



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN
SEGUNDA

Plaza de San Agustín N° 6
Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 60

Fax.: 928 30 64 62

Email: s2contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Derechos fundamentales

Procedimiento: Derechos fundamentales

Nº Procedimiento: 0000250/2021

NIG: 3501633320210000656

Materia: Derechos fundamentales

Resolución: Auto 000226/2021

Intervención:

Demandante

Fiscal

Interviniente:

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

MINISTERIO FISCAL

Procurador:

AUTO

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ (Ponente)

Magistrados

D./D^a. MARÍA MERCEDES MARTÍN OLIVERA

D./D^a. LUCÍA DEBORAH PADILLA RAMOS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 24 de diciembre de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de diciembre de 2021, por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, se presentó escrito de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), por el que se solicita de la Sala que se proceda a la ratificación de las medidas sanitarias adoptadas en virtud de la Orden del Consejero de Sanidad por la que se establecen medidas excepcionales de control de la situación sanitaria de las personas que accedan a determinados establecimientos, instalaciones o actividades considerados de riesgo para la transmisión de la COVID-19, para frenar su propagación.

SEGUNDO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 22 de diciembre de 2021 se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal de la solicitud presentada a fin de que formulara aquellas alegaciones que tuviera por pertinentes, haciéndole saber que dicha se resolverá en el plazo de tres días naturales. Dicho trámite se ha evacuado en fecha 23 de diciembre de 2021, con el resultado obrante en autos.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acto administrativo cuya ratificación judicial se insta.

El acto administrativo que se somete a ratificación judicial es la Orden identificada en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución y, en concreto, las medidas cuya ratificación se interesa son, según su Resuelvo, las siguientes:

“Primero.- Objeto y ámbito de aplicación.

1. La presente Orden tiene por objeto establecer medidas excepcionales de control de la situación sanitaria de las personas que accedan a determinados establecimientos, instalaciones o actividades considerados de riesgo para la transmisión de la COVID-19, para frenar su propagación.
2. La presente Orden será de aplicación en las islas que se encuentren en los niveles 3 y 4 de alerta sanitaria, conforme a lo establecido en el Título III del Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias.

Segundo.- Requisitos sanitarios de acceso a determinados establecimientos, instalaciones o actividades de uso público.

1. El acceso a los establecimientos, instalaciones o actividades de uso público que se relacionan en el apartado resolutivo siguiente por los usuarios mayores de 12 años y 3 meses, requerirá la acreditación de ausencia de infección activa de COVID-19.
2. La acreditación de la ausencia de infección activa se realizará mediante la exhibición del resultado negativo de una prueba diagnóstica de infección activa de COVID-19, realizada en laboratorio legalmente autorizado con una antelación máxima de 48 horas, no siendo admisibles las pruebas de autodiagnóstico.
3. Dicha acreditación podrá ser sustituida, a opción del interesado, bien por la acreditación de vacunación contra dicha enfermedad mediante la exhibición de un certificado oficial de haber recibido la pauta completa de vacunación conforme a lo establecido en la Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España, a partir de los 14 días posteriores a la fecha de administración de la última dosis de la pauta vacunal completa, o bien por la acreditación de haber pasado la enfermedad entre los 11 y los 180 días previos, mediante la exhibición de un certificado oficial.
4. La acreditación de cualquiera de las circunstancias señaladas en los apartados anteriores se realizará mediante la exhibición del correspondiente certificado oficial, en soporte digital o en soporte papel, a las personas designadas para el control de accesos por parte de la persona titular o responsable del establecimiento, instalación o actividad, quienes realizaran su comprobación.
5. No se conservarán los datos que contienen dichos documentos, ni se podrá hacer uso de ellos para ninguna otra finalidad que la mencionada de control de acceso. Tampoco se podrán generar ficheros o registros con los mismos. En todo caso, el personal que pueda tener acceso o conocimiento de la información está obligado a mantener el secreto y la

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





confidencialidad sobre los datos personales a que acceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

6. En la entrada de los establecimientos, instalaciones o actividades, en una zona visible, se colocará un cartel informativo al público sobre el carácter necesario de esta documentación para el acceso al mismo, así como sobre la no conservación de los datos personales sanitarios acreditados.

7. La ejecución de esta medida respetará, en todo caso, la dignidad de la persona. Las actuaciones de comprobación serán lo menos intrusivas e invasivas que sea posible para lograr el objetivo de protección de la salud pública, procurando reducir al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con la medida, así como la aglomeración de personas durante la espera o la realización de la comprobación.

8. Será responsabilidad de cada usuario asegurar la veracidad de los datos aportados.

Tercero.- Establecimientos, instalaciones o actividades de uso público para cuyo acceso se requerirá la acreditación de determinados requisitos sanitarios.

1. La acreditación de los requisitos sanitarios establecidos en el apartado resolutivo anterior será exigible para el acceso a los siguientes establecimientos, instalaciones o actividades de uso público, de titularidad pública o privada:

a) Establecimientos de hostelería y restauración abiertos a la pública concurrencia, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 30 personas.

Quedan exceptuados de esta medida los comedores (no cafeterías) de centros docentes de enseñanza reglada, respecto del alumnado y profesorado.

b) Establecimientos y actividades de ocio nocturno, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 30 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida.

c) Establecimientos y espacios dedicados a actividades recreativas y de azar, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 30 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida.

d) Eventos y celebraciones con concentración de personas y festivales de música con asistencia de más de 500 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

e) Eventos deportivos con asistencia de más de 500 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

f) Espectáculos públicos con asistencia de más de 500 personas, así como en aquellos otros en los que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.

g) Actividades culturales en cines, teatros, auditorios y similares, cuya resolución de otorgamiento de licencia de apertura tenga un aforo superior a 50 personas, así como en aquellas otras en las que, con independencia de su aforo, esté permitido el consumo de comida o bebida.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



c) [Debe ser h)] Gimnasios y equipamientos similares.

h) [Debe ser i)] Establecimientos y centros sanitarios para las visitas a los pacientes ingresados, así como para acompañar a los usuarios a consulta, pruebas diagnósticas, curas o tratamiento, excepto en los supuestos de menores, discapacitados, dependientes o personas cuyas circunstancias de salud o de cualquier otro tipo los requieran, a criterio del personal sanitario del centro o establecimiento.

i) [Debe ser j)] Establecimientos sociosanitarios residenciales o de día, para las visitas y personas ajenas a la institución.

2. La acreditación de los requisitos sanitarios se requerirá para el acceso tanto a los espacios abiertos como a los espacios cerrados de los establecimientos, instalaciones o actividades señaladas en el apartado anterior.

Cuarto.- Protección de datos personales.

“Se respetará en todo caso lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales” (Resuelvo, apartado cuarto).

Quinto.- Régimen sancionador.

“El incumplimiento del contenido de la presente Orden será sancionado con arreglo a lo establecido en la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias” (Resuelvo, apartado quinto).

Sexto.- Ratificación judicial.

“La presente Orden se someterá a ratificación judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)” (Resuelvo, apartado sexto).

Séptimo.- Efectos.

“Esta Orden tiene carácter temporal, su eficacia quedará condicionada a la ratificación por Tribunal Superior de Justicia de Canarias, produciendo efectos en caso de ratificación judicial desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias y por periodo de un mes, sin perjuicio de la posibilidad de una nueva prórroga en función de la evolución de la situación epidemiológica” (Resuelvo, apartado séptimo).

SEGUNDO.- Posición del Ministerio Fiscal en cuanto a la ratificación judicial solicitada.

El Ilmo. representante del Ministerio Fiscal, en su informe de fecha 23 de diciembre de 2021, concluye de la manera siguiente:



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



“Se solicita, pues, la Ratificación Judicial de las medidas acordadas por la Autoridad Sanitaria en relación con el brote de SARS -Covid-2 y contenidas en la Orden de 22/12/2021 del Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias”.

TERCERO.- Normativa aplicable.

La normativa aplicable, y en la cual se fundamenta la mencionada Orden del Consejero de Sanidad de fecha 22 de diciembre de 2021, es la siguiente:

A) Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública.

Artículo 1:

“Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

Artículo 2:

“Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”. Artículo 3: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

B) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Artículo 26:

“1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó”.

C) Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

El artículo 54 (Medidas especiales y cautelares), dispone:

“1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran



motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

D) Y, en el ámbito autonómico, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

El artículo 24 (Intervención administrativa de prevención de la enfermedad), preceptúa:

“En el ámbito de sus respectivas competencias, las Administraciones sanitarias de Canarias quedan habilitadas para intervenir, en los términos precisados en cada caso por esta Ley y la restante legislación aplicable, cuantas actividades, servicios, centros o establecimientos, sean públicos o privados, tengan incidencia en la salud individual o colectiva, y, en particular, para:

(...)

b) Establecer, de acuerdo con la normativa básica del Estado, limitaciones preventivas de carácter administrativo para el desarrollo de las actividades, públicas y privadas, que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud.

(...)

d) Establecer, de acuerdo con la normativa básica del Estado, prohibiciones y requisitos mínimos obligatorios.



(...)

i) Cualesquiera otras que le sean legalmente atribuidas.

Artículo 25 (Intervención administrativa de protección de la salud), del siguiente tenor:

“1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que consideren pertinentes y sean necesarias y eficaces para hacer desaparecer aquel riesgo o mitigar al máximo los efectos de su eventual materialización, tales como las órdenes generales y particulares, de hacer, no hacer o tolerar, la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas, centros o establecimientos o de parte de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

(...)

4. La duración de las medidas adoptadas conforme a los apartados anteriores, será la fijada en cada caso, sin que pueda exceder de la duración precisa para hacer frente a la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas.

El artículo 27 (Principios de la intervención administrativa), establece:

La intervención administrativa regulada en este capítulo responde en todo caso a los siguientes principios generales:

- a) Proporcionalidad de los medios respecto de los fines.
- b) Limitación de los medios a lo estrictamente necesario.
- c) Mínima afcción a la libertad y a los derechos constitucionales, y siempre y cuando sea imprescindible para garantizar la efectividad de las medidas de intervención.
- d) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- e) Interdicción de las medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida”.

E) Por último, se cita el Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias.

El artículo 23 (Medidas aplicables en los distintos niveles de alerta), dispone:

“1. *Con carácter general, una vez quede establecido un nivel de alerta en una isla, o en una unidad territorial inferior conforme al artículo 3 del presente Decreto ley, se aplicarán en dicho ámbito territorial las medidas previstas en el Capítulo II de este Título para el nivel de alerta correspondiente. La aplicación será automática sin necesidad de mediar disposición o acto alguno.*

2. *La autoridad sanitaria podrá establecer medidas limitativas adicionales a las que conforman el régimen de cada nivel de alerta sanitaria, siempre que las considere necesarias y*



proporcionales conforme al régimen establecido con carácter general en la legislación sanitaria y de salud pública (...)” (la cursiva es original).

CUARTO.- Análisis relativo a si la normativa de aplicación otorga cobertura suficiente para la adopción de las medidas sanitarias limitativas de libertades y derechos fundamentales adoptadas cuya ratificación se interesa por la Administración autonómica.

Al igual que hicimos en nuestro reciente Auto 219/2021, de fecha 4 de diciembre, es indispensable determinar si la normativa aplicable otorga cobertura suficiente para la adopción de las medidas sanitarias adoptadas por la disposición reglamentaria de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, habida cuenta de que las mismas pueden suponer una limitación de libertades y derechos fundamentales.

Respecto de esta cuestión, señalamos en el Auto 219/2021:

«(...) [Y]a en nuestro Auto de 27 de noviembre de 2020 (procedimiento 166/2020), dictado a propósito de la ratificación de una medida que precisaba autorización judicial, nos mostramos favorables a considerar que la normativa existente, y, en concreto, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, otorga cobertura suficiente a la adopción de medidas que supongan la restricción o limitación de derechos fundamentales cuando no se vean afectados elementos fundamentales de los mismos. Idéntico criterio ya había sido acogido en resoluciones, entre otras, Auto nº 142/2020 de 27 de octubre de 2020 dictado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJCV, Auto nº 115/2020, de 24 de septiembre, dictado por la Sección octava de la Sala Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, Auto nº 170/2020, de 22 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Navarra y Auto de 23 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Asturias, y, finalmente, avalado recientemente por sendas sentencias del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 de mayo y 788/2021, de 1 de junio en las que consideró que *“este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales (...), las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre -ya que no han de escribirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia número 14/2021”*, estableciendo al mismo tiempo que *“(…) hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuántos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las administraciones que los utilicen. por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad”*, concluyendo en ambas sentencias que *“la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



El citado criterio ha sido reiterado en la STS, 3ª, Sección 4, de 14 de septiembre de 2021, recurso de casación 5909/2021 (que será objeto de análisis en el fundamento jurídico siguiente), en la que expresa que la restricción o limitación de derechos fundamentales de la sección primera de la Constitución no requiere necesariamente de cobertura mediante Ley Orgánica cuando no se vean afectados elementos básicos o nucleares del derecho fundamental, resultando que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 resulta suficiente como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten restricción de derechos fundamentales» (la cursiva es original).

QUINTO.- Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 3ª, Sección 4, de 14 de septiembre de 2021, recurso de casación 5909/2021, y STS, Sección 4ª, de 1 de diciembre de 2021, recurso de casación 1412/2021).

Tal como esta Sala y Sección hizo en el mencionado Auto 219/2021, de 4 de diciembre, previamente al examen de las medidas sanitarias cuya ratificación ha sido solicitada, resulta necesario abordar la reciente doctrina jurisprudencial dictada al respecto. Así, hace bien poco recordamos lo siguiente:

«Considera el Tribunal Supremo en su **STS, 3ª, Sección 4, de 14 de septiembre de 2021, recurso de casación 5909/2021**, que la implantación de la medida denominada pasaporte COVID exige autorización o ratificación judicial de conformidad con lo previsto en los artículos 10.8, 87 ter y 122 quater de la LJCA dado que *“(…) en esta primera e inicial aproximación a la cuestión no podemos descartar su incidencia, luego veremos si es intensa o tenue, sobre los derechos fundamentales que pueden verse limitados por la medida. De modo que no podemos considerar, en este incipiente acercamiento, que la medida adoptada está completa y absolutamente desligada de los derechos fundamentales para soslayar la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción, por leve que sea, de los derechos fundamentales»* (Fundamento Jurídico 6º).

En cuanto a la concreta afectación de los derechos fundamentales que la implantación de la medida solicitada produce, razona el TS: “Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la Covid-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende.

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.

La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede 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.

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 que evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima.

Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial 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. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso.

Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19.

Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad. Es cierto, por



tanto, que la vacunación no se dirige a curar la enfermedad de los pacientes, en el ámbito de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pues es una medida de prevención que actúa sobre personas sanas, o que no padecen la Covid-19, y que pretende impedir, o restringir significativamente, la transmisión de los contagios, para frenar o ralentizar la propagación de la enfermedad, en definitiva, que su incidencia sea la menor posible, lo que se sitúa en la órbita de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.

En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

En fin, el derecho a la protección de los datos personales pretende garantizar a la persona el control sobre sus propios datos, decidiendo sobre el uso y el destino de los mismos para evitar su tráfico ilícito. Se confiere al titular la facultad de oponerse a su uso, sin su consentimiento, para fines distintos a los que justificaron su obtención. De modo que mediante la regulación de la protección de datos se combaten, por tanto, los peligros y riesgos que se ciernen sobre el almacenamiento y la utilización indiscriminada de datos informáticos de cualquier tipo.

Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida.

Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de "la exhibición" de dichos certificados en "el momento de acceso" al local, y expresamente establece una prohibición, pues "no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos". De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo 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” (Fundamento Jurídico 8º).

Por su parte, **la STS, Sección 4ª, de 1 de diciembre de 2021, recurso de casación 1412/2021**, reitera el criterio establecido en la anterior sentencia, si bien introduce una precisión que entendemos necesario señalar, así: *“La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se produzcan los momentos críticos del pasado. de otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización y no hay duda de la existencia de un número de no vacunados mayores de 12 años suficiente para facilitar la propagación del virus y, por tanto, de la enfermedad no solo entre ellos mismos”*» (Fundamento de Derecho Quinto; la cursiva y negrita son originales).

SEXTO.- Alcance del control jurisdiccional de la Orden de 22 de diciembre de 2021.

Una vez determinado en el fundamento jurídico anterior que las medidas adoptadas por la Consejería de Sanidad disponen de cobertura legal, es necesario -siguiendo el esquema de estudio del Auto 219/2021- determinar el alcance del control jurisdiccional.

De este modo, en el citado Auto de 4 de diciembre de 2021 expusimos:

«La sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto (apelación 907/2020), dictada por la Sala de lo Contencioso- administrativo del TSJ de Madrid en relación con esta cuestión, estableció *“(…) Delimitado el objeto, la cognición judicial respecto de las medidas indicadas por las autoridades sanitarias, se extenderá a los aspectos que entrañan el juicio de legalidad y proporcionalidad, como finalidad del procedimiento y, por tanto,*

- *La competencia objetiva del órgano administrativo.*
- *Principio de necesidad.*
- *La concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.*
- *Principio de adecuación.*
- *La prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción.*
- *Principio de razonabilidad.*
- *La adecuación a su necesidad y finalidad, en el bien entendido de no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos informados a modo de antecedente y se produzcan límites temporales, geográficos o de identificación de los vectores de población destinataria. (…)*”.

De ello, se deduce por tanto que el análisis debe referirse a la competencia del órgano autor; juicio de necesidad, en el sentido de si existen otras medidas más moderadas o leves a través



de las cuales se pueda alcanzar la finalidad perseguida, concurrencia razones de urgencia y necesidad; juicio de idoneidad o adecuación, relativo a si las medidas adoptadas son susceptibles de conseguir la finalidad correspondiente; y, juicio de proporcionalidad o razonabilidad en el sentido de si las medidas adoptadas son proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar, o dicho de otra manera, si el beneficio para el interés general es superior al perjuicio para los bienes o valores en conflicto. No obstante, además, entendemos que será necesario analizar si el acto administrativo está suficientemente motivado o justificado» (la cursiva es original).

SÉPTIMO.- Análisis de la observancia de los requisitos sometidos a control.

Seguidamente, pasamos a analizar el cumplimiento de cada uno de los requisitos.

1.- Competencia del órgano autor.

La Orden del Consejero de Sanidad de fecha 22 de diciembre de 2021 ha sido dictada por el Consejero de Sanidad, el cual ostenta la condición de autoridad sanitaria de conformidad a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, resultando que, de conformidad a lo establecido en el artículo 25 de la citada Ley, “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que consideren pertinentes y sean necesarias y eficaces para hacer desaparecer aquel riesgo o mitigar al máximo los efectos de su eventual materialización, tales como las órdenes generales y particulares, de hacer, no hacer o tolerar, la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas, centros o establecimientos o de parte de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”.

De lo que se infiere sin dificultad que el titular de la Consejería de Sanidad ostenta la condición de autoridad sanitaria y, además, es competente para adoptar las medidas que se consideren precisas para garantizar la protección de la salud en los supuestos de riesgo inminente y extraordinario, por lo que no se plantea duda alguna en cuanto a la competencia del órgano autor del acto.

2.- Justificación y motivación de la Orden.

Como asimismo indicamos en nuestro Auto 219/2021:

«La motivación de los actos administrativos es un requisito exigido por el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y supone la expresión de las razones que han llevado a la administración a dictar una determinada resolución con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho de la misma».

Pues bien, la disposición que estamos examinando expone adecuadamente, tras hacer una ineludible referencia a la Orden de la Consejería de fecha 29 de noviembre (cuyas medidas fueron ratificadas por el Auto 219/2021), los motivos que justifican la adopción de las medidas restrictivas que establece.

A) En efecto, el Antecedente de Hecho Tercero contiene el siguiente razonamiento:

«La indicada medida se adopta como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica desde finales de septiembre hasta el 29 de noviembre, fecha en que se firma la Orden, con unos indicadores de incidencia crecientes, como se pone de manifiesto en los



datos oficiales contenidos en los documentos del Ministerio de Sanidad y en los informes de la Dirección General de Salud Pública de 25 y 26 de noviembre señalados en el antecedente segundo de la repetida Orden departamental. Informes que destacan que la evolución de la pandemia, desde su inicio y a nivel mundial, se ha desarrollado mediante ondas epidémicas y descenso de casos entre ellas y que, la experiencia acumulada, así como la nueva variante Ómicron de mucha mayor transmisibilidad, hacía prever que nos encontrábamos ante una nueva onda expansiva”.

B) Por su parte, en el Antecedente de Hecho Cuarto se lee lo siguiente:

“El informe de la Dirección General de Salud Pública de 21 de diciembre del presente (*sic*) sobre la situación epidemiológica en Canarias pone manifiesto un crecimiento, en las tres semanas de diciembre transcurridas desde que se adoptara la repetida Orden de 29 de noviembre, mucho mayor de lo esperado con cotas jamás alcanzadas en toda la pandemia”.

A continuación, en este antecedente fáctico se reproduce, por su claridad y relevancia, el apartado 1 del citado informe. Transcribimos, dada su evidente trascendencia, las consideraciones que hace el este centro directivo de la Administración autonómica:

“Como se puede apreciar, no hemos entrado aún en fase estacionaria, por lo que es previsible una mayor subida de este indicador. La evolución en otras regiones de España y de Europa hacen anticipar que la incidencia puede elevarse de manera muy importante en próximas fechas.

(...)

La Comunidad Autónoma de Canarias tiene una IA7d superior al conjunto de España y ocupa el lugar 8º de las 17 CCAA y dos ciudades autonómicas”.

(...)

Por otro lado, el indicador que compara la IA7d con la IA14d es de 73,1% para el 19/12/21, lo que significa que el diferencial entre las cifras de hace 14 días con las de hace 7 días sigue siendo mayor del esperado (50 %), en un 171% más, por este motivo nuestra IA7d es superior a la media española y la IA14d superior: nuestra velocidad de crecimiento es superior a la media española.

Interesa destacar, también, las conclusiones del informe, conforme a las cuales:

“1. Se está asistiendo a un ascenso de casos en toda la Comunidad Autónoma, alcanzándose las IA7d más altas de toda la pandemia y es probable que siga creciendo, dado los antecedentes españoles y europeos, aunque en esta dos últimas semanas, Canarias ha crecido más rápido que el resto del territorio nacional.

2. La franja de edad más afectada (20-39 años) coincide con la que presenta más contactos sociales, más oportunidades de acudir a ocio nocturno en espacios cerrados y la que tiene un porcentaje menor de vacunación.

3. La isla más afectada es Tenerife, pero es previsible que las demás islas se afecten por igual en los próximos días.

4. Hay que considerar ya a la variante ómicron como la dominante en el archipiélago.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



5. La situación asistencial refleja un nivel de riesgo alto, y que está mucho más comprometido en la red pública que en la privada, con lo que pudiera haber restricciones en cuanto a actividad quirúrgica programada de ciertas intervenciones.

6. *La capacidad de rastreo está tremendamente limitada, lo que impide, ante la ausencia de medidas poblacionales, actuar en medidas individuales de aislamiento, instrucciones y detección de focos de contagio. Los que se han podido evaluar, vinculan macrobrotes con ocio nocturno (al menos tres de ellos en Tenerife, con un brote que casi llega a los 200 casos). Los hospitales, que han colaborado declarando sus brotes, informan que la mayoría de ellos tenían inicio en cenas de celebración navideña*” (la cursiva es original y el subrayado es añadido).

C) En el Antecedente de Hecho Quinto se argumenta de forma apropiada la conveniencia de adoptar las medidas que se proponen para luchar contra la pandemia. Son expresivas las palabras que emplea la Orden de 22 de diciembre de 2021:

“En este estado de cosas, se hace preciso adoptar medidas más restrictivas para intentar contener cuanto esta fase expansiva de la infección, tal y como se está realizando en las restantes Comunidades Autónomas y, en general, a nivel internacional. No se pueden obviar, en esta situación, los efectos colaterales de la pandemia, que se agudizan con cada rebrote, tales como la demora que sufre la atención a las restantes patologías no-Covid, no habiéndose recuperado aún las ratios asistenciales pre-pandemia, es lo que se ha venido a denominar “pandemia silenciosa”, aún poco estudiada por la dinámica que sigue marcando la atención a la pandemia, pero con datos muy preocupantes en determinadas patologías. Se ha de mencionar, igualmente, la crisis económica paralelamente desarrollada junto a la sanitaria y por causa de ésta, que se resiente con cada situación expansiva de contagios. Finalmente mencionar, también, lo que se ha venido a denominar “fatiga pandémica”, entendida como el agotamiento de la ciudadanía y de los propios gestores y agentes sanitarios frente a las circunstancias derivadas de la situación de pandemia de casi dos años de duración, que dificulta cada vez más el cumplimiento de las medidas y recomendaciones sanitarias. Todo ello durante el segundo periodo navideño consecutivo en situación expansiva y con medidas restrictivas. No obstante, es preciso continuar haciendo frente a la propagación del virus con las medidas recomendadas unánimemente por los científicos y ya sobradamente conocidas, que se materializan en la vacunación, el mantenimiento de la distancia social, el uso de mascarillas, la observancia de las normas de higiene, el uso de espacios ventilados y seguros, evitar los desplazamientos masivos de población» (la cursiva es original, el subrayado es añadido).

Esto dicho, la Sala considera que, con independencia del juicio de proporcionalidad que llevaremos a cabo seguidamente, la solicitud de ratificación de las medidas limitativas a que se refiere la Orden, aparece debidamente justificada con la aportación de datos elocuentes que avalan su aceptación. En particular, los datos oficiales contenidos en el informe de la Dirección General de Salud Pública de 21 de diciembre de 2021, titulado “Sobre la situación epidemiológica en Canarias”, que se adjunta a la solicitud, así como el extracto de los datos oficiales publicados por el Ministerio de Sanidad [(Actualización nº 519. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19). 09.12.2021)], que, como se afirma en el Fundamento de Derecho



Cuarto de la Orden, “reflejan una vez más que las personas vacunadas que llegan a desarrollar la enfermedad presentan por regla general una sintomatología más leve, con menores ingresos en UCI y menos fallecimientos” (nos remitimos, asimismo, a las tasas de incidencia y de gravedad semanal entre vacunados y no vacunados que figuran en las Tablas 7 y 8 del citado informe del Ministerio de Sanidad, que aparecen recogidas en el fundamento jurídico mencionado con anterioridad).

3.- Juicio de idoneidad o adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad o razonabilidad.

Dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Orden de 29 de noviembre de 2021, hemos de traer a colación, una vez más, lo que señalamos al respecto en el Auto 219/2021:

«La medida cuya ratificación se solicita, tiene por objeto conseguir entornos sanitariamente más seguros en los que el índice de propagación del virus sea menor, como consecuencia de la situación actual, tratando de esta manera preservar la capacidad asistencial del sistema de salud y compatibilizar todo ello con la recuperación de la actividad económica y social.

Para ello, se aporta abundante documentación que justifica la situación actual, evolución a lo largo del tiempo, con análisis del estado de vacunación y la diferente incidencia de la enfermedad».

Pasamos a analizar los datos aportados.

a) Respetto del juicio de idoneidad (si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto), y participando del mismo criterio que sostuvimos en nuestro Auto 219/2021, de 4 de diciembre, aunque acomodándolo -lógicamente- a los cambios que se producen con la nueva Orden, no cabe duda, a la vista de los datos oficiales expuestos, que las medidas cuya autorización/aprobación se solicita resulta adecuada para conseguir la finalidad perseguida. Como señala la disposición reglamentaria en su Antecedente de Hecho Sexto:

“Se pretende acometer en esta ocasión una medida similar a la establecida por otras Comunidades Autónomas y por otros países de nuestro entorno, cual es la exigencia para el acceso a determinados establecimientos y actividades de especial riesgo de las garantías científicamente admitidas que aportan seguridad al espacio en el que se relacionan sus ocupantes, minimizando las posibilidades de transmisión del virus y, en el caso de las personas que lleguen a desarrollar la enfermedad, la sintomatología más grave de la misma.

Se trata, por tanto, de exigir para el acceso a determinados establecimientos o actividades y *con carácter obligatorio*, la justificación de encontrarse en alguna de las siguientes situaciones con respecto a la COVID-19: libre de infección activa, vacunación con pauta completa o haber pasado la enfermedad en el periodo establecido. A tal efecto se deberá exhibir el justificante oportuno.

Los establecimientos y actividades en los que se exigirá son los que mayor riesgo de contagios ofrecen, relacionados habitualmente con actividades de ocio, o bien aquellos en los que exista especial relación con personas vulnerables, como es el caso de los establecimientos sanitarios o sociosanitarios” (la cursiva es añadida).



b) Respeto del juicio de necesidad (en el sentido de si existen medidas menos lesivas con igual eficacia) debemos destacar varios aspectos.

En primer lugar, compartimos el parecer de la Administración autora de la norma cuando recuerda:

“La experiencia ha demostrado que contra este virus y sus ciclos de expansión [y este es, indiscutiblemente, uno ellos] cualquier medida que contribuya a evitar su propagación, reduciendo los contactos entre las personas, o haciendo que estos sean seguros, es necesaria para su contención. A estas alturas de la pandemia, la eficacia de este tipo de medidas de reducción y seguridad en los contactos interpersonales están fuera de toda duda”.

En segundo lugar, las medidas afectan a establecimientos instalaciones o actividades de uso público (véase el art. 25 y siguientes del Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre), respecto de las que no existe la obligación de acudir, y constituyendo el hecho de hacerlo, una decisión de carácter personal que conlleva la presentación de cierta documentación que acredita, en la medida de lo posible, no padecer la infección COVID-19, o en su caso, la existencia de un riesgo de menor entidad.

En tercer lugar, y a diferencia de la Orden de 29 de noviembre pasado, se trata ahora de medidas de carácter obligatorio, que por tanto requieren la justificación de encontrarse en algunas de las siguientes situaciones con relación al COVID-19: libre de infección activa, vacunación con pauta completa o haber pasado la enfermedad en el periodo establecido. Y por ello, el que quiera acceder a los establecimientos instalaciones o actividades que se indican en la parte dispositiva de la Orden (apartado tercero del Resuelvo), tendrá que exhibir el justificante oportuno. Además, conviene recordar que la obligatoriedad que incorpora la nueva Orden no vulnera ningún derecho fundamental, tal y como ha establecido con nitidez la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con asuntos que guardan gran similitud con el que nos ocupa. Resulta ilustrativo citar al Alto Tribunal en la Sentencia de 1 de diciembre de 2021:

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

(...)

La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado. *De otro lado, la muy elevada cifra de vacunados no está impidiendo el incremento de los contagios mientras que no se conoce*



durante cuánto tiempo será efectiva su inmunización y no hay duda de la existencia de un número de no vacunados mayores de 12 años suficiente para facilitar la propagación del virus y, por tanto, de la enfermedad no sólo entre ellos mismos» (Fundamento de Derecho Quinto; la cursiva es añadida)

En cuarto y último lugar, estamos en presencia, nuevamente, de una medida de carácter temporal, estableciéndose un límite de un mes, que producirá efectos “desde el siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias, *sin perjuicio de la posibilidad de una nueva prórroga en función de la evolución epidemiológica*” (apartado séptimo del Resuelvo, la cursiva es añadida).

En definitiva, por lo que se refiere a la necesidad, es ostensible a la vista de las cifras alarmantes del ascenso de los contagios (reenviamos a los datos oficiales aportados) y de la presión sobre el sistema sanitario de los contagiados.

c) En cuanto al **juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, y al igual que mantuvimos en el Auto 219/2021, debe considerarse que la medida solicitada permite mantener la actividad económica y social compatibilizándola con la creación de espacios sanitarios más seguros en los que la transmisión del virus es menos probable, observándose en este sentido un mayor beneficio para el interés general. Además, como muy recientemente ha señalado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias -en relación con un procedimiento que guarda indudable analogía con el que estudiamos- en el Auto de fecha 23 de diciembre de 2021:

«Ha de tenerse en cuenta que la alternativa es el cierre del acceso de este tipo de establecimientos o la prohibición de participar en estos espectáculos o eventos, como ya ocurrió en los momentos más críticos de la pandemia.

Asimismo, el certificado solo es exigible en el momento de acceso al establecimiento o recinto donde se celebre el espectáculo o el evento. En efecto, se trata de una exhibición momentánea en la entrada al establecimiento bien determinado para el ocio o el deporte y el acceso al recinto donde se celebre el espectáculo o evento correspondiente. Y, lo que es decisivo, tales datos solo deben ser exhibidos y no se conservarán ni registrarán» (Fundamento de Derecho Sexto).

Por otro lado, tiene razón la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias cuando recuerda la jurisprudencia existente acerca de la delimitación de la prevalencia y alcance de los derechos fundamentales en juego. En este sentido vale la pena recoger las palabras del Tribunal Supremo sobre esta específica cuestión:

«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*. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud» (Fundamento de Derecho Octavo, quinto párrafo; la cursiva es añadida).



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



En esta misma línea señalamos en el Auto 219/2021, de 4 de diciembre:

«De esta manera, en la ponderación de intereses en conflicto que debe realizarse, debemos otorgar primacía a los intereses generales, en este caso representados por la necesidad de preservar la salud pública compatibilizada con la necesidad de la reactivación económica y social, frente a los intereses particulares, cuya afectación debe considerarse de menor entidad, así en este sentido nos remitimos a la valoración efectuada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de septiembre de 2021 respecto de la limitaciones de derechos fundamentales en la que vino a considerar que la afectación de los derechos fundamentales en juego, derecho a la igualdad e intimidad, debe ser considerada liviana, más aún cuando tales derechos se contraponen a la salvaguarda de otros derechos como el derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud pública» (Fundamento de Derecho Séptimo, penúltimo párrafo).

Y todo ello, sin soslayar que la tasa de vacunación en nuestra Comunidad Autónoma es del 86,56%, lo que, como se asevera en la Orden, “determina que los potenciales perjudicados por la afectación de derechos fundamentales es un 13,44% de la población, frente al 86,56% directa o indirectamente beneficiado por la mejora de las circunstancias económicas y sociales, así como por la protección de su salud, que resulta evidente que les preocupa en la medida en que han optado voluntariamente por la vacunación” (Fundamento de Derecho Séptimo).

Finalmente, hay que destacar que las medidas solicitadas no se proyectarán de manera uniforme sobre todo el territorio de nuestra Comunidad Autónoma, toda vez que únicamente será de aplicación en las islas que se encuentren en los niveles 3 y 4 de alerta sanitaria, de conformidad con lo establecido en el Título III del ya citado Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA RESUELVE: RATIFICAR las medidas sanitarias acordadas por la Orden del Consejero de Sanidad de fecha 22 de diciembre de 2021, identificada en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución, por un periodo de tiempo de un mes a computar desde el siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias y, en todo caso, con una vigencia máxima de un mes, siendo necesario en caso de prórroga solicitar nueva autorización judicial.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



MODO DE IMPUGNACIÓN.- Notifíquese con indicación de que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación directamente ante el Tribunal Supremo en el plazo de tres días siguientes al de su notificación a las partes personadas.

Así, por este nuestro auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as anotados al margen, componentes de este Tribunal; doy fe.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

