ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

R. CASACION núm.: 5059/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1234/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

Eleuteria
Libertad & Derechos Fundamentales

REGISTRO DE NOTIFICACIONES JURÍDICAS Y ADMINISTRATIVAS
-SAGJAE-

RECEPCIÓN	M/REF	NOTIFICACIÓN
15-07-2024	07	16-07-2024

En Madrid, a 9 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **5059/2023** interpuesto por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN**, representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, frente a la sentencia 174/2023, de 8 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso contencioso-administrativo 844/2021. Ha comparecido como parte recurrida la asociación sin ánimo de lucro Eleuteria. Con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento esté prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administracionedjusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la asociación sin ánimo de lucro ELEUTERIA interpuso el recurso contencioso-administrativo 844/2021, seguido por los trámites del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 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.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue estimado por sentencia 174/2023, de 8 de mayo, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

> «*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.*»

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón ante dicha Sala escrito informando de su intención de interponer recurso de casación y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

sentenciadora, por auto de 29 de junio de 2023, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados la Comunidad Autónoma de Aragón como recurrente y la asociación ELEUTERIA como recurrida, y el Ministerio Fiscal, mediante providencia de 2 de noviembre de 2023 se acordó la inadmisión del recurso toda vez que la Sala de instancia había dictado la sentencia 99/2023, de 16 de marzo (recurso contencioso-administrativo 842/2021), en la que estimó la demanda y declaró la nulidad de la Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, sentencia que se consideró firme.

QUINTO.- Contra dicha providencia la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Aragón promovió incidente de nulidad de actuaciones alegando que esa sentencia 99/2023 no era firme, razón por la que mediante auto de 26 de enero de 2026 se acordó lo siguiente:

> «*1º) Estimar el incidente de nulidad de la providencia de 2 de noviembre de 2023 promovido por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón que se deja sin efecto.*
>
> »*2°) Admitir a trámite el recurso de casación núm. 5059/2023 preparado por preparado (sic) por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón contra la sentencia 174/2023, de 8 de mayo de 2023, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales 844/2021.*
>
> »*3º) Declarar que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la siguiente cuestión: si las autoridades sanitarias autonómicas pueden adoptar medidas sanitarias que incidan sobre la libertad de empresa en el marco de una crisis sanitaria, con*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

independencia de la previa declaración de cualesquiera de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la Constitución Española.

»*4º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación 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. 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 artículo 90.4 LJCA.* »

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2024 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SÉPTIMO.- La Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón evacuó dicho trámite mediante escrito de 14 de febrero de 2021 en el que interesó lo que sigue:

«[que se dicte] *sentencia estimatoria del presente recurso, casando y anulando la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y dictando nueva sentencia por la que desestime el recurso contencioso-administrativo, declarando conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, y reconociendo que 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.*»

OCTAVO.- Por providencia de 27 de febrero de 2024 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y, en aplicación del artículo 92.5 de la Ley

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), dar traslado a las partes recurridas y personadas, y al Ministerio Fiscal, para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó el Ministerio Fiscal, en escrito de 4 de abril de 2024, interesando, en resumen, la estimación del recurso de casación y desestimación del recurso contencioso-administrativo.

NOVENO.- Transcurrido el plazo concedido a la representación procesal de ELEUTERIA para presentar su escrito de oposición sin que lo verificara, se le tuvo por decaído en su derecho por diligencia de ordenación de 22 de abril de 2024.

DÉCIMO.- Conclusas las actuaciones y considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 24 de mayo de 2024 se señaló este recurso para votación y fallo el 9 de julio de 2024, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EL PLEITO.

1. La asociación ELEUTERIA impugnó 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. Debe significarse, tal y como consta en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia, que dicha Orden ya había sido declara nula por la sentencia 99/2023, de la misma Sala de instancia.

2. En la creencia de que tal sentencia 99/2023 había ganado firmeza, se acordó inadmitir el presente recurso de casación, lo que se dejó sin efecto, estimándose el incidente de nulidad de actuaciones promovido la Comunidad

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

Autónoma de Aragón, una vez que se constató que no era firme; y, en efecto, contra esa sentencia pende el recurso de casación 999/2024.

3. A su vez, debemos dejar constancia de que la sentencia 174/2023 ahora impugnada, aparte de reproducir la citada sentencia 99/2023, reproduce otra sentencia más, la sentencia 149/2023, de 14 de abril (recurso contencioso-administrativo 864/2023), que declaró la nulidad de la Orden SAN/1665/2021, de 10 de diciembre, por la que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón.

4. Pues bien, mediante sentencia 1198/2024, de 4 de julio (recurso de casación 5897/2023), hemos estimado el recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Aragón y, consiguientemente, hemos desestimado el recurso contencioso-administrativo contra la citada Orden SAN/1665/2021.

SEGUNDO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. Expone lo declarado en nuestra sentencia 62/2022, de 26 de enero de 2022 (casación 1155/2021), y que sigue la sentencia 833/2022, de 22 de junio (casación 5690/2021). Sin embargo, la sentencia ahora impugnada no comparte esa doctrina por la que el enjuiciamiento de fondo en el plenario se reduce a la revisión del previo juicio de proporcionalidad ya realizado en sede cautelar, de autorización judicial ex artículo 10.8 de la LJCA. Considera que en ese ámbito plenario puede replantearse 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.

2. Desde este punto de vista, mantiene que cada uno de los preceptos que encuadran el régimen jurídico de policía sanitaria, en caso de enfermedades transmisibles, tiene 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 completan la regulación contenida en el artículo 3 de la Ley de Salud Pública.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

3. Este último precepto se refiere al control de enfermedades transmisibles, mientras que el artículo 26 de la Ley 14/1986 se refiere al control de focos de peligro para la salud pública derivados del ejercicio de determinadas actividades de riesgo. Este precepto debe situarse en el contexto normativo concreto en el que se encuentra y que va indisolublemente unido al entendimiento del artículo 24 referido a «*actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud*», y que pueden someterse "a limitaciones preventivas de carácter administrativo", que son las del artículo 26.

4. Considera que se entenderá comprendida la medida que la Administración pretende adoptar en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud Pública, en el artículo 26 de la Ley 14/1986 y en el artículo 54 de la Ley 33/2011, sólo si los tribunales la consideran proporcionada en una ponderación que han de realizar en abstracto.

5. Analiza luego si la medida tiene encaje en la normativa sanitaria y si, en definitiva, las Administraciones pueden adoptarlas en tanto suponen injerencia en determinados derechos fundamentales. Para ello parte de que el acceso a determinados establecimientos o la realización de ciertas actividades, se condiciona a la acreditación de determinadas medidas que no se imponen como obligatorias de manera directa, esto es, la vacunación, o la prueba de no hallarse infectado, bien mediante prueba diagnóstica negativa o certificación médica de haber superado la infección.

6. Mantiene que la medida afecta a derechos fundamentales y presenta una doble naturaleza ya que, por una parte, es de carácter preventivo, dirigida a todos y cada uno de los ciudadanos, con el propósito general, no inmediato, de controlar una enfermedad transmisible y, de otra, es una medida regulatoria del ejercicio de una actividad económica que impone a quienes regentan o administran los establecimientos afectados o las actividades lúdicas, un deber de verificación de determinados datos personales e íntimos de los usuarios y

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

la consiguiente exclusión de aquellos potenciales usuarios que no cumplan las condiciones que pueda hacerles acreedores a la certificación que han de exhibir.

7. Desde este punto de vista afirma que no tiene amparo en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud Pública pues no ampara medidas preventivas. Continúa razonando que, dado que la impuesta pretende lograr el ejercicio seguro de una actividad pública o privada, podría tener encaje en la Ley 14/1986 -artículos 26 a 28-, y en la Ley 33/2011 -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. Entonces afirma que la cuestión se centrará en la proporcionalidad de la medida adoptada y, antes, en su idoneidad para el fin pretendido.

8. Analizando la situación concreta y datos aportados en el proceso, concluye que la medida no era idónea ni, por consiguiente, necesaria para el fin pretendido de control de la enfermedad.

TERCERO.- EL RECURSO DE CASACIÓN.

1. La sentencia impugnada se aparta de la jurisprudencia de esta Sala según la cual el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud Pública, en relación con los artículos 26 y 54 de las Leyes 14/1986 y 33/2011, respectivamente, ofrece cobertura a medidas limitativas de derechos fundamentales si se justifican atendiendo a las circunstancias y si superan el juicio de proporcionalidad e indispensabilidad.

2. En particular, cita nuestra sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre (casación 5909/2021), sobre la exhibición del denominado “pasaporte covid” o “certificado covid”, en la que se declara que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, y añade que la limitación es soportable si permite su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con el

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

derecho a la vida, a la integridad física, a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos como bienes constitucionalmente protegidos.

3. Finalmente pone de manifiesto que la Orden SAN/1665/2021 impugnada justifica, en su parte expositiva, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, justificación que también se analizó en la contestación a la demanda con base en la situación epidemiológica, la efectividad de la vacuna y el papel de la hostelería, y otros centros de ocio en la transmisión de la enfermedad.

CUARTO.- ALEGACIONES DEL MINISTERIO FISCAL.

1. El Ministerio Fiscal glosa nuestra jurisprudencia que ha declarado que “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”, bastando la cobertura que ofrece la legislación que venimos citando en esta sentencia y que contrasta con los distintos pronunciamientos de esta Sala y Sección respecto del juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

2. Concluye así pronunciándose respecto de la cuestión de interés casacional exponiendo, ante todo, que la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), no constituye un derecho susceptible de amparo mediante este procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. En todo caso, recuerda que sobre tal precepto esta Sala y Sección ya se ha pronunciado en diversas sentencias que cita, en las que se ha declarado que al margen de los estados excepcionales ex artículo 116 de la Constitución, la legislación permite adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales y, también, para la libertad de empresa, en supuestos excepcionales como es el caso.

3. Concluye así el Ministerio Fiscal interesando que se estime el recurso de casación y se desestime el recurso contencioso-administrativo. Para ello,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

repasa los razonamientos de la Sala de instancia, que expresamente se apartan de la jurisprudencia de esta Sala y que entiende que el certificado covid es una medida limitativa de derechos fundamentales.

QUINTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. Como hemos dicho, la sentencia impugnada reproduce en su práctica totalidad la sentencia 149/2023 de la misma Sala de instancia, que hemos casado y anulado en nuestra sentencia 1198/2024, que estima el recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Aragón planteado, también, en los mismos términos que en este caso. Por esta razón, reiteramos lo razonado en esa sentencia.

2. No obstante, debemos dejar constancia de que, en puridad y como bien señala el Ministerio Fiscal, es improcedente plantear por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, la infracción del artículo 38 de la Constitución y en que en esta casación fijemos doctrina legal sobre tal precepto constitucional.

3. Para reacomodar la cuestión de interés casacional, atenderemos a la posibilidad que ofrece la LJCA ex artículo 90.4 y recoge el auto de admisión para que ahora, como Sección sentenciadora, extendamos nuestra cognición a otra u otras cuestiones ya atinentes a derechos fundamentales.

4. Dicho lo anterior, en nuestra sentencia 1198/2024 hemos recordado que sobre la cuestión de interés casacional ya nos hemos pronunciado, por ejemplo, en la la sentencia 2/2024, 8 de enero (casación 7105/2022), que se remite a la sentencia de 26 de enero de 2022 (casación 1155/2021), en la que expusimos lo siguiente:

> «*QUINTO.- JURISPRUDENCIA DE LA SALA SOBRE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

» *1. La cuestión de interés casacional objetivo se ciñe a determinar si el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 presta cobertura jurídica suficiente para que la autoridad sanitaria adopte medidas restrictivas de los derechos fundamentales como la impugnada en la instancia, o si tales medidas han de estar amparadas en el régimen jurídico de los estados excepcionales regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, o en otros cuerpos legales orgánicos u ordinarios.*

(…)

» 3. *A partir de la sentencia 719/2021 fijamos una doctrina que se ha ido reiterando en las posteriores sentencias 788 y 792/2021 ya citadas y continuada en las 875 , 1079 , 1092 , 1102 , 1110 , 1112 y 1412/2021 de 17 de junio , 26 y 26 de julio , 2 de agosto , 13 y 14 de septiembre y 1 de diciembre , respectivamente (recursos de casación 4244, 5262, 5388, 5655, 5912, 5909 y 8074, todos de 2021, y respectivamente). Estamos ya ante una jurisprudencia consolidada.*

» 4. *Hemos sostenido que 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…*

(…)

» *7. Declaramos, por tanto, que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 ofrece cobertura, 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*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

ya citada y de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante, Ley 33/2011), respectivamente.

» 8. *Estas 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*".»

5. Esta es doctrina, que ahora reiteramos, lleva, junto con lo que a continuación expondremos, a la desestimación del recurso tal y como hemos dicho en la sentencia 1198/2024 en la que hemos razonado lo siguiente:

«*SEXTO.- El recurso de casación debe ser estimado con base en las siguientes consideraciones:*

(…)

» *2ª Lo primero que debemos resaltar es que la decisión de la Sala Territorial no la entendemos como de rechazo o confrontación con nuestra reiterada doctrina sobre la cobertura jurídica que a las Administraciones otorgan las citadas normal legales. De manera expresa discrepa sobre el hecho de que el enjuiciamiento de fondo en el plenario pueda verse reducido a la revisión del previo juicio de proporcionalidad realizado en vía de autorización judicial del artículo 10.8 de la Ley jurisdiccional 29/1998 - hoy día anulado por inconstitucionalidad-, al que, por cierto, esta Sala nunca ha afirmado en la manera categórica que se quiere hacer ver pues nunca se ha dicho que la Sala no deba entrar a valorar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas cuestionadas en el segundo cauce procesal plenario.*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

» 3ª) No consideramos acertado el juicio que la Sala Territorial alcanza cuando considera que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 no ampara medias de naturaleza preventiva. Es evidente que nuestra reiterada doctrina no hace esa diferenciación en ninguno de los casos examinados.

» 4ª) Cuando la Sala Territorial concluye que las medidas de "certificado Covid" no son idóneas ni necesarias se aparta de lo que nosotros ya hemos dicho en varias ocasiones. El juicio de idoneidad incluye un componente jurídico que la sentencia olvida y que nosotros hemos empleado para declarar idóneas medidas de la misma naturaleza adoptados por otras Comunidades Autónomas. Nos referidos al valor que debe darse al "certificado Covid", también denominado "Pasaporte Covid", a la vista de nuestras sentencias…»

6. En concreto y sobre tal cuestión en la sentencia 1198/2024, ya citada, hemos razonado esto.

« *OCTAVO.- Las limitaciones de los derechos fundamentales*

(…)

»*…tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

7. Además, en la sentencia 1112/2021 se hizo en ese Fundamento de Derecho Octavo la siguiente afirmación que reiteramos:

> «*Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos.*
>
> (…).
>
> » *En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia.* (…)".

8. Finalmente, y siguiendo con la cita de la sentencia 1112/2021, se añadió lo siguiente:

> «*NOVENO.- La justificación de la medida*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

(…)

» *No es preciso, desde luego, 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. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida 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. 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.*»

SEXTO.- APLICACIÓN AL CASO.

1. Conforme a lo expuesto, y a efectos del artículo 93.1 de la LJCA, resolvemos la cuestión de interés casacional declarando que 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 fuera de los derechos fundamentales, en lo que hace a la libertad de empresa, añadimos que el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud Pública y el artículo 54 de la Ley 33/2011 proporcionan cobertura normativa suficiente para la adopción de las medidas que pudieran ser restrictivas del derecho a la libertad de empresa.

2. La consecuencia de aplicar nuestra jurisprudencia es que se estima el recurso de casación, se casa y revoca la sentencia de instancia, con desestimación del recurso contencioso-administrativo, confirmándose la Orden SAN/1665/2021.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

SÉPTIMO.- COSTAS.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA, en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, no se hacen imposición de costas.

2. En cuanto a las de la instancia, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA, no se aprecian razones para imponerlas a vista de lo controvertido de lo litigioso.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Sexto.1,

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGÓN** contra la sentencia 174/2023, de 8 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso contencioso-administrativo 844/2021, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación **ELEUTERIA**, por los trámites del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona, 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.

TERCERO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)

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

Así se acuerda y firma.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DzmC-AQs9-f3WT-2jjF-M Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FIRMA (1): Jose Luis Requero Ibañez (11/07/2024 10:48)
FIRMA (2): Antonio Jesus Fonseca-herrero Raimundo (11/07/2024 12:38)
FIRMA (3): Pilar Teso Gamella (12/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Luis Maria Diez-picazo Gimenez (12/07/2024 14:02)
FIRMA (5): Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva (12/07/2024 14:03)