



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SEDE GRANADA  
SECCIÓN PRIMERA  
RATIFICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS Nº 52/2022.**

**AUTO nº 10/22**

**Ilmo. Sr. Presidente:  
Don Jesús Rivera Fernández  
Ilmos. Sres. Magistrados  
Doña María Salud Ostos Moreno (ponente)  
Don Miguel Pardo Castillo**

En la ciudad de Granada, a trece de enero de dos mil veintidós.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación legal de Administración autonómica ha presentado en fecha 12 de enero de 2022 solicitud de ratificación judicial de la Orden de 11 de enero de 2022 por la que se proroga la medida establecida en la Orden de 16 de diciembre de 2021 por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

**SEGUNDO.-** Conferido traslado al Ministerio Fiscal, ha informado en sentido favorable a la ratificación de la medida.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.- Objeto de la solicitud de ratificación judicial.**

La Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo del artículo 10.8 de la LJCA, introducido en la reforma operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas





procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, solicita la ratificación judicial de la «Orden de 11 de enero de 2022 por la que se prorroga la medida establecida en la Orden de 16 de diciembre de 2021 por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento».

#### **SEGUNDO.- Competencia de la Sala.**

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

En concreto, en el artículo 10.8 de la LJCA se establece que corresponderá a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. Y en el art. 122 *quater* del mismo texto legal se indica que en la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i ) de la presente Ley será parte el Ministerio Fiscal.

En el supuesto objeto de estudio, no cabe duda de que los destinatarios no están identificados individualmente, pues la medida se encuentra dirigida con carácter general a todas las personas usuarias mayores de 12 años que pretendan acceder al espacio interior de los establecimientos de hostelería, y de ocio y esparcimiento, definidos de conformidad con lo dispuesto respectivamente en los epígrafes III.2.7 y III.2.8 del Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Decreto 155/2018, de 31 de julio, y establecimientos asimilados a este epígrafe, conforme a su disposición adicional novena.

La ratificación es solicitada por la Junta de Andalucía quien, según argumenta en su solicitud, la medida reviste carácter urgente y necesario para la salud pública.

Razones por las que, en definitiva, debe reconocerse la competencia de este Tribunal.

#### **TERCERO.- Ámbito del presente procedimiento.**

El objeto del presente procedimiento viene determinado por la solicitud de ratificación judicial de la medida adoptada en la precitada orden.

También hemos de aclarar que la ratificación judicial de la medida en ningún caso alcanza a la declaración de conformidad a derecho de la misma, sino que el pronunciamiento en este trámite, de cognición reducida, se limita a determinar si la medida de que se trata restringe o limita derechos fundamentales; si tiene cobertura constitucional y la adopta el



órgano competente; y si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia en esta materia.

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

#### **CUARTO.- Fondo del asunto.**

##### **a) Objeto del procedimiento de ratificación.**

El texto de la orden cuya ratificación se solicita es el siguiente:

*"Artículo único. Prórroga de la medida establecida en la Orden de 16 de diciembre de 2021 por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.*

*Se prorroga, en los mismos términos, la medida establecida en la Orden de 16 de diciembre de 2021 por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento desde las 00:00 horas del día 15 de enero de 2022 hasta las 00:00 horas del día 1 de febrero de 2022.*

##### *Disposición final primera. Ratificación judicial.*

*De conformidad con el artículo 41 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, dese traslado al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en orden a solicitar la ratificación judicial de aquellas medidas que puedan restringir o limitar derechos fundamentales, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

##### *Disposición final segunda. Régimen sancionador.*

*El incumplimiento de la medida de prevención de salud pública de la presente orden quedará sujeto al procedimiento de la actividad inspectora y al régimen sancionador establecidos en el Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en Andalucía ante el Covid-19.*

##### **b) Motivación de la orden.**





El preámbulo de la orden justifica la proporcionalidad y necesidad de la medida, en resumen, con base en los siguientes apartados, que pasamos a transcribir parcialmente:

*"La Orden de 16 de diciembre de 2021 por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento, estableció dicha medida hasta las 00:00 horas del 15 de enero de 2022. El Auto Num.550/21 de 17 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo en Granada, Sección Primera, ratificó la citada medida, y la Resolución de la Secretaría General Técnica de 19 de diciembre de 2021 dio publicidad a la mencionada Orden (BOJA extraordinario número 93 de 19 de diciembre de 2021).*

*El Consejo de Alertas de Salud Pública de Acto Impacto, en su reunión del día 3 de enero de 2022, ha propuesto que se prorrogue hasta el 31 de enero de 2022 inclusive, la medida adoptada en la citada Orden y ratificada por el referido Auto. Dicha propuesta se fundamenta, principalmente, en una situación de aumento muy importante de casos de la sexta ola de la enfermedad, que si bien comenzó de una forma lenta y sostenida, se ha acelerado exponencialmente en las últimas tres semanas.*

*En la actualidad, si bien la cobertura vacunal es elevada, nos encontramos en una situación de aumento muy importante de casos de la sexta ola de la enfermedad que comenzó con un aumento de casos de una forma lenta y sostenida en la semana 41 (11-17 de octubre de 2021) y que se ha acelerado de forma exponencial en las últimas tres semanas. De hecho, a nivel de Distritos sanitarios, todos se encuentran en nivel de riesgo muy alto: cuatro están por encima de 2000 (Córdoba, Guadalquivir, Granada y Jaén Nordeste), uno se encuentra por debajo de 1000 (Poniente de Almería con 969), el resto de Distritos se sitúan con una incidencia entre 1000 y 2000.*

*Las últimas semanas se está produciendo un aumento en el número de casos diagnosticados, más acentuado en estas últimas semanas. El límite de positividad de las pruebas diagnósticas a partir del cual el riesgo de transmisión se ve incrementado es del 4%, considerándose este indicador como de riesgo alto apartir de un porcentaje del 10 %.*

*En España, en las últimas semanas se ha detectado mediante cribados por PCR, un crecimiento exponencial en la proporción de Ómicron frente a Delta. Los primeros estudios indican una capacidad de escape inmunitario mayor que el encontrado frente a Delta. Los datos preliminares indican que la variante Ómicron no causaría enfermedad más grave en los adultos y que la vacuna reduciría aún más la probabilidad de desarrollar cuadros graves, la hospitalización y la muerte.*

*El riesgo de diseminación de la variante Ómicron en Andalucía se considera muy alto, aunque se espera que las vacunas actuales mantengan una efectividad mayor frente a infección grave, la disminución de la efectividad frente a infección sintomática y el aumento en la probabilidad de reinfección facilitan el aumento de casos, por lo que el impacto en la población se considera también muy alto. Debido al contexto epidemiológico actual y a la expansión de la variante Ómicron, se recomienda continuar aumentando los porcentajes de cobertura vacunal y la administración de dosis de refuerzo en poblaciones diana, así como mantener y enfatizar el cumplimiento de las medidas de control no farmacológicas, como es*





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

*el uso adecuado de mascarilla, la distancia interpersonal, la ventilación adecuada en los espacios cerrados y la higiene de manos.*

*La situación epidemiológica a fecha actual es de un nivel de riesgo superior al existente en el momento de dictar la Orden de 16 de diciembre de 2021, siendo válidas en el día de hoy las justificaciones que en su momento se argumentaron para adoptar esta medida.*

*Por ello, se considera necesario y oportuno, a la vista de la situación epidemiológica actual, donde se espera observar una cierta estabilización de los casos, así como un mayor conocimiento científico sobre las características de la nueva variante Omicron, prorrogar la medida establecida en la Orden de 16 de diciembre de 2021, por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento, hasta incluido el 31 de enero de 2022, pudiéndose entonces valorar el impacto de las dosis de refuerzo a la población mayor de 50 años, el impacto de la cobertura vacunal en menores de 5 a 12 años (donde se espera que en dicha fecha sea mucho mayor)."*

**c) Base legal de la medida solicitada.**

Con carácter preliminar, cumple entrar en el análisis de la existencia de cobertura legal para la adopción por parte de la autoridad sanitaria autonómica de la medida cuya ratificación se solicita.

La STS (Contencioso), sec. 4ª, de 24-05-2021, nº 719/2021, rec. 3375/2021, tras la transcripción literal de los artículos 3 de la LO 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, concluye que tales preceptos ofrecen 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.

Esta sentencia del Alto Tribunal señala que hubiera sido deseable una regulación más específica para afrontar los problemas jurídicos que ha suscitado la pandemia (como igualmente hizo el Consejo de Estado en el dictamen elaborado respecto del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, y numerosos Tribunales Superiores de Justicia, con argumentos que esta Sección comparte íntegramente), y aclara que será necesario examinar cada medida y proceder a una detenida valoración conforme a los criterios extraídos de los preceptos anteriormente indicados.

Más concretamente, será preciso someter a enjuiciamiento su adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En cuanto al objeto de la presente solicitud de ratificación, es inevitable la cita de la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 14-09-2021, nº 1112/2021, rec. 5909/2021, que ratificó una medida idéntica en el ámbito del ocio nocturno. En la misma, se aclara que a pesar del





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

«escueto contenido» del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con los demás leyes que anteriormente hemos hecho referencia, resulta suficiente como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten limitaciones de derechos fundamentales, con más razón respecto de una restricción que es calificada por la sentencia como de «carácter liviano».

Además de la normativa estatal y la doctrina jurisprudencial que la complementa, debe resaltarse igualmente el derecho autonómico.

El artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Administración autonómica la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular, sobre la ordenación y ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos.

Con base en dicha competencia, se dictó la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que en sus artículos 21 y 62.6 expresa que corresponderán a la Consejería de Salud, en el marco de las competencias atribuidas a la Junta de Andalucía, entre otras, la adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente de existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.

La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, en fin, expresamente contempla la situación de riesgo para la salud pública derivado de la situación sanitaria de una persona o grupo de personas, como presupuesto habilitante para la adopción de las medidas necesarias para limitar esos riesgos, de acuerdo con la citada Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Por cuando antecede, hemos de afirmar la existencia de base legal para la adopción de la medida que nos ocupa, no obstante el necesario análisis acerca de su justificación con base en la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la misma.

#### **d) Justificación de la medida. Limitación de derechos fundamentales.**

Sobre la justificación, necesidad y proporcionalidad de la medida que nos ocupa, ya nos pronunciamos en nuestro Auto de 17 de diciembre de 2021 (ratificación judicial 2319/2021), en que concluimos que concurrían esos requisitos indispensables para la ratificación de aquélla, para lo cual tuvimos en especial consideración el informe que se adjuntaba como documento dos, consistente en el dictamen de la Dirección General de Salud Pública y Ordenación Farmacéutica de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía.

Así, razonamos:

*"(...) Tras analizar pormenorizadamente la situación epidemiológica actual en Andalucía (distinguiendo entre la incidencia de la enfermedad, positividad, índice de reproducción, ocurrencia de brotes, variantes del virus y cobertura vacunal) indica que el número de brotes ha mantenido una tendencia ascendente y que la tasa de incidencia en los últimos 14 días en la Comunidad Autónoma de Andalucía es de 138,2, al haberse*



diagnosticado 11.694 casos. Sin embargo, hemos de añadir que el informe fue elaborado el 10 de diciembre de 2021 y los datos actualizados a fecha de 14 de diciembre que arroja el Instituto de Estadística y Cartografía eleva esta tasa a 203,4 en el conjunto de Andalucía.

Además, el informe alerta de la detección de la variante denominada "Omicrón", que, conforme a los datos actuales, «apunta hacia una mayor capacidad de transmisión».

En relación con la evaluación del riesgo en los escenarios de exposición, indica que este análisis debe tomar en consideración cinco factores: (i) lugar donde se produce el contacto, pues es más probable en espacios cerrados al ser susceptibles de concentrar mayor carga de partículas víricas en el ambiente (aerosoles); (ii) tiempo de contacto; (iii) actividad concreta realizada, habida cuenta que aquellas que provoquen un mayor volumen de aerosoles incrementan la probabilidad de contagio, así como las que conllevan la imposibilidad del uso de mascarilla como elemento limitante del número de partículas virales emitidas; (iv) distancia entre las personas; (v) número de personas expuestas.

Al hilo del anterior, conforme a los estudios epidemiológicos sobre el comportamiento de la enfermedad, la mayoría de las infecciones se producen por exposiciones prolongadas a las secreciones respiratorias que se emiten en forma de aerosoles, e igualmente se ha calculado «un riesgo de transmisión de unas 20 veces mayor en interiores frente a exteriores».

En un espacio interior, además de las condiciones de ventilación, número de personas, distancia entre ellas, el tiempo que permanezcan en contacto y el uso de las medidas de protección personal, debe otorgarse especial relevancia a aquellos actividades en las que no sea compatible el uso de la mascarilla.

Más concretamente, el informe contiene un apartado de "consideraciones específicas" en el que se propone la aplicación de la medida respecto de los escenarios considerados de mayor riesgo de exposición, por realizarse en espacios cerrados donde se desarrollan actividades en las que no es posible el uso continuado de la mascarilla e incluso «se aumenta el número de contactos, se sale de la burbuja social y se eleva la voz».

Con cita del estudio "Evidencia epidemiológica acerca del rol de la hostelería en la transmisión de la COVID-19: una revisión rápida de la literatura", establece como resultado que «los estudios de modelaje evidencian que las intervenciones relacionadas con la disminución de los contactos sociales en el interior de negocios tienen la capacidad para disminuir la velocidad de transmisión. Los estudios de inferencia estadística mostraron resultados similares, afirmando que el cierre de la hostelería es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia o mortalidad. Los estudios de brotes muestran la capacidad de los establecimientos de hostelería y restauración para generar eventos de super-contagio, a la vez que enfatizan la importancia de controlar las corrientes de aire y la correcta ventilación del interior de los establecimientos».

En cuanto a los establecimientos de ocio nocturno y similar, el informe indica que «son espacios de socialización que favorecen la relajación de la atención necesaria para mantener las medidas de prevención individuales [...] además existe evidencia de carga





*viral en los jóvenes [...] lo que favorece la transmisión, sobre todo si tenemos en cuenta que la proporción de asintomáticos o con síntomas muy leves también es más común en edades tempranas».*

*Como conclusión, indica que los locales de ocio nocturno y actividades en espacios cerrados donde existe una mayor socialización, incluido el consumo de alcohol, deben ser considerados como escenarios de mayor riesgo de transmisión del SARS-CoV-2, pues el riesgo es 20 veces superior al que existe en espacios abiertos. Además, también se incrementa la posibilidad de transmisión por los denominados "supercontagadores", fundamentalmente en eventos y celebraciones con una relevante concentración de personas.*

*A continuación, en cuanto a la evaluación de los grupos de edad y la cobertura vacunal, el dictamen resalta que la evidencia reciente muestra una disminución del contagio entre la personas vacunadas, habida cuenta que su carga viral es de 2 a 4 veces menor que en las personas no vacunadas, aunque hay estudios que sitúan esta diferencia entre 1.6-20. Y respecto de los grupos etarios, la mayor diferencia se observa en las personas vacunadas con una edad de 60 a 80 años, pues el riesgo de infección es casi 8 veces menor; y en el grupo de 30 a 59 años: la hospitalización es 9 veces inferior para los vacunados, 17 veces inferior para ingreso en UCI y no ha habido defunciones en vacunados en el citado tramo de edad.*

*De esta manera, concluye que «se evidencia que las personas sin inmunidad tienen mayor probabilidad de infectarse y de ser transmisores con mayor carga viral que las personas con inmunidad (natural o adquirida), lo que justifica que se evite el acceso de éstas a lugares donde la exposición al riesgo es mayor».*

*Prosigue el informe analizando las tres situaciones contempladas en el apartado 1 de la orden:*

*1.- Propone implantar el certificado de vacunación COVID conforme a la evidencia disponible científicamente, en la que se describe que «el riesgo de transmisión de COVID-19 entre los vacunados es mucho menor que los vacunados». No solo por tener un menor riesgo de infectarse, sino porque, en caso de estarlo, «la tasa de ataque secundaria de los casos de COVID vacunados fue menor que la tasa de ataque secundaria a casos de COVID no vacunados».*

*Con base en un informe del ECDC, enfatiza que la carga del estado viral de las personas vacunadas con COVID-19 es más bajo que el de los infectados no vacunados, tanto en casos sintomáticos como asintomáticos, lo que implica una reducción del tiempo y la cantidad de excreción del virus entre los individuos vacunados.*

*2.- En relación con el certificado de recuperación COVID, igualmente con base en la literatura científica realizada por el ECDC, que cita expresamente, en las personas que ya han sido diagnosticadas como un caso COVID-19 confirmado se reduce su probabilidad de reinfección durante un seguimiento de 5 a 7 meses en un porcentaje que oscila entre el 81 y el 100 por ciento.*





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

3.- Finalmente, respecto del certificado COVID de pruebas diagnósticas, se establece en la Unión Europea con la finalidad de reducir el riesgo de contagio en los interiores de los centros socio-sanitarios y habitaciones de los pacientes ingresados en los centros hospitalarios. Aunque las pruebas de diagnóstico solo establecen una imagen fija de la situación de la persona que se realiza dicha prueba, la propia UE ha establecido un periodo acordado de validez en la que los «estados miembros aceptan los informes de terminación del proyecto como válidos durante 72 h y en pruebas de antígeno durante 48 h». Este periodo, continúa indicando el dictamen, se estableció porque las técnicas de diagnóstico aceptadas son altamente sensibles y permiten detectar casos incluso en la fase previa del inicio de los síntomas, cuando el aumento de la carga viral sigue siendo lo suficientemente bajo como para ser considerado una "persona poco transmisible".

Y concluíamos: "Con base en el dictamen expuesto de forma sucinta, hemos de afirmar la necesidad e idoneidad de la medida que se pretende implantar. Es necesaria al objeto de reducir de forma inmediata la tasa ascendente de contagios, especialmente en el ámbito del ocio nocturno al tratarse de un escenario calificado de mayor riesgo de transmisión del SARS-CoV-2, habida cuenta que el peligro de contagio es 20 veces superior conforme a los estudios anteriormente citados. Y es idónea porque tiene por objeto limitar el acceso a estos establecimientos de usuarios que potencialmente poseen un mayor riesgo de transmisión de la enfermedad: personas infectadas (prueba diagnóstica), al menos cuando ya han superado la fase inicial de la enfermedad y ésta es más contagiosa, pasadas 72 horas; y aquellos que por no haber sido vacunados o no haber pasado la enfermedad durante los 6 meses anteriores, igualmente es más elevado el riesgo de contagio y más alta la tasa de ataque secundario a casos de COVID.

Aunque el riesgo nunca será nulo, no por ello debe entenderse que la medida carezca de utilidad, y, por tanto, que por este motivo no sea materialmente idónea y necesaria en el actual contexto epidemiológico".

Pues bien, en el momento actual en que se solicita la prórroga de la medida que entonces autorizamos con vigencia hasta el 15 de enero de 2022, por considerarla necesaria, idónea y proporcionada, la situación epidemiológica descrita en el informe que se acompaña a la solicitud justifica la prórroga de la medida, dado el incremento exponencial en la incidencia, y la capacidad de transmisión y contagio que ha revelado la variante dominante, "omicron".

Así, la situación actual se describe de la siguiente manera:

"En estos momentos nos encontramos en una situación de aumento muy importante de casos de la sexta ola de la enfermedad que comenzó con un aumento de casos de una forma lenta y sostenida en la semana 41 (11- 17 de octubre) y que se ha acelerado de forma exponencial en las últimas tres semanas.

-Incidencia

La cifra de incidencia acumulada en los últimos 14 días se sitúa en 1.646,9 casos por 100.000 habitantes en el día de hoy, correspondiendo con un nivel de riesgo muy alto.





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

*Todas las provincias andaluzas se encuentran en nivel de riesgo muy alto, estando el rango de la incidencia entre el valor de Córdoba (2.259,4) que presenta la cifra más alta y el de Sevilla (la más baja: 1.325,3). A nivel de Distritos, todos se encuentran en nivel de riesgo muy alto: cuatro están por encima de 2000 (Córdoba, Guadalquivir, Granada y Jaén Nordeste), uno se encuentra por debajo de 1000 (Poniente de Almería con 969), el resto de Distritos se sitúan con una incidencia entre 1000 y 2000.*

*Esta subida exponencial se puede apreciar en la siguiente tabla: (...) En la que claramente se aprecia la pendiente alcista de esta onda, por encima de las ondas epidémicas anteriores.*

*Respecto a la incidencia por tramos etarios, en mayores de 65 años (tramo a partir del cual se considera que la infección por SARS-CoV-2 conlleva mayores posibilidades de padecimientos graves y hospitalizaciones) también ha experimentado un incremento en las tasas de incidencia, desde finales de noviembre de 2021, donde se encontraban por debajo de 100 casos x 100.000 habitantes a 14 días, situándose actualmente en incidencias de 782,7 a 14 días, con provincias donde la incidencia es mayor, como se expresa en la siguiente tabla (Fuente: Servicio Vigilancia y Salud Laboral de la Dirección General de Salud Pública y Ordenación Farmacéutica)".*

La prórroga de la medida que ahora se interesa, en atención a la situación epidemiológica descrita es adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad; necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad. (STS (Contencioso), sec. 4ª, de 1-12-2021, nº 1412/2021, rec. 8074/2021".)

Y es que, como ya razonamos en el Auto de 17 de diciembre de 2021, "Siguiendo en este apartado lo razonado en la citada STS (Contencioso), sec. 4ª, de 14-09-2021, nº 1112/2021, rec. 5909/2021, la medida que nos ocupa podría llevar aparejadas limitaciones sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), a la intimidad (artículo 18.1) y a la libre circulación de personas (artículo 19). Si bien, no cabe perder la perspectiva de que el fin último de la medida es la salvaguarda del derecho fundamental a la vida (artículo 15), y la protección de la salud (artículo 43) en una situación como la pandemia por Covid-19.

*Respecto de la eventual lesión del derecho a la igualdad, no es sostenible que exista una situación de discriminación entre los vacunados y los que no lo están. La documentación exigida reviste una triple modalidad asequible para todos, de modo que si alguna persona no quiere mostrar si ha sido vacunado —habida cuenta el carácter voluntario de la vacuna— siempre podrá presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.*

*Pero aun asumiendo que existiera la citada situación de discriminación, concurre una justificación objetiva y razonable, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas a través de la adopción de una medida que evita o restringe la propagación de*





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

*la pandemia. Por esta razón, las situaciones comparables —vacunados y no vacunados— no son homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y la protección de la salud.*

*En lo referente a la vulneración del derecho a la intimidad, el Alto Tribunal concluye que no es sostenible el carácter prevalente del citado derecho fundamental respecto de los bienes jurídicos que pretenden protegerse. Además, la información acerca de si se ha recibido la vacuna, en el contexto de una grave pandemia, constituye una pieza básica para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2, y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Aunque se trate de una información de carácter médico, el fin último de la medida «devalúa la preeminencia de la intimidad».*

*Para concluir, la tan citada sentencia explica que mayor incidencia pudiera tener la medida respecto del derecho fundamental a la libre circulación de las personas. Pero igualmente descarta que esta vulneración deba conducir a la no ratificación de la medida, entre otras razones, por la vigencia del derecho comunitario. En particular, razona que tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada por 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 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. Y prueba de ello es que medidas similares han sido autorizadas, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como sucede en el caso de Francia, tras la Decisión nº 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.*

*De igual modo, hemos de citar la muy reciente STS (Contencioso), sec. 4ª, de 1-12-2021, nº 1412/2021, rec. 8074/2021, que analiza la eventual incidencia de idéntica medida respecto de otros derechos fundamentales. Concluye que el derecho de reunión no supone la facultad de ejercerlo en cualquier lugar y circunstancia, ni, desde luego, es obstáculo a que se pida este documento para acceder a locales de las características expuestas en las condiciones de pandemia existentes. E iguales consideraciones cabría realizar respecto de las libertades de circulación y expresión artística: ni su ejercicio exige el acceso incondicionado a establecimientos de ocio y restauración, ni requerir al efecto este certificado supone una injerencia en ellos que entrañe una limitación inasumible.*

*En definitiva, hemos de concluir que existe una lesión de los derechos fundamentales anteriormente citados, razón por la que es viable desde la óptica procesal la presente solicitud de ratificación. Pero la intensidad de esta vulneración resulta tan escasa, que, de entrada, y ponderando adecuadamente el derecho fundamental que se pretende proteger —que, no cabe olvidar, se trata del derecho a la vida, y es evidente su carácter preeminente por constituir el presupuesto básico y necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales— bien pudiera sostenerse su conformidad a derecho, siempre y cuando supere el juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la misma, tanto sustantiva o material como temporal y espacial.*





(...)

*La escasa entidad de la restricción que para los derechos fundamentales conlleva la medida que pretende implantarse debe necesariamente tomarse en consideración al objeto de valorar su proporcionalidad.*

*Compartiendo lo razonado en la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 14-09-2021, nº 1112/2021, rec. 5909/2021, «se trata de una "mera exhibición momentánea" de la documentación», al objeto de favorecer un acceso totalmente voluntario «en aras de proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones».*

*Los destinatarios de la medida serán aquellas personas usuarias mayores de 12 años que decidan acudir a establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento, y establecimientos asimilados. Se trata de una actividad completamente voluntaria, para el uso de un servicio que no puede calificarse como esencial. La experiencia demuestra que estos espacios de socialización favorecen una relajación de la atención necesaria para respetar las medidas de prevención individuales, tales como el uso de mascarilla o el mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal, como más tarde abordaremos"*

Por otra parte, la Orden objeto de la presente ratificación tiene prevista una vigencia temporal hasta las 00:00 horas del día 1 de febrero de 2022. Esta temporalidad de la vigencia de la medida se justifica en el informe acompañado a la solicitud de la siguiente manera:

*"A la vista de la situación epidemiológica actual, donde se espera observar una cierta estabilización de los casos, así como un mayor conocimiento científico sobre las características de la nueva variante Omicron , se considera prudente prorrogar la medida establecida en la Orden de esta Consejería de 16 de diciembre de 2021, por la que se establece la medida preventiva de salud pública relativa al Certificado COVID-19 o prueba diagnóstica para el acceso de las personas usuarias al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento, hasta finales de enero de 2022, pudiéndose entonces valorar el impacto de las dosis de refuerzo a la población mayor de 50 años, el impacto de la cobertura vacunal en menores de 5 a 12 años (se espera que en dicha fecha sea mucho mayor) y el impacto de la alta incidencia en el sistema sanitario andaluz, que pudiera o no hacer necesario la escalada de medidas de salud pública individualizadas, como la contemplada en la Orden, a otras de mayor carácter poblacional"*

Entendemos que, establecida la necesaria limitación temporal a la vigencia de la medida, ésta se encuentra debidamente motivada y resulta idónea en atención al concreto objetivo de la Orden, siendo razonable al objeto de permitir la evaluación de los efectos de la medida y posibilitar el control por parte de este Órgano Judicial en caso de una eventual solicitud de prórroga.

Conviene aclarar que la presente orden en absoluto excluye la vigencia del resto de medidas preventivas, sino que las complementa, y que, compartiendo lo razonado en este punto por otros Tribunales Superiores de Justicia respecto de idéntica medida (ATSJ de la





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Comunidad Valenciana, de fecha 29 de noviembre de 2021) no se conocen actualmente otras medidas más moderadas para la consecución del propósito que la justifica y que tengan igual eficacia. Por el contrario, la experiencia demuestra que la adopción de medidas más laxas no ha sido suficiente para el control de la pandemia.

Además, con la medida que nos ocupa se intenta evitar, precisamente, un escenario de nuevas restricciones más severas para los derechos fundamentales, tal y como sucedió meses atrás.

Por otra parte, articulada una triple vía para acreditar el menor riesgo de transmisión por parte del usuario que acceda al interior de los establecimientos de ocio, hostelería y esparcimiento a que se refiere la orden: vacunación; recuperación de infección en los últimos seis meses o presentación de una prueba diagnóstica negativa en los términos descritos, la implantación de la medida no implica directa o indirectamente la obligación de vacunarse ni la exhibición de información médica que pudiéramos calificar como excesiva en el contexto de la actual pandemia.

Corolario de lo anterior, hemos de concluir que la medida está debidamente justificada y, en consecuencia, procede la ratificación de la «Orden por la que acuerda la prórroga de la Orden por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento».

#### **QUINTO.- Costas.**

No se hace expreso pronunciamiento sobre el abono de las costas procesales.

### **PARTE DISPOSITIVA**

#### **La Sala acuerda:**

1.- Ratificar la Orden de 11 de enero de 2022 por la que se prorroga la medida establecida en la Orden de 16 de diciembre de 2021 por la que se establece la medida preventiva de Salud Pública relativa al Certificado Covid-19 o prueba diagnóstica para el acceso al espacio interior de establecimientos de hostelería, ocio y esparcimiento.

2.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y, que de conformidad con los artículos 87 y 87 ter de la LJCA, y por los trámites que expresamente contemplan, contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de tres días hábiles, sin que constituya requisito necesario la previa interposición de recurso de reposición.

