se computaron 147.000 fallecidos de COVID, el Instituto de Estadística los ha dejado en solo 6183.

Asimismo, la manifiesta ausencia de gravedad (presupuesto ineludible para la adopción de estas intensas medidas limitativas de derechos fundamentales), resulta si se comparan los datos oficiales con los de la gripe de 2018. Así, el porcentaje de hospitalizaciones p o r COVID es del 1,2% y el de muertes p o r COVID es del 0,1 %. En cambio, y según los datos de la Universidad Carlos III, el porcentaje de hospitalizaciones p o r gripe en 2018, fue de 8,4% y de fallecimientos el 1,2%.

También considera que hay incumplimiento del marco legal y jurisprudencial. Las medidas acordadas no se ajustan al marco legal y jurisprudencial. -La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas SS TS 24 de Mayo de 2021 de 1 7 de Junio de 2021 y 18 de Agosto de 2021), establece el marco legal para imponer medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales que no se ha respetado. El artículo 3 de la Ley Orgánica 3 /1 9 8 6 no habilita para adoptar medidas restrictivas en cualquier circunstancia, y fija un ámbito objetivo la existencia de un "riesgo de carácter transmisible": también fija su ámbito subjetivo y espacia! - "control de los enfermos y de las "personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos", que aquí no se cumple.

La Letrada del Gobierno de Aragón se opuso al recurso, alegando, en esencia que el deber de presentación del denominado "pasaporte" COVID-19 que se establece en la Orden impugnada, está amparado por el artículo 15.2 de la Ley 3/2020, de 3 de diciembre de Cortes de Aragón. Al tiempo de adoptarse la medida administrativa, ésta se ajustaba al estado en el que se encontraba el conocimiento de la ciencia, y resultaba una medida necesaria, idónea y proporcionada. Del mismo modo, considera que aquellos que se han sometido a Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: proceso de vacunación, gozan de mayor protección frente a la enfermedad. La medida se encontraba justificada atendida la situación epidemiológica del momento. Por último, alega que la Administración, la Consejera de Sanidad, es competente para dictar la Orden en cuestión y cuenta con cobertura y habilitación legal bastante.

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso interpuesto.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Firmado por:
Fecha: 15/05/2023 11:15
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/6CDD/index.html
CSV:

SEGUNDO.- La Orden que ha sido objeto de recurso, ya ha sido anulada por este Tribunal por Sentencia de 16 de marzo de 2023 dictada al procedimiento ordinario 842/2021, precisamente por falta de justificación de la medida impuesta. Nos remitiremos a los razonamientos ya dados por el Tribunal para estimar igualmente el recurso interpuesto en este procedimiento.

TERCERO.- Descartada toda virtualidad invalidante del defecto procesal denunciado, es obligado comenzar teniendo en cuenta que la Sala Tercera, en su sentencia de la sección 4ª, de 26 de enero de 2022 (rec. 1155/2021), ya vino a decir que la Jurisprudencia fijada en recursos de casación frente a actos del artículo 10.8 de la LJCA era también "aplicable a casos en los que lo que se impugna ya son sentencias en las que el tribunal de instancia, con plena cognición, tras un procedimiento contradictorio en el que ha habido, en su caso, fase probatoria, enjuicia las resoluciones que acuerdan estas medidas"; y en la misma sentencia concluye diciendo: "...reiteramos la jurisprudencia de esta Sala según la cual, fuera del estado de alarma, el artículo 3 de la L.O. 3/1986, puesto en relación con las Leyes 14/1986 y 33/2011 ofrece cobertura a las administraciones para acordar medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales para preservar la salud pública en casos de pandemia, siempre y cuando sean idóneas, necesarias y proporcionales.".

En definitiva, viene a decir que lo que vale en sede de autorizaciones del artículo 10.8 de la LJCA, declarado inconstitucional, vale en el plenario, reduciendo ahora el ámbito de enjuiciamiento a una suerte de revisión del triple juicio de proporcionalidad de una medida que, si bien no prevista por la normativa aplicable, la Sala territorial primero o, en su caso, la Sala Tercera, ha entendido en aquel expediente procesal -ahora inconstitucional, es de reiterar-, subsumible en el régimen normativo de policía sanitaria, precisamente por superar en ese estadio inicial de conocimiento o enjuiciamiento el referido juicio de proporcionalidad.

La misma doctrina aplica en la sentencia de 22 de junio de 2022, dictada por la sección 4ª, en recurso 5690/2021, en la que casa otra nuestra de 20 de mayo de 2021, recaída en autos de Procedimiento Ordinario nº 286/2020. Nosotros no compartíamos esa doctrina, ni la compartimos, ni, tras la declaración de inconstitucionalidad tantas veces referida del artículo 10.8 de la LJCA, nos hemos de ver vinculados, máxime cuando, como hemos dicho, la propia Sala Tercera en auto de la sección 1ª de 3 de noviembre de 2022 (rec. 6204/2022), admite el recurso de casación que se interpone frente a la sentencia de la Sala de Sevilla de 18 de mayo de 2022, de su sec. 1ª (rec. 62/2022) en un asunto similar al que ahora nos ocupa, y fija como cuestión de interés casacional la siguiente: "...que se precise, si en el ámbito de un proceso de cognición plena y a efectos de valorar la posible vulneración del principio de legalidad y de proporcionalidad de las medidas sanitarias preventivas específicas y extraordinarias adoptadas por las Administraciones públicas por la situación epidemiológica derivada del COVID 19, procede aplicar directamente la decisión sobre la procedencia de los certificados COVID adoptada en el ámbito de ratificación judicial de medias sanitaria ex artículos 10.8 y 11.1 j) de la Ley jurisdiccional, o es necesario efectuar y fundamentar expresamente el control de legalidad, y la incidencia que en ello pudiera tener la declaración de constitucionalidad de esos preceptos

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

legales por la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio.".

Es decir, es la propia Sala Tercera la que somete a reconsideración las conclusiones a las que, entre otras, en la sentencia de 26 de enero de 2022, llegaba, muestra ésta de la jurisprudencia a la que la Sala de Sevilla se acogía en la sentencia objeto

CUARTO.- Consecuencia de todo lo anterior, de que no compartamos, ni nos vincule la doctrina por la que el enjuiciamiento de fondo en el plenario se reduce a la revisión del previo juicio de proporcionalidad ya realizado en vía de autorización judicial del artículo 10.8 de la LJCA, ha de ser la necesidad de replantear como problema de fondo la cobertura legal, el alcance normativo de las potestades que el régimen de policía sanitaria, de salud pública confiere a las Administraciones públicas competentes. Los límites normativos de tal potestad discrecional y la obligada interpretación estricta de la Ley cuando el ejercicio de tales potestades entra en territorio de un derecho fundamental.

Ya en nuestro auto de 10 de octubre de 2020 recaído en autos de Procedimiento de autorización nº 332/2020, dijimos que cada uno de los preceptos que encuadraban el régimen jurídico de policía sanitaria en caso de enfermedades transmisibles, tenía un contexto muy concreto y determinado, de suerte que los artículos 26 de la Ley 14/1986, y 54 de la Ley 33/2011, no completaban la regulación contenida en el artículo 3 de la L.O. 3/1986. Éste último se refería a control de enfermedades transmisibles; el artículo 26 de la Ley 14/1986, se refería a control de focos de peligro para la salud pública derivados del ejercicio de determinadas actividades de riesgo, pues entendíamos que dicho precepto debía situarse en el contexto normativo concreto en el que se encontraba, y que iba indisolublemente unido al entendimiento del artículo 24 del citado texto legal, el cual se refería a "actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud", y que pueden ser sometidas "...a limitaciones preventivas de carácter administrativo..."- las del artículo 26-.

Del mismo modo, interpretábamos el sentido del artículo 54 de la Ley 33/2011, para llegar a una conclusión similar a la que deducíamos de la interpretación del artículo 26 de la Ley 14/1986, a lo que cabía añadir que las medidas previstas en el artículo 54 exigía en todo caso audiencia de los interesados, lo cual no quería decir que no pudieran adoptarse sin ella, sino que lo que queríamos expresar es que de ello se deducía que se estaba haciendo referencia a destinatarios concretos, identificados o identificables, en contraposición a medidas limitativas de derechos, sean o no fundamentales, dirigidas a un destinatario innominado, de naturaleza colectiva. El hecho de que lo que terminó siendo finalmente artículo 3 de la L.O. 3/1986, formara inicialmente parte de un proyecto de ley común a dicho texto orgánico y la que finalmente terminaría siendo Ley 14/1986, no permite concluir que uno y otro texto se complementen, hasta el punto de que éste sea, o pueda considerarse desarrollo de aquél, y de que uno y otro estén tratando de las mismas cuestiones en idénticos contextos fácticos, en idénticas situaciones. Y del mismo modo puede decirse del artículo 54 de la Ley 33/2011, en el que sus apartados primero y segundo comienzan siempre con un "sin perjuicio" de las medidas que procedan

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psij.justicia.aragon.es/SCDDindex.html

CSV:

conforme a la Ley orgánica 3/1986 –en el caso del apartado primero- o de la Ley 14/1986 –en el caso del apartado segundo-.

Ciertamente aquel auto nuestro ha sido repuesto por estimación de recurso de reposición interpuesto frente al mismo, por efecto de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA. Veremos el resultado del recurso de casación admitido, al que antes nos hemos referido. Ahora bien, el mismo criterio, como hemos dicho, que manteníamos allí, lo mantuvimos también en nuestra sentencia de 20 de mayo de 2021, casada por la de la Sala Tercera antes referida, con posterioridad a la sentencia del Tribunal constitucional de 2 de junio de 2022, en la que, sin embargo, la Sala Tercera no se plantea el impacto de ésta sobre su propia doctrina, como luego hará.

QUINTO.- En definitiva, cada precepto tiene, a nuestro criterio, su concreto contexto normativo y su propio ámbito de regulación. Ello no significa que quede por tal razón excluida su aplicación simultánea, sino que lo que no compartimos es que lo que no esté definido en el artículo 3 de la L.O. 3/1986, pueda ser interpretado por las otras dos leyes ordinarias, por el sólo hecho de que uno y otro tenga el mismo y único hilo conductor de actuar frente a un riesgo grave para la salud pública, pues esto no salva, a nuestro juicio, el obstáculo que se alza de la interpretación de, entre otras, la STC 76/2019, que fija la doctrina de la sistemática y juego de la reserva de ley en el desarrollo-restricción-limitación de derechos fundamentales.

En realidad tampoco la doctrina que fija la Sala Tercera salva dicho óbice constitucional, pues parte del reconocimiento de que la letra de la Ley, de ninguna de las tres, es suficientemente precisa en la tarea de definir las concretas medidas limitativas de un derecho fundamental y que, al final, la normativa de policía sanitaria, en lo que se refiere a limitación de derechos fundamentales, ha de completarse por el juicio de proporcionalidad de las Salas –fundamento decisorio de las autorizaciones del artículo 10.8 de la LJCA-, respecto de cada medida concreta que adopte la Administración, según sirva al fin que, en este caso sí, de manera general precisa la Ley, de control de enfermedades transmisibles.

De este modo, no compartimos una doctrina que después de decir que el marco normativo es suficiente para justificar la intervención y limitación de un derecho fundamental en materia de policía sanitaria para control de enfermedades transmisibles, reclama sin embargo esta suficiencia de la labor de interpretación prejudicial de cada medida por referencia a los fines perseguidos, por parte de las Salas de lo contencioso. Es decir, se entenderá comprendida la medida que la Administración pretende adoptar en los artículos 3 de la L.O. 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, sólo si los tribunales la consideran proporcionada en una ponderación que han de realizar en abstracto en realidad.

Desde luego, ni se desprende el ajuste constitucional de tal doctrina de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 70/2022, ni tampoco del modo en que opera la reserva de ley cuando de afectación de derechos fundamentales se trata, en doctrina constitucional reiterada, emanada, entre otras de las Sentencias 76/2019, 292/2000 ó 49/1999, entre otras. Menos compartimos ahora la aplicación de la misma al enjuiciamiento pleno de la cuestión. Difícilmente ahora el enjuiciamiento pleno de este tipo

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

de órdenes administrativas puede quedar reducido a la mera revisión del juicio de proporcionalidad realizado prejudicialmente por los tribunales, sin que hayamos de plantearnos la cobertura legal de las medidas adoptadas por la Administración y, en definitiva, la suficiencia o no del tenor de la ley para conferir a las Administraciones el ejercicio de una potestad discrecional en territorios de conflicto con derechos y libertades fundamentales.

SEXTO.- Es claro que cabe la afectación de un derecho fundamental por ley ordinaria, sea limitándolo, sea restringiéndolo, más o menos puntualmente, siempre que no afecte a elementos necesarios, ni incida directamente sobre su ámbito y límites (SSTC 53/2002 o 160/1987, entre otras), pero en todo caso por ley, la cual debe precisar la concreta limitación, debe regular pormenorizadamente las restricciones posibles, así como especificar el interés público prevalente; es decir, lo que el artículo 10.8 de la LJCA reservaba como misión a los tribunales, según doctrina de la Sala Tercera, debe decirlo la ley, y ésta, y no otra, ha sido siempre la cuestión. El juicio de ponderación en abstracto que debían realizar los tribunales, es el que debe establecer la ley, a la manera, por otra parte, de lo que hace, con técnica correcta a nuestro juicio, la recentísima Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, como se desprende de la lectura de su exposición de motivos; exposición de motivos de la que, como es conocido, carece absolutamente la Ley Orgánica 3/1986.

Entiéndase bien: no decimos que las limitaciones en este caso requieran Ley Orgánica, sino que, es de reiterar, lo que decimos es que si el régimen jurídico de policía sanitaria actualmente vigente es marco suficiente, no debería haber requerido de labor ninguna de los tribunales para determinar el ajuste a la legalidad de la medida concreta, de autorización judicial previa, condicionante de su validez.

Así lo dijimos ya, no sólo en nuestro auto de 10 de octubre de 2020, sino también en nuestra sentencia de 20 de mayo de 2021, antes citada, a los cuales nos remitimos. Aquél fue repuesto por efecto de la sentencia del Tribunal constitucional 70/2022, y ésta, casada por la de la Sala Tercera antes referida, si bien, y por ello, reproducimos aquí nuestra tesis y la entendemos plenamente vigente, más cuando el artículo 10.8 de la LJCA ha sido declarado inconstitucional y la Sala Tercera se ha planteado el impacto de esa declaración de inconstitucionalidad en su propia doctrina.

La propia Sala Tercera, por otra parte, y tal vez ahí se encuentre el fundamento y razón de ser del artículo 10.8 de la LJCA , en su sentencia de 3 de junio de 2021, advierte que la Ley 3/1986, como la 14/1986, "no fue pensada para una calamidad de la magnitud de la pandemia COVID-19, sino para brotes infecciosos aislados". Y la sentencia de la misma Sala de 24 de mayo de 2021, también dice que "la dificultad sería menor 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". El razonamiento de la Sala conduce a considerar el antedicho precepto y este tipo de autorizaciones judiciales como expedientes de compleción de carencias legislativas, trascendiendo en realidad los límites de lo que siempre ha sido, o debió serlo, el control del ejercicio de una potestad discrecional de la Administración, como es la de policía sanitaria, control que debe ser más

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

severo y estricto, cuando de medidas potencialmente limitadoras de derechos fundamentales se trata.

En realidad, bien mirado, nunca ha sido, sólo y principalmente, un problema de limitación, o restricción, o suspensión de derechos fundamentales, sino de control del ejercicio de una potestad discrecional de las Administraciones públicas. Y en este sentido, cuando de libertades fundamentales se trata, las leyes han de ser claras, precisas y detalladas, siempre que contemplen una limitación o injerencia en la libertad. Es clara la doctrina del Tribunal Constitucional en este sentido, de manera particular en sus sentencias 292/2000 y 76/2019, de trascendental importancia ambas. No cabe, cuando de limitar una libertad fundamental se trata, que el legislador, menos los tribunales por vía interpretativa previa, en una función de integración cuasi legislativa de un texto legal insuficiente, otorgue poderes interpretables, por difusos, como ilimitados a las autoridades para interferir o restringir libertades, en la medida en que sirvan al fin que justifica el ejercicio de la potestad que se ejerce.

El alcance de tales potestades, que, naturalmente, han de ser discrecionales pues no todo puede programarse y determinarse de antemano, debe ser proporcionado al fin de interés general que, en principio, justifica la restricción de la libertad, como igualmente proporcionado debe ser el modo de ejercicio de las mismas. En todo caso, ambas variables deben quedar claramente determinadas por el legislador, no por los tribunales, salvo en este caso sólo a posteriori en el examen de situaciones concretas. De lo contrario la discrecionalidad puede tornarse en arbitrariedad, administrativa, o judicial.

La medida del ajuste a la legalidad de la inferencia en el ejercicio de un derecho o libertad fundamental no puede ser el grado de satisfacción de un interés general, salvo que la Ley autorice de manera expresa a ello, indicando el derecho inferido, el interés general preponderante y el modo de inferencia. Es una mínima garantía de la necesaria certeza y seguridad jurídica en el ejercicio de todo derecho fundamental, siempre en régimen ordinario, se entiende, aun cuando se trate de potestades discrecionales como las de policía sanitaria.

Todavía más necesaria una mínima certeza y seguridad jurídica en estos casos. Certeza y seguridad jurídica que no dejan de ser fundamento del derecho al buen gobierno, a la buena administración, tan en boga en la actualidad. por ello, y con el fin de evitar siquiera sea ésta última en la medida de lo posible, nos limitaremos al control de la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional como puede ser la de policía sanitaria, contenida en las Leyes Orgánica 3/1986, General de Sanidad 14/1986, ó 33/2011, de Salud Pública, a partir de la estricta interpretación de su texto, como hicimos en el mencionado auto de 10 de octubre de 2020, o, más recientemente, en nuestra sentencia de 20 de mayo de 2021.

Para ello habremos de rescatar aquí algunos razonamientos que ya hacíamos en nuestro auto de 3 de diciembre de 2021, cuando resolvimos sobre la medida cautelar de suspensión de la medida contenida en la Orden impugnada.

En definitiva, nos incumbe a nosotros, previa interpretación de la potestad concedida a la Administración en los términos en que lo ha sido, decidir si ha sido correctamente ejercida, esto es, si lo ha sido dentro de los límites establecidos por la ley, y si la decisión adoptada ha sido debidamente justificada, siendo el legislador, no nosotros, quienes pueden,

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDI/index.html

CSV:

y están obligados, a reducir, o encauzar debidamente, el poder discrecional que confieren a la Administración.

SÉPTIMO.- Llegamos de este modo a lo que siempre ha sido la cuestión de fondo, que no es otra que si, en este caso, las Administraciones pueden, a la luz de la normativa aplicable, fijar determinado tipo de medidas limitativas de derechos fundamentales, en este caso la que aquí se ventila. Y antes de esto, concretar si, efectivamente, el certificado COVID ahora objeto de enjuiciamiento, es medida que debe entenderse limitativa de derechos fundamentales. Y lo primero de todo, determinar la naturaleza de la medida en sí misma considerada, es decir, si debe primar la componente limitativa de un derecho fundamental de manera generalizada, o debe primar la componente regulatoria de actividad, pública o privada, económica, prestacional, o de cualquier otro tipo, susceptible de generar un riesgo para la salud pública. Y todo ello pasa previamente por el estudio y análisis de la medida concretamente adoptada y su motivación en la Orden impugnada.

Pues bien, conviene en primer lugar, recordar los términos de la medida que se introduce en la Orden impugnada, remitiéndonos a lo que decíamos en nuestro auto de 3 de diciembre de 2021. Así, decíamos allí que "la Orden impugnada impone a los titulares o responsables de establecimientos de hostelería, restauración y ocio nocturno, así como a los organizadores de eventos de toda naturaleza, a partir de quinientos asistentes en interior y mil en exterior, el deber de requerir a todo ciudadano que pretenda acceder a una sala de fiestas, una discoteca, pub, sala de baile o sala de conciertos o asimilados, así como a todo aquel que pretenda asistir a celebraciones nupciales, comuniones, bautizos, confirmaciones y demás celebraciones sociales, familiares, religiosas o civiles, en el interior de este tipo de establecimientos, así como a todo asistente a un evento de los referidos con anterioridad, la acreditación de hallarse debidamente vacunado contra el COVID-19 y que ha transcurrido al menos 14 días desde la última dosis; o que, habiendo pasado la enfermedad, se encuentra recuperado de la misma, entre el día 11 y 180 desde el positivo en la prueba diagnóstica efectuada; o, en fin, estar en posesión de PCR negativo efectuado en las últimas 72 horas, o de test rápido de antígenos en las últimas 48 horas.

Se indica que la exhibición de información sólo puede ser solicitada en el momento de acceso al establecimiento o recinto, sin que sea permisible el tratamiento de los mismos, por medio de su conservación o mediante creación de ficheros. Del mismo modo, excluye de la acreditación de tales condiciones a los menores de doce años. La medida se establece en la totalidad del territorio de la comunidad autónoma y hasta la declaración de finalización de la situación de crisis sanitaria por el Gobierno de España, sin perjuicio de que según la evolución de la situación, pueda ser revisada la exigibilidad de las medidas establecidas, en aplicación de la Ley 3/20, de 3 de diciembre –autonómica- .".

Y el objeto de la misma es responder a un incremento de los contagios, para frenarlo y amortiguar el previsible impacto en el sistema sanitario, derivado del potencial incremento de los casos y hospitalizaciones. Se trata de tener cierta garantía, nunca absoluta, de que quien accede a tales establecimientos o disfruta de las referidas actividades, no está infectado en ese momento.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://sp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

La Administración parte de la base de que los establecimientos de ocio relacionados, a los que impone la medida, así como las actividades multitudinarias a las que se refiere, presentan mayor riego de contagio por la masiva afluencia a los mismos y una mayor interacción. Particularmente dice: "aunque ninguna medida garantiza la no transmisión al cien por ciento, las condiciones ligada al pasaporte europeo (vacunación, recuperado o prueba negativa reciente) disminuyen de manera significativa las posibilidades de contagiar o ser contagiado en los entornos citados. Esta medida (...), tiene además el efecto de incentivar la vacunación en los grupos que todavía no lo han solicitado.".

Atendido lo anterior, lo que significa la medida es el condicionamiento del acceso a determinados establecimientos o disfrute de ciertas actividades a la acreditación determinadas medidas que no se imponen como obligatorias de manera directa, esto es, la vacunación, o a la prueba de no hallarse infectado, bien mediante prueba diagnóstica negativa o certificación médica de haber superado la infección.

En definitiva, se induce a la adopción voluntaria de medidas tales como la vacunación, que pese a los esfuerzos de la Administración en este procedimiento por acreditar sus beneficios, sin embargo en ningún momento se ha impuesto como medida sanitaria obligatoria, o a la revelación de datos personales e íntimos de carácter sanitario, que exigen la realización de pruebas diagnósticas o manifestación de haber superado una infección, que no de haber estado enfermo en el sentido del artículo 3 de la L.O. 3/1986, salvo que se entienda por tal el infectado asintomático, asimilación que en todo momento se ha dado sin más por supuesta.

OCTAVO.- Así pues, la Sala Tercera, reiteradamente –por todas su sentencia de 14 de septiembre de 2021, sec. 4ª, (rec. 5909/21) y antes la de 18 de agosto de 2021 de la Sala de vacaciones- ha dicho que este tipo de medidas tiene impacto en determinados derechos fundamentales.

Concretamente, la primera de las citadas, descarta, y en ello convenimos también nosotros, injerencia alguna de la medida en el derecho o principio de igualdad, como tampoco la constatamos en el derecho a la privacidad de las personas, como dice la Sala Tercera, y del mismo modo el auto, entre otros, de la Sala de lo contencioso administrativo de Navarra, de 25 de noviembre de 2021 (procedimiento especial DD.FF. 483/2021), pues ningún tratamiento de datos personales se contempla, más allá de la verificación de los mismos en el momento del acceso a los establecimientos, al libre uso y disfrute de la instalación. Por el contrario, y como afirma la Sala Tercera, la medida, que no puede entenderse sólo como de exhibición de una mera certificación, siendo este deber mera acreditación de otras medidas que en realidad no se imponen como obligatorias, tiene impacto, más o menos intenso, en el derecho a la intimidad, así como, también, en cierta medida, siguiendo lo dicho por la Sala de Navarra, la libertad de circulación de las personas.

Desde luego, no sirve para descartar injerencia en este derecho la aseveración de que las actividades lúdicas o de ocio, o los establecimientos cuyo acceso se ve condicionado, sean de carácter voluntario, pues es que ciertamente, la libertad de circulación, como tal, es precisamente eso, la potestad del ciudadano frente al Estado de moverse libremente por todo el territorio y por motivaciones y finalidades de la entera disponibilidad de aquél. Otra cosa será la medición del grado de

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado "Y".

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

impacto o injerencia de la medida, lo cual, a nuestros efectos es indiferente.

Expuesto lo anterior, cabe decir que estamos ante una medida limitativa de derechos fundamentales, que presenta una doble naturaleza.

Por una parte, es una medida dirigida a todos y cada uno de los ciudadanos, con el propósito general, no inmediato, de controlar una enfermedad transmisible. Como decíamos, se condiciona el acceso y movimientos de los ciudadanos en determinados supuestos y a determinados establecimientos y actividades, a la vacunación o a pruebas diagnósticas negativas o acreditación de haber pasado la infección. Por otra parte, decíamos en nuestro auto de 3 de diciembre de 2021 en pieza separada de medida cautelar de este mismo procedimiento, estamos en presencia de una medida regulatoria del ejercicio de una actividad económica -sin perjuicio de la indudable afección a espacios individuales de libertad-, que impone a quienes regentan o administran los establecimientos afectados o las actividades lúdicas en cuestión, un deber de verificación de determinados datos personales e íntimos de los usuarios y la consiguiente exclusión de aquellos potenciales usuarios que no cumplan las condiciones que pueda hacerles acreedores a la certificación que han de exhibir.

Es momento ahora de averiguar si, la medida así expuesta, en su naturaleza, sentido y significado, tiene encaje en nuestra normativa sanitaria y, si, en definitiva, las Administraciones pueden adoptarlas, en la medida en que suponen injerencia en determinados derechos fundamentales. Es indiferente a estos efectos ya, la mayor o menor intensidad de la invasión, como decíamos.

NOVENO.- Como es por todos sobradamente conocido ya, integran la normativa española en materia de salud y sanidad públicas, concretamente aplicable a esta materia y a los efectos que nos ocupan, de manera especial, el artículo 3 de la L.O. 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública, los artículos 26 y 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 54 de la Ley 33/2011,de 4 de octubre General de Salud Pública, así como los artículos 75.1 y 81 de la Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón, así como el artículo 38 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

Pues bien, cabe decir, atendido el tenor del artículo 3, que la cláusula subsidiaria que finaliza el mismo, no ampara la imposición de medidas preventivas, como la vacunación, que no se adopta de manera obligatoria por la Administración, pese a las bondades que predica de la misma, a la que indirectamente se supedita el acceso a determinadas actividades y centros.

Ciertamente, es en realidad, y tal y como se desprende de la exposición de motivos de la Orden impugnada, una de las finalidades de la medida de obligatoria presentación de certificación o pasaporte COVID, aun cuando es claro que no se presenta como finalidad principal. Ni ampararía una vacunación obligatoria, ni tampoco una incentivación a los ciudadanos para ello, tal y como se pretende, más o menos indirectamente.

Es cierto que se condiciona la libertad de movimientos y el acceso a determinados establecimientos y actividades a la acreditación de hallarse limpio de virus, y desde ese punto de vista, podría tenerse como medida de

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://pej.justicia.aragon.es/SCDD/index.html
Fecha: 15/05/2023 11:15
CSV:

control de enfermos, eso sí, si por tales debemos tener a quienes son portadores del virus y tienen capacidad de transmitirlo, es decir, a los denominados vulgarmente "asintomáticos". Lo que ocurre es que tampoco la vacunación asegura, al parecer, la posibilidad de padecer el virus, al menos no al cien por ciento, tal y como dice la propia Orden. En definitiva, el sentido del término enfermo y la propia eficacia de la medida, son dudosos desde el primer momento.

Consideramos por consiguiente que la medida en cuestión no tendría amparo en el artículo 3 de la L.O. 3/1986. Pero como decíamos también, tiene una segunda dimensión esta medida, y es su faceta regulatoria del ejercicio de una determinada actividad. Se pretendería el ejercicio seguro de una actividad pública o privada, esto es, que todo el que acceda a establecimientos de ocio, o a actividades multitudinarias, se encuentre, en ese momento, limpio de virus, es decir, conseguir un entorno o espacio de disfrute seguro "libre de virus".

Desde esa perspectiva, puede tener encuadre en la Ley 14/1986, General de Sanidad –artículos 26 a 28-, Ley 33/2011 de Salud Pública –artículos 54 y siguientes-, estatales ambas, así como en las Leyes 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón –artículo 38-, y 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón, si bien es cierto, que, como decíamos, el artículo 26 no puede entenderse sin referencia al artículo 24, de suerte que se trataría del control de actividades de riesgo para la salud públicas, inherentes a la propia naturaleza de la actividad. No obstante, incluso desde esta perspectiva, cabría un potencial encaje, y, por otra parte, diremos que cabe también en este tipo de medidas, una injerencia permitida por la Ley en espacios de derechos fundamentales, en espacios de libertades públicas, como es el caso. Es claro, y nosotros así lo asumimos, que es posible por ley ordinaria limitaciones o restricciones de derechos fundamentales, siempre que no afecten al desarrollo de los mismos, o que por su indefinición, terminen haciendo irreconocible el derecho.

Una vez más, como ya dijimos antes, no es un problema de limitación de derechos, ni siquiera tanto de su intensidad, sino un problema de control de ejercicio de potestades discrecionales, cuando se adentra en terrenos propios del ejercicio de un derecho fundamental o una libertad pública.

Y aquí, atendidos los parámetros que contiene el artículo 28 de la Ley 14/1986, como del mismo modo, los correlativos en la normativa autonómica, *la cuestión se centrará en la proporcionalidad de la medida* adoptada y, antes, en su idoneidad para el fin pretendido.

Pues bien, aparte de la inviabilidad del fin incentivador de la vacunación que se pretende secundariamente a la hora de justificar la idoneidad de la misma, finalidad que, por otra parte, aún pierde más relevancia si tenemos en cuenta que en la propia Orden se habla de una tasa de vacunación en ese momento de en torno a un ochenta por ciento –de un noventa por ciento se habla con posterioridad-, también se dice que la finalidad de control de riesgo de transmisión del virus no se garantiza al cien por ciento, pues nada permite concluir en que los vacunados estén libres de un potencial contagio. Desde luego, ni la propia Administración mantiene que la medida en cuestión tenga eficacia preventiva de los contagios, al menos no una eficacia directa. Pero es que la documental

COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCD/index.html

CSV:

que acompañan las partes, tampoco permite concluir en la idoneidad de la medida para el fin pretendido.

Por una parte, la documental aportada por la Administración nos ilustra sobre las bondades de la vacunación, que nadie ha puesto, ni pone en duda, al menos el Tribunal no. Sobre esto ya hemos dicho que la normativa sanitaria no ampara una medida que condiciona el ejercicio de un derecho a una vacunación -que como tratamiento médico que es, también afecta otros derechos fundamentales-, que no se impone como obligatoria.

Pero es que, de la propia exposición de motivos de la Orden impugnada, combinado con el informe de la Ponencia de alertas, tratado en la Conferencia Interterritorial de Sanidad que aporta la actora, la primera no garantiza el fin que se pretende, y el segundo, lo descarta, en cuanto aplicada la medida como condición de acceso a establecimientos de ocio, restauración y actos multitudinarios.

DÉCIMO.- Y llegamos aquí a la cuestión polémica de la valoración de la prueba practicada en esos autos, y, especialmente, a la valoración del documento aportado por la actora y que fue admitido mediante auto de 1 de septiembre de 2022, denominado "Utilización del Certificado Digital Covid para el acceso a actividades de ocio y otros espacios interiores" "Ponencia de alertas, planes de preparación y respuesta y comisión de salud pública" de fecha 23 de noviembre de 2021, y las posteriores aportaciones de documental en refuerzo del valor probatorio de dicho documento, por vía de ampliación de hechos.

Sobre este particular, debemos tener en cuenta que la prueba propuesta fue admitida en los términos y alcance que fija nuestro auto de 1 de septiembre de 2022. En él se inadmitió, además de la testifical propuesta por la actora, la testifical y la testifical-pericial propuesta por la Administración demandada, sin que dicho auto fuera recurrido en reposición por ninguna de las partes. Tampoco por la Administración.

Y hacemos esta referencia, en relación con el recurso de reposición que la Letrada del Gobierno de Aragón, interpone frente a la providencia de 1 de marzo de 2023 por el que se admite el documento aportado por la actora con su escrito de 18 de noviembre, sin perjuicio de la valoración que del mismo proceda. Recurre en reposición dicha providencia a efectos de futura alegación en recurso de casación que, ya anuncia, da por sentado interpondrá la Administración frente a esta sentencia, anuncio que realiza sin darse la oportunidad de conocer las razones de esta Sala al resolver en los términos en que aún en esta línea todavía no ha hecho.

El caso es que en su escrito de 3 de marzo de 2023 hace más valoración de prueba que ofrecer fundamentos para la reposición de la providencia impugnada, la cual se limita a la admisión de adicional documental relacionada con otro documento que ya fue admitido por auto firme de 1 de septiembre de 2022, en el cual, como decíamos, también se inadmitió parte de la prueba de la demandada, inadmisión de la que ahora también se efectúa reproche en este recurso, cabe decir que intempestivamente.

Habremos de desestimar el recurso de reposición que se interpone, en primer lugar, porque no se alega infracción procesal alguna de norma reguladora de prueba de la que quepa concluir en una potencial indefensión de la recurrente. Pero es que, además, sobre la testifical y

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV:

pericial inadmitidas a la demandada, diremos, aparte que ya lo fue en el auto de 1 de septiembre que no recurrió en reposición, se refiere a documental que forma parte ya del expediente administrativo, con fuerza probatoria per se, propia de documental pública que es el expediente administrativo y que no precisa de comparecencia de su autora o autores, en una calidad en la que no puede comparecer, pues son, más que periciales, informes técnicos de la Administración autora del acto y no informes periciales propiamente dichos, tal y como recientemente la Sala Tercera ha dicho en auto de 15 de febrero de 2023, sec.3ª, (rec.158/2022).

UNDÉCIMO.- Resuelto de este modo el recurso de reposición interpuesto frente a nuestra providencia de 1 de marzo de 2023, en sentido desestimatorio, es tiempo ahora de entrar a realizar valoración de la prueba obrante en autos y, como decíamos, de manera particular, del documento denominado "Utilización del Certificado Digital Covid para el acceso a actividades de ocio y otros espacios interiores" "Ponencia de alertas, planes de preparación y respuesta y comisión de salud pública", de fecha 23 de noviembre de 2021.

Para empezar, de buena parte de la prueba que la Administración demandada ofrece, relativa a la efectividad de la vacuna, o del proceso de vacunación, frente al virus, se desprende el fin oculto, o más que oculto, indirecto porque en realidad se alude a él en la exposición de motivos de la orden impugnada, de incentivar la vacunación como mecanismo de lucha contra el COVID, pero sin imponerlo como medida obligatoria, como tantas otras se han impuesto hasta la fecha. Como quiera que ya hemos dicho que difícilmente puede justificar la legalidad de la vulneración de derechos fundamentales este concreto fin, descartaremos ahora entrar a valorar este tipo de informes sobre las bondades de la vacuna y del proceso de vacunación, bondades de las que, como ya hemos dicho, nadie ha dudado, desde luego nosotros no.

Pero de manera particular, y sobre el antedicho documento referido, que necesariamente sí habremos de valorar, diremos, en primer lugar, que es cierto que no lleva firma, pero sí lleva membrete oficial. Al respecto diremos que la Sala no entiende los esfuerzos de la Administración demandada en ilustrar a sus miembros, sobre la mayor o menor facilidad de alteración, adulteración, o, más gravemente, falsificación de un documento, que no del documento en cuestión. Nos limitaremos a expresar nuestra incomprensión de dicha estrategia de defensa y no haremos mayor reflexión.

Pero es que ocurre que por documental adicional, la parte acredita que idéntico documento se aportó a otros procedimientos ante otras Salas, contando con certificación de, concretamente, la Directora General de Salud Pública de la Generalitat valenciana, que certifica que la Dirección General tuvo acceso al contenido del informe de la Ponencia de alertas del Consejo Interterritorial de 23 de noviembre de 2021. Del mismo modo consta respuesta de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad al requerimiento de 11 de mayo de 2022 para la remisión del informe antedicho de fecha 23 de noviembre de 2021 y así se hace, en este caso a la Sala de lo contencioso del TSJ de Baleares. Del mismo modo, figura contestación desde la misma Dirección General, a través de su Directora General a oficio de esta Sala y sección, sobre el informe de la

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Ponencia de alertas de 23 de noviembre de 2021, que salió en prensa nacional en fecha de 1 de diciembre de 2021.

En dicha comunicación, no se negó la existencia del informe, sino que se dijo que la Ponencia analizó la utilización del certificado, y que no se llegó a incluir dicho punto en el orden del día ni fue aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Otro tanto cabe concluir en relación con la aportación de idéntica documentación en procedimientos que se ventilaban sobre cuestión idéntica en otras Salas de lo Contencioso-Administrativo, como es la de Asturias. Basta para ello con revisar la documental obrante en autos.

Pues bien, cabe concluir de todo ello que el informe existió, que tiene la consideración de oficial, pues, aunque no firmado, sí que lleva membrete oficial. Y la propia Directora General del Ministerio de Sanidad que informa a esta Sala, no dice que el informe sea falso o inexistente. Lo que dice es que se discutió, si bien no se llegó por la Conferencia a un acuerdo en línea con el mismo. Dice que se discutió en dicha sesión. Es decir que el informe existió, y que, a falta de manifestación contraria, su contenido es cierto, siendo suficiente para otorgarle plena fuerza probatoria de su contenido, el hecho de que lleva membrete oficial y no ha sido desmentido por el Ministerio de Sanidad. Estuvo sobre la mesa y si bien ciertamente no fue acogido, sin embargo, tampoco se ofrecen razones, ni motivos que llevaron a la Conferencia a rechazarlo o a no aprobarlo, de suerte que la medida restrictiva aparece como carente de fundamento. La Administración no explica por qué, teniendo sobre la mesa informes oficiales que cuestionaban o, mejor, descartaban la idoneidad de la medida, sin embargo pese a ello la misma fue adoptada.

Y así las cosas, lo que dice ese informe, claramente, es que la medida no sirve para el fin pretendido, razón por la cual, prescindiremos ya de analizar su proporcionalidad stricto sensu –sin perjuicio de que subrayemos, como ya hicimos en su día, la desproporción derivada de su imposición sin límite temporal ni territorial de ninguna clase, como hacen los artículos 2 y 3 de la Orden-, pues cabe concluir en que la medida no era idónea, ni, por consiguiente, necesaria, para el fin pretendido de control de la enfermedad y, antes bien, que podía relajar el cumplimiento de otras medidas más eficaces frente al virus.

Añadido a lo anterior, por si no fuera suficiente, ocurre que los espacios de ocio, establecimientos de restauración, hostelería, etc., atendidos datos oficiales que obran en autos, no son los que presentan mayor riesgo de transmisión de la enfermedad, pues, como es de ver por el examen de tales datos estadísticos, los contagios se producen principalmente en el trabajo, en el domicilio, en los colegios y en los hospitales o centros sociosanitarios. No decimos que la restauración y el ocio no sea una actividad de riesgo, lo que decimos es que presenta un riesgo mucho menor, estadísticamente, que las actividades y espacios antes referidos.

Consecuencia de todo lo dicho hasta ahora, será la estimación del recurso interpuesto.

DUODÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, procede la expresa condena en las costas del procedimiento a la Administración demandada, limitadas, por todos los conceptos a la suma total de 1.500 euros.

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html
Fecha: 15/05/2023 11:15
CSV:

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por todo lo cual,

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS, el recurso contencioso-administrativo – procedimiento especial de protección de derechos fundamentales nº 844/2021 Y DECLARAMOS NULA, la Orden impugnada SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, CONDENANDO a la Administración demandada a estar y pasar por tal declaración, todo ello con expresa condena en las costas del procedimiento a la Administración demandada, en los términos y con los límites que establece el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos

La presente documentación va dirigida al destinatario de la misma y contiene datos e información de carácter personal, amparado por la legislación de protección de datos. Si usted no es el destinatario deberá proceder a su destrucción por los medios adecuados que garantice la confidencialidad de los datos o devolverla a este Tribunal a la mayor brevedad posible. En cualquier caso no debe divulgar estos datos a terceras personas. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

Firmado por:

Fecha: 15/05/2023 11:15

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html

CSV

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN