ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
DERECHOS FUNDAMENTALES
RECURSO DE CASACIÓN Nº RCA / 5059 / 23
FISCALÍA Nº RCA / 106 / 23 - A
RECURRENTE: COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

A LA EXCMA. SALA

EL FISCAL, en el Recurso de Casación de referencia, evacuando el traslado que se le confiere mediante Providencia de fecha 27 de febrero de 2024, con entrada en esta Fiscalía del Tribunal Supremo al día siguiente, DICE lo que continúa:

ANTECEDENTES DE HECHO

I

1. En el Boletín Oficial de Aragón de 23 de noviembre de 2021 fue publicada, dimanante del Departamento de Sanidad de la Diputación General de Aragón, 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*.

La citada ORDEN SAN / 1561 / 2021 –con entrada en vigor al día siguiente de su publicación–, disponía el requerimiento de certificado COVID –"pasaporte COVID"– en:

a) Establecimientos de ocio nocturno.

b) Celebraciones sociales, familiares, religiosas o civiles, que pudieran tener lugar en establecimientos de hostelería y restauración.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:rvDK-t98d-qux5[redacted] Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es
FIRMA (1):[redacted] (04/04/2024 12:58)

c) Eventos de cualquier naturaleza reuniendo a más de quinientos asistentes en lugar cerrado o mil asistentes en espacio abierto.

Y contra la citada ORDEN SAN / 1561 / 2021 fue interpuesto recurso contencioso-administrativo por la entidad ELEUTERIA.

2. Dicho recurso contencioso-administrativo dio lugar a los autos Nº 844 / 2021, seguidos como *procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona* ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sección Primera– del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA).

En las mentadas actuaciones recayó Sentencia –Nº 174–, de 8 de mayo de 2023, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y, por consiguiente, dicha Sentencia declaró la nulidad de la ORDEN SAN / 1561 / 2021, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por tal declaración, así como en costas.

La citada Sección, para resolver en la Sentencia de 8 de mayo de 2023, entendió que era necesario partir de la doctrina jurisprudencial de esa Excma. Sala del TS y que resultaría de la STS de 26 de enero de 2022 (Recurso Nº 1155 / 2021), consistiendo tal doctrina en que la jurisprudencia fijada en recursos de casación frente a actos del art. 10. 8 LRJCA 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 que *"...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.".*

Y así, la Sentencia de 8 de mayo de 2023 del TSJA se muestra crítica con tal doctrina, que la Sala de Aragón no comparte y entiende que no resulta vinculante para ella, tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 10. 8 LRJCA por la STC 70 / 2022. Como consecuencia de lo anterior, la Sentencia de 8 de mayo de 2023, se replantea, como cuestión 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". Se trataría en definitiva, a decir de la misma Sentencia, del "*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*". Y, en ese control, parece llegar a la conclusión de que las condiciones vinculadas al pasaporte europeo –vacunación, recuperación o prueba negativa reciente–, en cuanto que dan lugar, como certificado COVID, a la adopción de una medida administrativa, ésta 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*", sino que tal medida administrativa "*tiene impacto, más o menos intenso, en el derecho a la intimidad*", y, en algún modo, en la "*libertad de circulación de las personas*".

Así pues, la Sentencia de 8 de mayo de 2023 aprecia que el certificado COVID, que enjuició, es medida limitativa de derechos fundamentales. Además, viene a precisar la misma Resolución judicial, que se trata de una medida dirigida a todos los ciudadanos, con el propósito general, no inmediato, de controlar una enfermedad transmisible; a la vez que se trata también 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*".

A partir de lo anterior, la Sentencia de 8 de mayo de 2023 afirma que la cláusula subsidiaria con que finaliza el art. 3 de la Ley Orgánica 3 / 1986, de 14 de abril, *de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública* (L. O. 3 / 1986), no ampara la imposición de medidas preventivas y también que, siempre a decir de dicha Sentencia, el certificado COVID tiene una faceta regulatoria del ejercicio de una determinada actividad –de ocio o multitudinaria– de modo seguro en cuanto al entorno o espacio. No obstante, la dimensión regulatoria de la medida relativa al certificado COVID, siempre según daría a entender la

Sentencia de 8 de mayo de 2023 con una estilística de abigarrada redacción no fácilmente inteligible del todo, pudiera tener encuadre en la Ley 14 / 1986, de 25 de abril, *General de Sanidad* (L. 14 / 1986) y la Ley 32 / 2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública* (L. 32 / 2011); cabiendo con tal tipo de medidas la injerencia en el espacio de los derechos fundamentales y las libertades públicas con limitaciones o restricciones que no afecten a su desarrollo o vuelvan a los mismos irreconocibles, debiendo respetarse en todo caso –atendidos los parámetros del art. 28 de la Ley 14 / 1986– la proporcionalidad de las medidas adoptadas y la previa idoneidad para el fin pretendido con las mismas.

3. Posteriormente, por la Letrada de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, en la representación procesal que le es propia, preparó recurso de casación en relación con la citada Sentencia de 8 de mayo de 2023, siendo tenido por preparado en virtud de Auto de 29 de junio de 2023 y de la Sala del TSJA, con emplazamiento de las partes, y por ello también de este Ministerio, para su personación ante esa Excma. Sala del Tribunal Supremo.

II

Ya por Providencia de 2 de noviembre de 2023, la Sección Primera de esa Excma. Sala inadmitió a trámite el recurso de casación preparado por la citada Letrada de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, por incumplimiento de lo previsto en el art. 89. 2. d) LRJCA, "*al no combatir el segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida que se remitía a otra sentencia dictada por la misma Sala y Sección de 16 de marzo de 2023 dictada al procedimiento ordinario 842/2021, que anulo la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre…"*; razonando la citada Providencia de 2 de noviembre de 2023 que *"si esa Orden SAN/1561/2021 ya había sido anulada por la Sala de Zaragoza en el recurso 842/2021 " carece de sentido que, por la vía de enjuiciar el contenido de la sentencia aquí impugnada en casación, entremos a pronunciarnos sobre la legalidad de una orden que ya ha sido anulada por sentencia firme y que, por tanto, ha quedado expulsada del ordenamiento jurídico."*

Sin embargo, instado incidente de nulidad de actuaciones por la representación letrada ya dicha y contra la citada Providencia de 2 de noviembre de 2023, la Sección Primera de esa Excma. Sala dictó Auto, de 26 de enero de 2024, en el que; tras razonar que se daban los presupuestos para declarar la nulidad de la Providencia de 2 de noviembre de

2023, puesto que ésta parte de una premisa errónea, al no ser firme la Sentencia de 16 de marzo de 2023 dictada en las actuaciones Nº 842 / 2021 y por lo que, en consecuencia, no resulta ser cierto que la ORDEN SAN / 1561 / 2021 haya sido expulsada del ordenamiento jurídico, como sostiene, erróneamente, la Providencia de inadmisión; se resolvió estimar el incidente de nulidad respecto de la mencionada Providencia que se dejó sin efecto.

III

Y es también a través del Auto citado de fecha 26 de enero de 2024, como la Sección Primera de esa Excma. Sala admitió a trámite el recurso de casación preparado por Letrada de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN contra la mencionada Sentencia –Nº 174–, de 8 de mayo de 2023 y que estimó el recurso contencioso-administrativo respecto de la ORDEN SAN / 1561 / 2021; precisando que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

> "*si las autoridades sanitarias autonómicas pueden adoptar medidas sanitarias que incidan sobre la libertad de empresa en el marco de una crisis sanitaria, con independencia de la previa declaración de cualesquiera de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la Constitución Española".*

Además, el citado Auto de admisión identificó, como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, todo ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otra u otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso –ex art. 90. 4 LRJCA–, las siguientes:

> *"los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; 26 y 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 12, 13 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública".*

IV

Remitidas las actuaciones a la Sección Cuarta –competente según las normas de reparto– de esa Excma. Sala, se presentó escrito de interposición de recurso de casación por parte de la Letrada de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, datado a 14 de febrero de 2024 y que viene a hacer afirmación de que las normas jurídicas sobre las que la

Excma. Sala ha propuesto llevar a cabo su interpretación otorgan cobertura jurídica a la actuación administrativa impugnada y anulada.

A partir de lo anterior y en particular, el citado escrito de interposición refiere que el art. 3 de la L. O. 3 / 1986 reconoce a las autoridades sanitarias al objeto de proteger la salud pública la facultad de adopción de las "*medidas oportunas*", en tanto que el art. 26 de la L. 14 / 1986 impondría a dichas autoridades sanitarias el deber de adoptar las medidas preventivas que estimen pertinentes y, a su vez, el art. 54 de la L. 33 / 2011 establece la posibilidad de adopción de "*cuantas medidas sean necesarias*"; concluyendo que toda esta legislación otorga amparo jurídico a la adopción, por las autoridades sanitarias competentes, de medidas sanitarias que incidan sobre la libertad de empresa en el marco de una crisis sanitaria, con independencia de la previa declaración de cualesquiera de los estados excepcionales previstos en el art. 116 CE, y, hace constar el mismo escrito que la autoridad sanitaria aragonesa, al adoptar la medida sanitaria objeto del presente recurso, se atuvo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo sobre adopción de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.

Y en atención a lo expuesto, razona también el aludido escrito de impugnación casacional, a modo de colofón, que siendo así el caso que existe en la legislación sanitaria un conjunto de preceptos que *"ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, especiales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales"*; de manera que, en consecuencia, cabe concluir que "*sí existe una cobertura jurídica en abstracto, y que por lo tanto el órgano judicial deberá limitarse a la revisión del juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad*", sucede entonces que esa argumentación resulta extensible a medidas que, no siendo limitativas de derechos fundamentales, sí afectan de manera puntual, a la libertad de empresa.

Continúa, en lo que de más relevante tiene el mismo escrito, exponiendo éste que la libertad de empresa proyecta una tenue intensidad cuando se enfrenta con la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y con la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la COVID-19; sucediendo que –a decir de tal escrito y que pretendería seguir sobre el particular de la exhibición del certificado COVID la jurisprudencia existente– que no se precisaría que la medida que se postula impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, siendo bastante

que la misma resulte eficaz, adecuada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud "*que resulte compatible con la realización de la actividad"* –se entiende que empresarial–, sin que se atisbe medida alguna que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos en relación con el ocio y los eventos multitudinarios, cabiendo la injerencia en la libertad de empresa en cuanto que responda a un fin constitucionalmente legítimo o se encamine a la protección o salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante; concluyendo de todo ello que las autoridades sanitarias autonómicas pueden adoptar la medida relativa a la exhibición del certificado COVID, pese a su incidencia sobre la libertad de empresa, ello en el marco de una crisis sanitaria, y con independencia de la previa declaración de cualesquiera de los estados previstos en el art. 116 CE, por lo que la ORDEN SAN / 1561 / 2021 anulada cumpliría, siempre según el escrito de interposición de recurso, con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Concluye el escrito de interposición de casación instando en el SUPLICO la pretensión de que sea casada y anulada la Sentencia recurrida, con desestimación del recurso contencioso-administrativo y declaración de ser conforme a Derecho la actividad administrativa impugnada, amén de que se haga afirmación positiva respecto de la cuestión que se estima de interés casacional y que ha sido recogida en el Auto de admisión.

V

Con posterioridad, teniéndose por interpuesto recurso de casación por Providencia de 27 de febrero de 2024 de la citada Sección Cuarta, ésta, por la misma Resolución judicial, acordó dar traslado del escrito de interposición al Ministerio Fiscal para la formulación de oposición al referido recurso, con entrada en esta Fiscalía del Tribunal Supremo al día siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

SOBRE LOS TEXTOS LEGALES CON INTERPRETACIÓN PROPUESTA

Este Ministerio, en lo que hace al presente ordinal, extraerá las conclusiones hermenéuticas que se deriven de la interpretación de las normas jurídicas que el Auto de

admisión ha propuesto, para, con dichas conclusiones, posicionarse con ulterioridad sobre las cuestiones de interés casacional planteadas.

A los efectos referidos cabe decir lo que sigue:

1. De entrada y con alcance general hay que tener en cuenta que, como expone la STS de 11 de enero de 2024 (Recurso de casación Nº 537 / 2023, F. D.3º) –con invocación de la STS 62 / 2022 y en el marco de una jurisprudencia ya consolidada–, "*la restricción de derechos fundamentales por razones sanitarias, ahora por razón de la pandemia del COVID19, no exige necesariamente la cobertura del estado de alarma*", y ello sin perjuicio de que dos estados de alarma finalmente hayan sido declarados inconstitucionales, siendo el caso que "*la restricción o limitación puntual de un derecho fundamental cabe hacerla mediante ley ordinaria, siempre respetando su contenido esencial y sin desnaturalizarlo*".

Y es también el caso que la doctrina jurisprudencial –SSTS 141, 532 y 1283 / 2023– ha exigido –para reconocer cobertura constitucional a las medidas sanitarias limitativas de derechos fundamentales, establecidas con la finalidad de combatir una pandemia, en este caso la del COVID-19, fuera de los estados excepcionales previstos en la L. O. 4 / 1981– una normativa sanitaria, como la que representa el conjunto integrado por la L. O. 3 / 1986, la L. 14 / 1986 y la L. 33 / 2011, además de la de la Comunidad Autónoma correspondiente sobre la materia, la cual normativa ofrece cobertura suficiente para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, por razones de preservación de la salud pública, cuando exista una pandemia y no haya sido previamente declarado uno de los estados excepcionales de la L. O. 4 / 1981; y además la misma doctrina jurisprudencial ha reclamado que, en todo caso, para la adopción de aquellas medidas deberá aplicarse el canon de proporcionalidad, justificando debidamente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas adoptadas, delimitando con precisión los ámbitos, subjetivo, objetivo, temporal, espacial y cualitativo.

Además las STS 62 / 2022 (F. D. 8º) ha destacado, en relación con la L. 14 / 1986 y la L. 33 / 2011 que *"[e]stas últimas leyes ofrecen precisiones objetivas, subjetivas, temporales y cualitativas que dan certeza a una restricción o limitación puntual y delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. También se refieren a un supuesto excepcional -el riesgo inminente extraordinario para la salud- que habilita a las*

autoridades sanitarias para adoptar las medidas "que se consideren sanitariamente justificadas" y motivadas, idóneas, temporales y proporcionadas".

2. Arts. 1 a 3 de la l. O. 3 / 1986.

Refiriendo que el art. 1 enuncia una habilitación general a las autoridades sanitarias para adoptar las medidas previstas en dicho texto legal –L. O. 3 / 1986– de exigirlo "*razones sanitarias de urgencia o necesidad*", y que, el art. 2 relaciona la tipología de medidas –de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control– con que se faculta para su adopción a las mismas autoridades por "*indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población*"; es el caso que el art. 3 de la L. O. 3 / 1986 ha sido calificado de "*innegablemente escueto y genérico*" –STS de 11 de enero de 2024 (Recurso de casación Nº 537 / 2023, F. D.3º) , invocando la STS 62 / 2022–.

No obstante de lo que se acaba de afirmar, es la misma STS de 11 de enero de 2024 (F. D. 3º) la que recientemente recuerda que *"el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 ofrece cobertura* (a eventuales restricciones o limitaciones de derechos fundamentales fuera del estado de alarma)*, pero hemos hecho depender su idoneidad no tanto de la intensidad de las medidas adoptadas a su amparo, como que estén sustancialmente justificadas según las circunstancias del caso y siempre que tal justificación esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate: esto es, debe justificarse que son medidas indispensables para salvaguardar la salud pública. Para ello ese precepto debe interpretarse en relación con los artículos 26 y 54 de la Ley 14/21986 ya citada y de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante, Ley 33/2011), respectivamente".*

E ilustrativamente en relación con el art. 3, la STS de 22 de junio de 2022 (Recurso de casación Nº5690 / 2021, F. D. 4º) señala que "*Está claro que al hablar de las medidas "que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible", está circunscribiendo claramente su habilitación a supuestos de enfermedades que entrañan tal peligro. No cabe, pues, hacer uso de ella en cualquier circunstancia sino en una de la gravedad y necesidad que se desprende de su propio enunciado. Hay, pues, una precisión objetiva --la existencia de una enfermedad transmisible-- que constituye 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". 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". Y la misma Resolución judicial continúa refiriendo que *"[...] este artículo, dotado de clara indeterminación final, no puede entenderse separadamente del 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*".

3. Arts. 26 y 28 de la L. 14 / 1986.

Dejando constancia de que el art. 28 de la L. 14 / 1986 fija los principios –preferente colaboración voluntaria, carencia de medidas obligatorias con riesgo para la vida, limitaciones sanitarias proporcionadas al fin perseguido y menor perjuicio a los derechos afectados– a los que deben responder las medidas preventivas de la intervención pública en relación con la salud individual colectiva; sucede que el art. 26 lleva a cabo la contemplación de medidas preventivas posibles para el caso de que *"exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud"*, exponiendo la STS de 22 de junio de 2022 (Recurso de casación Nº5690 / 2021, F. D. 4º) que *"Nuevamente, nos encontramos con la identificación de un supuesto excepcional --el riesgo inminente extraordinario para la salud-- y con una habilitación a las autoridades sanitarias, con indicación de actuaciones concretas y, además, con esta otra: "las que se consideren sanitariamente justificadas". Por tanto, además del 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, una cláusula en blanco que apodera a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento".*

4. Arts. 12, 13 y 54 de la L. 33 / 2011.

Dejando constancia de que el art. 12 se extiende en detalle en lo que sería la conceptuación de la vigilancia en salud pública, en tanto que el art. 13 atiende a su articulación, con previsión de la institución del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y del mecanismo de la Red de Vigilancia en Salud Pública; el art. 54, al

considerar medidas especiales y cautelares en materia de salud pública, según entiende la STS de 22 de junio de 2022 (Recurso de casación Nº5690 / 2021, F. D. 4º) y al igual que sucedería con los arts. 3 de la L. O. 3 / 1986 y 26 de la L. 14 / 1986, no constituye una cláusula en blanco para llevar a cabo "*cualquier cosa en cualquier momento*", afirmando la citada Resolución judicial que *"Este artículo 54 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".*

5. A modo de síntesis cabe concluir, como principal idea a retener y siempre siguiendo a la STS de 22 de junio de 2022 (Recurso de casación Nº5690 / 2021, FF. DD. 4º y 5º), que no es imprescindible que toda limitación de un derecho fundamental se deba imponer única y exclusivamente por ley orgánica y, en todo caso, los arts. 3 de la L. O. 3 / 1986, 26 de la L. 14 / 1986 y 54 de la L. 33 / 2011 –de los que no puede decirse que adolezcan de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen--, interpretados conjuntamente, dan cobertura jurídica bastante a la adopción por las autoridades sanitarias competentes de medidas limitativas o restrictivas de derechos, siempre que sean adecuadas, necesarias y proporcionadas. Así pues, 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.

II
SOBRE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL

Con el precedente bagaje interpretativo –al que en todo momento este Ministerio se remite– se puede abordar ya la cuestión suscitada como de interés casacional; esto es y según ya se ha expuesto:

Si las autoridades sanitarias autonómicas pueden adoptar medidas sanitarias que incidan sobre la libertad de empresa en el marco de una crisis sanitaria, con independencia de la previa declaración de cualesquiera de los estados excepcionales previstos en el art. 116 CE.

1. Así las cosas y siendo el caso que la libertad de empresa no constituye un derecho fundamental susceptible de amparo, en este caso judicial y, por consiguiente no puede ser invocada su vulneración en el ámbito de este procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, sí ha sido objeto de enjuiciamiento y valoración, de modo reiterado, por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha partido del reconocimiento de este derecho y de *"la libertad para crear una empresa y actuar en el mercado",* así como de *"la libertad para fijar los objetivos y planificar la actividad de esa empresa en atención a los recursos y a las condiciones del mercado*" –STC 35 / 2016 (F. J. 3º)–.

El art. 38 CE asegura, por consiguiente, *"a los individuos la libertad de intercambio comercial; esto es, la capacidad de ofrecer servicios o productos en el mercado"* –STC 7 / 2023 (F. J. 6º)–. Sin embargo no se trata de *"un derecho absoluto e incondicionado, y, por lo tanto, su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado, porque del art. 38 CE no puede derivarse sin más el derecho a acometer cualquier empresa o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo, sino solo el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden, o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general"* –STC 112 / 2021 (F. J. 7º)–.

Cabe decir también, siguiendo a la STC 7 / 2023 (F. J. 6º) –la cual recoge la doctrina precedente del Alto Tribunal– que el art. 38 CE *"impone límites a la configuración legislativa de este tipo de condiciones por parte del Estado, las comunidades autónomas y los entes locales. Las condiciones que se establezcan deben ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica".*

Así pues, de la doctrina constitucional expuesta puede concluirse que el art. 38 CE reconoce y garantiza la libertad de empresa como derecho de libertad, que comporta el derecho a crear y a desarrollar en libertad las propias ideas e iniciativas económicas, al

tiempo que protege el libre desarrollo de la actividad económica y el desenvolvimiento de las reglas propias del mercado.

Pero así también, destaca el Tribunal Constitucional que este derecho no es absoluto ni ilimitado, pues debe estar sujeto a las limitaciones que puedan imponer las autoridades, no sólo en lo que se refiere a la actividad económica en sí misma considerada, cuyo ejercicio ha de estar disciplinado por las condiciones que permitan la regulación del mercado, sino también por aquellas otras que respondan al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo y que atiendan a la preservación de otros derechos, colectivos o individuales de los ciudadanos de la comunidad, así como de los intereses generales propios de una sociedad democrática.

2. Sobre la particular cuestión de interés casacional objetivo que se refiere, en concreto, a la libertad de empresa del art. 38 CE, esa Excma. Sala, últimamente, ya ha tenido ocasión de pronunciarse en sus SSTS 141 / 2023, 532 / 2023 y 1283 / 2023.

En todas ellas y de modo resumido, se ha expresado que, en efecto, al margen de los estados excepcionales de la L.O. 4 / 1981, la normativa legal en vigor permite el establecimiento de medidas restrictivas para el ejercicio de los derechos fundamentales y, también, como sucede en este caso, para la libertad de empresa, en supuestos excepcionales como los motivados por una situación de pandemia producida en este caso por el virus COVID-19.

Esa Excma. Sala ha establecido que, en tales casos, "*el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad , el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, y el artículo 54 de la Ley 3/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, proporcionan cobertura normativa suficiente para la adopción de las medidas que pudieran ser restrictivas del derecho a la libertad de empresa (...)".* Y sucede que en el caso de la resolución a la que se refiere la STS 1283 / 2023 se trataba de medidas para el cierre de interiores en establecimientos de hostelería y restauración, que se encontraban más allá del ámbito de aplicación del Real Decreto 926 / 2020, en virtud del cual se declaró el segundo estado de alarma. La doctrina casacional establecida agrega que *"todo ello en relación, como es natural, con el marco normativo constitucional y estatutariamente establecido para cada Comunidad Autónoma".*

3. A partir, pues, de las anteriores consideraciones de alcance general sobre el derecho a la libertad de empresa y su reconocimiento por el art. 38 CE, así como de la jurisprudencia establecida por esa Excma. Sala, a juicio de este Ministerio, el citado precepto constitucional también confiere a las autoridades la posibilidad de establecer medidas limitativas del libre ejercicio de este derecho, no sólo en razón al propio funcionamiento del mercado y de la actividad económica en sí mismos considerados, sino también, utilizando *"el canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo",* para adoptar aquellas otras que, en situaciones excepcionales, de grave afectación a los intereses generales de la comunidad, sean conformes con un fin constitucionalmente legítimo, como es, en este caso, el de alcanzar la salud y bienestar público de los ciudadanos y que resulten idóneas y adecuadas para conseguirlo.

Por tanto, a juicio de este Ministerio, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo suscitada por esa Excma. Sala, como ya lo fue en los precedentes jurisprudenciales que hemos citado, ha de ser favorable a la posibilidad de que las autoridades, en este caso las sanitarias de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, adopten determinadas medidas limitativas del derecho al libre ejercicio de la actividad económica y de empresa, que tengan por finalidad la preservación de la salud pública de la comunidad social en tiempo de pandemia, en períodos cronológicos en que no haya sido declarado alguno de los estados excepcionales de la L.O. 4 / 1981, de conformidad con la normativa estatal a la que hemos hecho referencia en sucesivos apartados de este escrito y de acuerdo con lo que dispone el art. 71. 55 del Estatuto de Autonomía de Aragón, así como de la normativa legal de desarrollo sobre esta materia.

III
SOBRE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL RECURRIDA

Teniendo presente lo hasta aquí razonado, hay que recordar que la Sentencia recurrida, de 8 de mayo de 2023 y dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sección Primera– del TSJA, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y, por consiguiente, declaró la nulidad de la ORDEN SAN / 1561 / 2021, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por tal declaración, así como en costas.

La Sala del TSJA –como ya se vino a indicar *supra* al ordinal I – 2 de los ANTECEDENTES DE HECHO de este escrito y al que hay que remitirse– consideró, cabe recordar, que debía plantearse la cuestión de la cobertura legal de las potestades de policía sanitaria, juzgando que el certificado COVID es medida limitativa de derechos fundamentales, pero también se trata de una medida regulatoria del ejercicio de una actividad económica –de ocio o multitudinaria–, sin que la cláusula con que se cierra el art. 3 de la L. O. 3 / 1986 ampare la imposición de medidas preventivas. No obstante, ya se dijo *supra*, parecería apreciar la misma Sentencia que la L. 14 / 1986 y la L. 32 / 2011 posibilitarían medidas que comporten injerencias en el espacio de los derechos fundamentales y las libertades públicas con limitaciones o restricciones a los mismos, que, sin afectar al desarrollo, ni volver irreconocibles a tales derechos y libertades, guarden la debida proporcionalidad.

Ahora bien y siendo así las cosas, a decir de la Sentencia del TSJA en esta ocasión recurrida, sucedería que dicha Sentencia juzga que la medida relativa al certificado COVID no cumpliría el requisito de idoneidad y, por consiguiente, tampoco el de necesidad, lo que excusaría de analizar su proporcionalidad stricto sensu.

Sin embargo, a partir de los datos puestos de manifiesto en el propio preámbulo de la ORDEN SAN / 1561 / 2021 y de la documentación que para su elaboración fue incorporada al correspondiente expediente administrativo –procediendo ahora remitirse a todo ello–, puede colegirse que es un hecho suficientemente justificado en las actuaciones la proporcionalidad de la medida –proporcionalidad que se integra por su idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu– y por ello su conformidad con la legalidad vigente. Incluso en el controvertido 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 y de signo crítico para con la utilización del certificado COVID; sirviendo de apoyo en gran medida tal documento a la Sentencia recurrida del TSJA para rechazar la idoneidad y necesidad del certificado COVID; no obstante es el caso que dicho documento no deja de afirmar que la vacunación previene las formas graves de la enfermedad en términos no inferiores al 90%, siendo ello razón que abunda en la

pertinencia de la exhibición del certificado cuando menos en cuanto a vacunación se refiere.

Pero es que, diciendo más, no cabe olvidar que la disposición general impugnada se apoya expresamente en la normativa legal, tanto estatal como autonómica, normativa que ha sido reconocida por la jurisprudencia de esa Excma. Sala, en lo que se refiere a la estatal, como suficiente para dar cobertura legal a medidas limitativas de derechos fundamentales, que, además, en el caso de la adoptada en el supuesto de autos tiene carácter liviano. El preámbulo de dicha disposición general impugnada hace patente tal suficiencia, al destacar que *"Las medidas que incorpora la presente Orden han de enmarcarse en lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, (...)".*

También la ORDEN SAN / 1561 / 2021 expresa con detalle las circunstancias subjetivas, objetivas, espaciales y temporales para las que estaba prevista la obligatoriedad de exhibir los documentos justificativos de vacunación o de no estar contagiado por el virus, para el acceso a los establecimientos que específicamente se citaban en la misma.

La citada ORDEN SAN / 1561 / 2021 hace ver que la medida es idónea, pues se trata de *"reforzar la protección de la salud en actividades o ámbitos de interactuación social de especiales características, de manera que quepa generar hábitos de responsabilidad social compatibles con el disfrute del ocio, anticipando con ello pautas útiles para la deseable normalidad futura".*

La necesidad de adoptar esta medida se razona en el preámbulo de la disposición general impugnada, apoyándola en un esperable incremento de la afectación por COVID, con repercusión, entonces de presente y potencialmente susceptible de aumento, en el sistema sanitario. Así se señala expresamente que "*Es por ello necesario tomar medidas que disminuyan de nuevo la transmisibilidad en la población y que, por otro lado, limiten lo menos posible la movilidad social y las actividades a las que se ha acostumbrado rápidamente la población en las últimas semanas. Entre ellas, las actividades de más riesgo de transmisión, como pueden ser el ocio nocturno y todo tipo de celebraciones, más*

las reuniones sociales de mayor magnitud, son las que pueden aumentar la circulación del virus", refiriendo que "*las condiciones ligadas al pasaporte europeo (vacunado, recuperado o prueba negativa reciente) disminuyen de manera significativa las posibilidades de contagiar o ser contagiado en los entornos citados*".

Por lo demás, en el preámbulo de la ORDEN SAN / 1561 / 2021 se pone de manifiesto, también, la proporcionalidad de la medida a adoptar, refiriéndose que la medida de exhibición de determinada documentación resulta "*acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales o actividades donde la entrada o participación es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir*" y es el caso que "*quien no quiere justificar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba diagnóstica de infección activa negativa, el test de antígenos o el certificado de recuperación de la COVID-19 si ha pasado la infección*".

Es más todavía, abundando sobre la pertinencia del certificado COVID a la hora de sopesar su posible conflicto con derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos, hay que tener en cuenta que, como ya ha tenido ocasión de apreciar esa Excma. Sala –STS de 14 de septiembre de 2021 (Recurso de casación Nº 5909 / 2021, F. D. 9º)–, la afectación de los derechos fundamentales implicados en el caso pudiera juzgarse que no es de gran entidad e incluso discutible, pues se trataría de una "*mera exhibición momentánea*" de la documentación –tratándose de un acceso voluntario– "*en aras de proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones*"; siendo el caso que la idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación relativa a certificado COVID gana en concreción cuando se desciende a las características propias de los establecimientos en los que se exige, que en este caso son relativos al ocio o donde se celebran eventos multitudinarios, sin que resulte fácil mantener la distancia de seguridad o sea posible el uso constante de mascarilla.

Además, según viene a exponer la STS de 14 de septiembre de 2021 (Recurso de casación Nº 5909 / 2021, F. D. 9º) a efectos de idoneidad y necesidad de la medida adoptada es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de

la actividad, sin perjuicio, cabe añadir ahora, de que tal actividad se supedite en eventos multitudinarios a elaborar un plan –de prevención y control– y a la oportuna autorización. Pero en todo caso no es preciso que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero; cabiendo concluir, siempre conforme a criterio doctrinal que sienta la citada STS de 14 de septiembre de 2021 (Recurso de casación Nº 5909 / 2021, F. D. 9º), que *"El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales".*

Por lo expuesto y, en definitiva, toda vez que la ORDEN SAN / 1561 / 2021 ha cumplido debidamente con requisitos que la jurisprudencia de esa Excma. Sala exige para reconocer su conformidad a Derecho, pues cita de manera expresa normativa legal vigente aplicable a situaciones extraordinarias de pandemia cuando no ha sido declarado alguno de los estados excepcionales de la L.O. 4 / 1981, apoyándose en dicha normativa, y, además aporta una motivación, sustentada sobre el principio de proporcionalidad, respecto de la adopción de la medida limitativa de derechos fundamentales que regula; es por todo ello que, a juicio de este Ministerio, procede estimar el recurso de casación interpuesto.

IV
COSTAS PROCESALES

En cuanto a las costas ocasionadas en esta casación, atendidos los arts. 93. 4 y 139. 3 LRJCA, procede que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad; sin que quepa hacer imposición de las de la instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

V

Por lo expuesto

Y con fundamento, pues, en todas las anteriores consideraciones, el Fiscal solicita de esa Excma. Sala que proceda a dictar sentencia por la que se lleve a cabo:

1. La **ESTIMACIÓN** del recurso de casación interpuesto por la Letrada de la de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, en la representación procesal que le es propia, contra la Sentencia –Nº 174– de 8 de mayo de 2023 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sección Primera– del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictada en el recurso contencioso-administrativo Nº 844 / 2021, fijando la doctrina jurisprudencial que resulte de los términos de este escrito y que con arreglo a dicha doctrina se anule la Sentencia recurrida.

2. La desestimación del recurso contencioso-administrativo Nº 844 / 2021 en su día interpuesto por la entidad ELEUTERIA contra 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.*

3. El acuerdo de estar respecto de las costas a que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad; sin que quepa hacer imposición de las de la instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

En Madrid, a 4 de abril de 2024
EL FISCAL

[redacted]