

# Proporcionalidad y su presencia en medidas anti-Covid: exigencia de certificado digital o prueba negativa

---

Proportionality and its presence in anti-Covid measures: requirement of digital certificate or negative test

---

**Carmen María Chico Alcázar<sup>1</sup>**

---

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)11)

## **Comentario a**

Sentencia del Tribunal Supremo 3260/2021 (Recurso de Casación 5899/2021)  
**Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso administrativo)**

## **Disponible en**

<https://bit.ly/3UHkqOQ>

## RESUMEN:

La sentencia a analizar trata el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía tras la no ratificación por el TSJ andaluz de la medida sanitaria que exige la presentación de certificado digital o prueba negativa para el acceso a establecimientos de ocio nocturno. Para resolver el recurso, el Tribunal Supremo acude al llamado triple juicio de proporcionalidad para comprobar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, según las circunstancias concretas. De acuerdo con este examen y con el precedente asentado por numerosas sentencias del mismo Tribunal, el Supremo resolvería en el mismo sentido que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: confirma la no ratificación de la medida dada la insuficiencia de la justificación y datos aportados por la letrada de la Junta de Andalucía.

## ABSTRACT

The judgement to analyze addresses the appeal in cassation brought by the government of Andalucía after the non-ratification by the High Court of Justice of Andalucía of a sanitary measure requiring the provision of either digital certificate or negative test for having access to nightlife venues. In order to solve the appeal, the Supreme Court resorts to the so-called triple proportionality test to verify whether the measure is suitable, necessary and proportionated, in accordance with the specific circumstances. After having made such

---

<sup>1</sup> Estudiante del Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas (UC3M). Mail: [cmchicoalcazar@gmail.com](mailto:cmchicoalcazar@gmail.com). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2212-6408>

analysis and considering the jurisdictional precedent established by several judgements of the same Court, the Supreme would solve the appeal in the same sense as the High Court of Justice of Andalucía: it confirms the non-ratification of the measure given the insufficient justification and data provided by the counsel of the government of Andalucía.

**PALABRAS CLAVE:** Covid-19, proporcionalidad, medidas sanitarias, certificado digital, recurso de casación.

---

**KEY WORDS:** Covid-19, proportionality, sanitary measures, digital certificates, cassation appeal.

## **I. Introducción**

Tratamos una Sentencia emitida por el Tribunal Supremo en respuesta al recurso de casación nº 5899/2021, interpuesto por la Junta de Andalucía contra el auto nº 405/2021, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, por el que se establecía la imposibilidad de ratificar la medida sanitaria recogida en la Orden de 5 de agosto de 2021 de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, que consistía en limitar el acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno a aquellos en disposición del certificado de vacunación digital de la UE en vigor o que pudieran acreditar haberse realizado un test de antígeno o prueba PCR negativa en las últimas 72 horas en un establecimiento sanitario autorizado para ello. En esta Sentencia, el Tribunal tiene en cuenta su propia doctrina precedente, la doctrina del Tribunal Constitucional y el texto de la Constitución Española para realizar un test de proporcionalidad de la medida en cuestión, para concluir si procede su ratificación o si, por el contrario, no procede por ser la medida innecesaria, inidónea o desproporcionada, o supone la suspensión de algún derecho fundamental, como la igualdad o la intimidad personal, recogidos en los artículos 14 y 18.1 CE, respectivamente. En el proceso ha intervenido la Letrada de la Junta de Andalucía, en defensa de la Junta, y el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

## **II. Análisis de los antecedentes de hecho**

Como se ha enunciado anteriormente, el Tribunal supremo se pronuncia en el asunto del ajuste de una medida tomada por la Junta de Andalucía para la prevención de la propagación de la enfermedad provocada por el virus SARS-CoV-2. La medida en cuestión, que permite restringir la entrada a ciertos establecimientos hosteleros, concretamente aquellos de esparcimiento en los que haya música – a los que nos referiremos como establecimientos o locales de ocio nocturno, para mayor simplicidad – en base a la posibilidad de aportar el certificado de vacunación de la Unión Europea o una prueba PCR o test de antígenos con resultado negativo realizado en las 72 horas previas al momento de presentación, es objeto de un auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, lo que da lugar al presente recurso de casación. Procedemos a analizar el referido auto, el escrito por el cual se presenta recurso y, finalmente, las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal, oponiéndose a las de la Junta de Gobierno andaluza.

### **1. Auto**

En primer lugar, cabe destacar que, de acuerdo con el art. 10.8 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, serán las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia las que tengan competencia para la autorización o ratificación judicial de las medidas relativas a la legislación sanitaria to-

medidas por autoridades sanitarias de un ámbito diferente al estatal, que sean consideradas por dichas autoridades como urgentes y necesarias para la salud pública y supongan la limitación o restricción de derechos fundamentales, siempre que los destinatarios no se hayan identificado de manera individual.

De acuerdo con esta regulación, la Letrada de la Junta de Andalucía solicita por escrito al Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma que ratifique la medida desarrollada anteriormente, relativa a la restricción del acceso a locales de ocio nocturno a aquellos que puedan aportar certificado de vacunación o prueba con resultado negativo realizada como máximo en las 72 horas previas. El Tribunal, una vez oído el Ministerio Fiscal, que consideró que la Comunidad Autónoma carecía de competencia o habilitación legal para instaurar una medida de tal calibre y, además, era esta desproporcionada, de acuerdo con la afectación que supone para el derecho fundamental de la intimidad, emitió auto denegando la ratificación judicial de la medida y recordando la posibilidad de interponer recurso de casación, posibilidad que no pasaría desapercibida para la Junta. El Tribunal fundamenta su decisión en base a la competencia de la Sala para tomar dicha decisión, el ámbito del procedimiento que se está desarrollando y el fondo del asunto. Si hablamos de la competencia del Tribunal, recordamos el artículo 10.8 LJCA que confiere a los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA la capacidad para ratificar aquellas medidas sanitarias que impliquen cierta restricción de derechos fundamentales. Por otro lado, el ámbito del procedimiento se determina primeramente por la solicitud de ratificación de la medida, realizada por la Letrada de la Junta de Andalucía, y no podrá exceder de la misma – declarándola conforme o contraria a Derecho –, sino que quedará limitada a esclarecer si dicha medida limita o suspende derechos fundamentales, así como si es constitucional y adoptada por el órgano competente, y si respeta los parámetros del test de constitucionalidad: justificación, idoneidad y proporcionalidad. Todo aquello que escape de este ámbito, queda fuera de la competencia del Tribunal en este recurso y deberá resolverse por la vía ordinaria, a saber, el recurso de amparo.

El último fundamento jurídico es el que se denomina como fondo del asunto. Es aquí donde el Tribunal desarrolla su postura y justifica la decisión a la que llega. El fundamento jurídico en cuestión se divide a su vez en dos partes: base legal y justificación de la medida.

Por un lado, y hablando de la base legal, recurre el TSJ de Andalucía a la STS 719/2021, que hace alusión a los arts. 3 LO 3/1986, 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011, que llevan al Tribunal a concluir que, aunque es cierto que nuestra legislación sanitaria autoriza la limitación de la libertad de circulación, esto solo cabe si se dan los presupuestos previstos en la Sentencia mencionada. Así, el Tribunal establece la necesidad de examinar cada medida individualmente y realizar una valoración de acuerdo a dichos presupuestos. Podemos encontrar como criterios o presupuestos exigibles que la Administración que solicita la ratificación sea competente para adoptar la medida que presenta, invoque los preceptos legales u otros que la autoricen identifique suficientemente el riesgo para la salud pública que supone una enfermedad transmisible y que crea la necesidad de la medida para conservar el derecho a la salud y a la vida indicando hechos que lo acrediten, establezca correctamente la extensión de dicho peligro desde los puntos de vista temporal, subjetivo y espacial, y justifique la inexistencia de medios menos agresivos para hacerle frente, así como la idoneidad y proporcionalidad de los propuestos. La Sala que corresponda deberá concluir así si la justificación aportada es suficiente y si la medi-

da es necesaria, idónea y proporcionada.

Para finalizar, hace referencia a la medida que introdujo el “toque de queda”, determinando que, si esta medida sí tiene base legal, también la tendrá la restricción de acceso. Asimismo, posteriormente se enumeran todos los artículos que ofrecen apoyo legal y normativo a la medida, siendo suficientes para establecer que la medida tiene de hecho una base legal. No obstante, hemos de hablar ahora de la justificación de la misma, así como de su idoneidad y necesidad.

La Orden de 5 de agosto de 2021, que introduce la medida a ratificar asegura que la misma es idónea dada la tendencia ascendente en contagios por Covid-19 en verano de 2021 y la alta incidencia en los grupos de 15-29 años en Andalucía – frecuentes usuarios de los locales de ocio nocturno –, muy superior a la media. Añade la Orden que el aumento en la presencia de la variante Delta, más contagiosa, sostiene el incremento de casos a pesar del progreso de la vacunación; asimismo, se establece que las coberturas de vacunación aun no llegan a ser las deseadas, por lo que la presión asistencial no disminuye. Justifica así la Junta de Andalucía la necesidad de la medida con el fin de frenar la difusión de nuevas variantes con mayor capacidad de infección, evitar ingresos y dar tiempo a que las vacunas alcancen las cotas deseadas para asegurar una inmunidad general que limite los contagios. Así, concluye que será necesario implantar una medida concreta a os locales de ocio nocturno mientras que no se alcance una cobertura vacunal importante. Frente a esto, lo primero a lo que hace referencia el Tribunal es a la inexistencia de alguna norma de rango suficiente para establecer el régimen jurídico del caso que analizamos, ni en España ni en otros países de la UE. No obstante, recurriremos al triple juicio de proporcionalidad – explicado en epígrafes posteriores –, establecido por el TC como la herramienta para comprobar si una medida restrictiva de derechos fundamentales es o no conforme a Derecho.

En primer lugar, la Sala entiende que la afectación al derecho a la intimidad no es de gran entidad, de modo que quedaría justificada la proporcionalidad de la medida; no obstante, esto nos genera dudas en los otros dos elementos del juicio: idoneidad y necesidad. Define el Tribunal la idoneidad aquí como la aptitud de una medida para alcanzar un fin determinado, en este caso evitar la propagación del virus. Teniendo esto en cuenta, decide que no es idónea en el grado exigible al equiparar la efectividad de la exigencia del certificado de vacunación con la de una PCR o test de antígeno negativo. Estas pruebas únicamente demuestran que, en el momento en que se realizaron, los sujetos no eran portadores del virus activo, sin decir nada acerca de su inmunidad. Esto puede resultar en un aumento de contagios pues aquellos vacunados o que ya hayan pasado la enfermedad podrían ser transmisores del virus.

Por otro lado, en cuanto a la necesidad, tampoco es la medida necesaria en el grado exigible, pues las expectativas de que la vacunación supondrá un gran freno a la propagación del virus resta sentido a la imposición de medidas como esta, lo que genera unas exigencias de justificación de necesidad muy superiores, justificación que ni la Orden ni los informes que la soportan ofrece. Asimismo, se añade que no se fija un plazo de efectividad de la medida ni criterios que deban seguirse para dejarla sin efecto o modificarla, teniendo carácter indefinido y vocación de permanencia e incumpliendo lo señalado por el TS en la STS 719/21 y por la Ley 14/1986 en su artículo 26.

Por todo ello, en la parte dispositiva, la Sala llega a la conclusión de que deberá denegarse la ratificación judicial de la medida recogida en la Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Comunidad Autónoma Andaluza, consistente en limitar el acceso al interior de los locales de ocio y hostelería con música a aquellas personas en posesión del Certificado COVID Digital de la UE o test antigénico o PCR negativos realizados en las 72 horas previas en establecimientos sanitarios acreditados para ello.

## 2. Recurso de casación

### a. Qué es y requisitos formales para su interposición

Este recurso puede definirse como el recurso extraordinario a través del cual es posible impugnar con fundamento en la infracción de una norma jurídica sustantiva, en ciertos casos, las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. El régimen legal del recurso de casación se contiene en los arts. 477 a 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000.

Este tipo de recurso está sujeto a ciertos requisitos o exigencias formales, de modo que no es extraña la no admisión a trámite porque el recurso presentado no cumple con dichas condiciones. De acuerdo con Ibáñez Puente (2020), el Tribunal Supremo ha aumentado progresivamente las formalidades requeridas para la admisión a trámite de un recurso de casación, aportando como referencias la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, la Ley Orgánica 7/2015, que modificó la redacción del artículo 483.2 LEC, o el Acuerdo sobre criterios de admisión de 27 de enero de 2017, que reforma los previos de 2011.

De este modo, es posible enumerar los requerimientos formales para la admisión a trámite de un recurso de casación de la siguiente manera:

- 1) Estar fundamentado en el incumplimiento de normas legales aplicables a la resolución de la cuestión objeto del proceso (art. 477.1 LEC).
- 2) Relevancia de la norma o jurisprudencia cuya infracción se alega para el fallo, además de atención a la ratio decidendi de la sentencia que se recurre.
- 3) Precisión de los pronunciamientos que se requieren de la Sala en la petición final del escrito de interposición, que deberá ser redactado de igual manera que un escrito de alegaciones.
- 4) Precisión en la identificación de uno de los tres supuestos previstos en el art. 477.2 LEC – a saber: cuando se dicten para tutela judicial civil de derechos fundamentales, siempre que la cuantía del proceso excediera de 600.000 euros y cuando no los exceda o se haya tramitado por razón de la materia siempre que la resolución del recurso presente interés casacional (art. 477.2 LEC) – que permitirán el acceso al recurso.
- 5) Presencia de encabezamiento y desarrollo en cada motivo de recurso.
- 6) No acumulación de preceptos heterogéneos en un mismo motivo; asimismo, deberá incluirse un resumen de la infracción cometida, no bastando con que dicha infracción pueda entenderse del desarrollo.
- 7) Exposición suficientemente extensa de los fundamentos de cada motivo en su desarrollo (arts. 471 y 481 LEC).
- 8) No división de motivos en “sub-motivos”. En caso de alegar dos o más infracciones, deberá formularse cada alegación en un motivo diferente.
- 9) Respeto a la valoración de la prueba recogida en la sentencia que se recurra.

Teniendo en cuenta la rigidez de estos requisitos y el hecho de que el incumplimiento

de alguno de ellos conducirá, en la mayoría de los casos, a la inadmisión del recurso, es posible concluir que únicamente un pequeño porcentaje de los recursos presentado son admitidos a trámite por el Tribunal. La inadmisión, además, borra la idea de que el recurso de casación sea una “tercera instancia”, como ha dejado ver el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones (Ibáñez, 2020).

### **b. Recurso de casación presentado en el caso concreto**

En el caso que nos ocupa, es la Junta de Andalucía, más concretamente, su Letrada, la que interpone el recurso de casación contra el Auto nº 405/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. La Junta alega la infracción por parte de este auto de los artículos 43 de la Constitución Española, 55.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, 26 de la Ley 14/1986 General de Sanidad y 27.2 y 54 de la Ley 33/2011 General de Salud Pública. Dichos artículos quedan recogidos en el Anexo I.

La Junta continúa el escrito de casación indicando que la cuestión presenta interés casacional de acuerdo con el art. 88.2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este artículo establece que el interés casacional se podrá observar si la resolución impugnada sienta una doctrina que pudiera ser “gravemente dañosa para los intereses generales”; esto lo justifica la Letrada alegando que el auto impide que la Comunidad Autónoma pueda adoptar la medida sanitaria en cuestión (limitación de acceso al interior de los locales de ocio y hostelería con música), a pesar de ser, a su juicio, idónea y proporcionada para lograr la protección de la vida, la salud y la integridad física de la población andaluza.

De este modo, se cierra el escrito rogando su estimación a la Sala y, consecuentemente, la casación y revocación del auto que se recurre, de modo que el Tribunal ratifique la medida sanitaria objeto del proceso.

### **3. Alegaciones del Ministerio Fiscal**

Una vez que se hubo admitido a trámite el recurso de casación que hemos analizado anteriormente, el Tribunal otorgó al Ministerio Fiscal un plazo para alegaciones de tres días. En este plazo, el Ministerio comunica que no interesaría dar lugar al recurso y, por tanto, considera adecuado confirmar el Auto del TSJA, por el que se deniega la ratificación de la medida sanitaria impuesta por la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Orden de 5 de agosto de 2021.

Una vez escuchado el Ministerio Fiscal y atendido el recurso de casación, el Tribunal procedió a la deliberación y fallo del recurso que tratamos.

### **III. Triple juicio de proporcionalidad**

Una de las bases que justifican la decisión tanto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como del Tribunal Supremo es que la medida objeto del procedimiento no ha superado el triple juicio de proporcionalidad. Este juicio es el que nos permite decidir si una medida que vulnera la Constitución por, como es el caso, limitar o suspender derechos fundamentales, es adecuada o proporcionada a las circunstancias.

La propia Constitución hace obligado este test de proporcionalidad en ciertos casos,

pues prevé para ciertos derechos limitaciones redactadas en base a criterios de proporcionalidad. Algunos ejemplos de esta situación son los límites a la detención preventiva, que vulnera la libertad personal del artículo 17 CE, la prohibición de limitar la libertad ideológica, religiosa y de culto del artículo 16 CE más allá de lo necesario para el mantenimiento del orden público, etc.

Dejando atrás estos casos específicos y minoritarios, el control de proporcionalidad sirve, además de para permitir al Tribunal Constitucional decidir sobre los casos concretos atendiendo a todas las circunstancias, de modo que la decisión tomada será más adecuada y ajustada al caso, para establecer ciertas normas o criterios válidos para ciertos casos semejantes sin requerir la delimitación anterior o en abstracto del contenido constitucional del derecho que se estaría vulnerando, dada la ausencia de una teoría general de los derechos fundamentales.

### **1. Componentes del juicio de proporcionalidad**

El juicio de proporcionalidad se estructura en tres fases o estadios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Al ser este juicio de una aplicación muy amplia y variada, es imposible establecer ciertos parámetros generales, válidos para cualquier caso; de este modo, aunque este juicio permita establecer en cada caso si una medida es o no proporcionada a las circunstancias, lo hace de una forma muy casuística, no supliendo esa falta de generalidad.

En primer lugar, atendemos al control de adecuación o idoneidad, que presenta notables dificultades. Con él, buscamos que la medida sea adecuada para alcanzar el fin que con ella se pretende; no obstante, no queda claro si dicho fin debe ir identificado por aquel autor de la medida sometida a juicio o si ha de ser fijado de oficio por el Tribunal Constitucional basándose en criterios objetivos. Asimismo, es igualmente debatido cuál debe ser el rango del fin que se estudia para realizar el análisis (constitucional, constitucionalmente relevante o, meramente, constitucionalmente legítimo).

Por otro lado, el control de necesidad se refiere al examen de la existencia de otras medidas que permitan alcanzar el fin pero que sean menos gravosas, agresivas o incidentes. Este análisis concentra las principales críticas por parte de la docencia, a pesar de ser muy poco técnico, pues se basa en la evidencia. Es ampliamente debatido si el Tribunal tiene la capacidad de determinar qué medidas alternativas son más convenientes o cuáles son los fallos del autor en caso de que se trate de una medida legislativa. Esta controversia se debe a la contradicción entre la libertad de configuración otorgada al legislador y la aplicación del test a este tipo de medidas, que son meras opciones legislativas. El resultado final de este juicio de necesidad puede depender, como se ha visto en sentencias anteriores, de la argumentación de la importación del fin y la necesidad de la medida.

Finalmente, encontramos el test de proporcionalidad en sentido estricto, cuyos extremos son borrosos y supone más una verificación o argumento para apoyar la decisión en la fase anterior, pues es ahí donde se determina en la mayoría de los casos el resultado del control. La jurisprudencia constitucional en lo referente al principio de proporcionalidad de la pena, una variante del principio de proporcionalidad, recoge las trabas en la aplicación del control de proporcionalidad en sede constitucional; pues el intérprete constitucional solo ha declarado la inconstitucionalidad de una norma penal por desproporción de la pena (STC 136/1999) y, desde entonces, no ha encontrado razones para

obstaculizar la labor del legislador penal, aun siendo posible que la pena no superase el test de necesidad por existir otras medidas menos agresivas para los derechos.

## 2. Diferencia entre “limitación” y “suspensión” de derechos fundamentales

La Sentencia del Constitucional que más nos luz puede aportar a la cuestión de si la limitación de derechos fundamentales a través de una medida impuesta por el Gobierno, en nuestro caso, autonómico, supone, ciertamente, una limitación o va un paso más allá y constituye lo que conocemos como suspensión, es la STC 148/2021, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario Vox contra el Real Decreto Ley que introdujo las medidas para la prevención del contagio masivo por la pandemia generada por la Covid-19.

SUSPENSIÓN	LIMITACIÓN
Estados de excepción, sitio	Estado de alarma
Limitación cualificada	Concepto más amplio
“Cesación o privación temporal que impide temporalmente el ejercicio de un derecho”	“Acción y efecto de reducir a menores límites un derecho o facultad”
Solo puede estar amparada en ciertos casos y respecto de ciertos derechos	Admite formas más allá de la suspensión
Tesis cualitativa: derogación temporal y total del derecho	Debe ser idónea, proporcionada y necesaria
Tesis gradualista: limitación temporal que no elimina por completo las facultades del derecho	

*Diferencias/ entre suspensión y limitación de derechos.  
Elaboración propia. Fuente: STC 148/2021*

Esta diferenciación entre limitación y suspensión resulta relevante pues, como se expondrá más adelante, únicamente en los estados de excepción y sitio se admitirá la suspensión de ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos – siempre que, claro está, dicha suspensión cumpla con los tres requisitos del juicio de proporcionalidad anteriormente desarrollado –, mientras que en el estado de alarma solo se admitirá la limitación de dichos derechos, siendo su suspensión inconstitucional. Así, el hecho de que una medida suponga limitación o suspensión de derechos influirá en gran medida en la decisión del intérprete constitucional en el caso concreto.

En la mencionada Sentencia, al tratar la cuestión que abordamos, se recurre en primer lugar a la norma suprema de nuestro ordenamiento, esto es, la Constitución Española que, en su artículo 55, indica aquello que ya adelantábamos: solo podrán ser suspendidos ciertos derechos fundamentales en el marco de los estados especiales de sitio y excepción (recogidos en el artículo 116 de la misma norma). De esta manera, quedaría excluida y sería inconstitucional la posibilidad de suspender dichos derechos en un estado de alarma.

Asimismo, el Tribunal indica que es posible entender la suspensión como una limitación cualificada, ampliando el concepto de limitación de manera que “no toda limitación es suspensión, pero sí toda suspensión es una limitación” (STC 148/2021).

Por otro lado, se recurre a la definición literal de ambos términos en los diccionarios de la lengua española. En ellos, una de las acepciones de la palabra suspensión nos dice que se trata de una “cesación o privación temporal que impide temporalmente el desarrollo de un derecho”, en oposición a la definición dada de limitación, que se entiende como la “acción y efecto de reducir a menores límites el desarrollo de un derecho”.

No obstante estas definiciones, nos dice Gabriel Doménech Pascual (2021), profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Valencia, que es posible encontrar dos tesis en lo referente a la interpretación del término suspensión: por un lado, una tesis cualitativa, que lo entiende como derogación temporal y total del derechos, defendida por Conde-Pumpido, Magistrado del Tribunal Constitucional, en su voto particular; por otro, la tesis gradualista, que identifica la suspensión como la limitación temporal que no elimina por completo las facultades del derecho. Es esta última la apoyada por la mayoría de los Magistrados del Tribunal en la Sentencia que se analiza, recordemos, STC 148/2021.

Concluyendo este apartado, los límites entre ambos términos son difíciles de vislumbrar y parece fácil confundir la limitación más extrema con la suspensión más leve; sin embargo, el Tribunal considera que la clave para resolver estas cuestiones se encuentra en que la limitación no podrá ser considerada suspensión si no vulnera el contenido esencial del derecho que se está restringiendo, de modo que permita su ejercicio, aunque sujeto a ciertos límites. Además, se incide en que dicha limitación deberá ser necesaria, idónea y proporcionada a las circunstancias que hayan motivado la declaración del estado de alarma, es decir, debe cumplir con la triple exigencia de proporcionalidad.

#### **IV. Precedentes jurisprudenciales y cobertura normativa**

El Alto Tribunal hace referencia, llegados a este punto, a aquellas sentencias de esta misma Sala (Sala Tercera o Sala de lo Contencioso-Administrativo) citadas tanto por la parte que recurre como por el Ministerio Fiscal. La primera de ellas ya se ha mencionado en este comentario, la STS 719/2021, reiterada a su vez en la STS 792/2021, que declaran que, además de necesitar cobertura normativa, una medida será necesaria de acuerdo con su justificación, es decir, con el examen de suficiencia que deberá realizar la Sala a la que se solicite la ratificación.

Asimismo, cabe resaltar las Sentencias 719/2021 y 788/2021, en las que se concluye que no es necesaria la cobertura de Ley Orgánica para restringir o limitar derechos fundamentales, únicamente siéndolo si se produce una afectación al desarrollo del derecho. Aquí, se recurre a su vez al artículo 81 CE, que define desarrollo como regulación tanto

del conjunto del derecho como de sus elementos nucleares o esenciales. Así, no habrá reserva de ley orgánica si la medida no afecta a tales elementos, lo que solo podrá verificarse examinando casuísticamente cada norma, sin posibilidad de implantar un criterio generalizado. Frente a esto, la Sala declara que la medida sanitaria que se está analizando incide en elementos básicos de la libertad de circulación, el derecho de reunión y el derecho a la intimidad por lo severa y general de la misma. De este modo, requerirá de cobertura orgánica, que, en este caso, solo puede venir dada por el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, a saber:

*“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”.*

No obstante, el Alto Tribunal argumenta que es esta regulación enormemente escueta y genérica, generando numerosos conflictos en el ámbito jurídico, conflictos que se solventarían si las condiciones y límites para la restricción y limitación de derechos estuvieran más definidos.

De esta manera, el artículo 3 ha provocado dudas acerca de su capacidad para dar cobertura a medidas muy estrictas y severas como podría ser el toque de queda; sin embargo, el Tribunal Supremo concluye en su sentencia 719/2021 que tales medidas deberán ser “indispensables para salvaguardar la salud pública” para poder estar amparadas por este precepto. Asimismo, para poder ser aceptadas las medidas deben tener por objeto poner solución a situaciones graves causadas por enfermedades transmisibles, siempre que sean necesarias.

Por otro lado, aparecen ahora dos nuevos artículos en relación con este que nos ocupa: artículos 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011 – cuya redacción figura en el Anexo I –. Ambos artículos tienen como fin la preservación de la salud y se ajustan a supuestos de urgencia sanitaria; el artículo 26, por su parte, habilita a las autoridades a implantar medidas consideradas justificadas desde el punto de vista sanitario, mientras que el artículo 54 exige la idoneidad, temporalidad y proporcionalidad.

De esta manera, aunque el artículo 3 nos proporcionara una llamada cláusula en blanco, al relacionarlo con estos preceptos, vislumbramos una base normativa para estas medidas lo suficientemente precisa. Sin embargo, es necesario recordar que no existen parámetros predeterminados para las limitaciones o restricciones de derechos, pues cada caso deberá analizarse de manera individual, sin excluir aquellas situaciones que no estén reguladas específicamente por no poder ser imaginadas en el momento de la redacción de los preceptos que resulten aplicables.

Por último, podemos hablar del control judicial ejercido por los Tribunales Superiores de Justicia, en este caso de Andalucía, y la Audiencia Nacional, que deberán comprobar que la Administración que solicite la ratificación de una medida ha de cumplir los requisitos de competencia, invocación de los preceptos legales habilitantes, identificación de manera suficiente del peligro para la salud pública derivada de una enfermedad transmisible que crea la necesidad de implantar las medidas así como acreditación de los hechos que

lo justifican, establecimiento de la extensión de tal riesgo desde varios puntos de vista y justificación de la inexistencia de medios menos agresivos para afrontar tal situación. De esta manera, la Sala tendrá la obligación de decidir si dicha justificación es suficiente y si la medida cumple con el triple juicio de proporcionalidad.

En conclusión, podemos decir que este tipo de medidas tiene una importante base legal, tanto orgánica como ordinaria, al igual que un precedente jurisprudencial de gran relevancia con un importante número de sentencias relativas a medidas sanitarias para superar la situación causada por el virus SARS-CoV2. Todo ello permite la definición de unos criterios o condiciones que deben ser cumplidos para considerar adecuada y legal la medida que busca su ratificación.

### **V. Comentario del fallo**

El Tribunal Supremo, teniendo en consideración todo lo mencionado anteriormente, decide que no cabe la estimación del recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. La Sala considera que contra el juicio de constitucionalidad realizado por este último no cabe objeción alguna, pues habría realizado un correcto examen de la medida y de su justificación, idoneidad y proporcionalidad, según se ha ido comprobando en los fundamentos jurídicos recogidos en la Sentencia. Asimismo, destaca que la decisión del TSJ de Andalucía no contradice jurisprudencia precedente procedente de otros Tribunales Superiores de Justicia y, además, el escrito por el que se interpone el recurso de casación tampoco menciona la existencia de un precedente jurisprudencial en sentido contrario. Por ello, concluye que la no ratificación de la medida y, por tanto, el auto contra el que se presenta recurso, no tienen razón para ser recurridos y coincide con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su interpretación de la medida y de la legislación en cuanto a la no adecuación al marco constitucional de la misma.

Finalmente, establece que no se hará imposición de costas a ninguna de las partes.

### **Conclusiones**

Tal y como hemos podido comprobar, el triple juicio de proporcionalidad tiene una importancia suprema a la hora de decidir si una medida que restrinja o limita los derechos fundamentales es o no aceptable. Hemos comprobado que, pese a que existen varios artículos que dan una base legal a prácticamente todas las medidas, si estas no alcanzan los caracteres de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el grado exigible según el contexto en el que se traten de implantar.

De esta manera, es posible concluir que en esta sentencia se reitera la necesidad de justificación de las medidas que puedan afectar a derechos consagrados constitucionalmente y, por tanto, la capacidad de los Tribunales de no aprobar la ratificación de aquellas que no aporten datos para considerar suficiente tal argumentación.

Por otro lado, hablando del caso concreto, al ser esta medida una propuesta en la mayoría de Comunidades Autónomas en España y, de acuerdo con el texto de esta STS, también en otros países de la Unión Europea, esta sentencia supone un relevante presente jurisprudencial del que probablemente se sirvieron el resto de autonomías que implantaron medidas similares sin cometer los errores de la Junta de Andalucía que impidieron su ratificación.

En conclusión, esta sentencia, junto con aquellas mencionadas en la redacción, sienta un precedente jurisprudencial para todas aquellas medidas posteriores orientadas a la preservación de la salud, a la evitación de la propagación de la Covid-19 y a la bajada de la incidencia o la presión asistencial. Todo ello, junto con los artículos de las leyes relativos a ellas y otras nuevas sentencias, supondrá una base para dar sentido jurídico al resto de medidas sanitarias y permitirá, a su vez, crear un precedente para aquellas situaciones que, como esta, resultaban inimaginables en el momento de redacción de las leyes.

---

## Anexo I

### Artículo 43 CE

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

### Artículo 55 Estatuto de Autonomía de Andalucía. Salud, sanidad y farmacia.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.

### Artículo primero Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

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 tercero Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

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.

### Artículo 26 Ley 14/1986 General de Sanidad

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 sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se 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.

**Artículo 27 Ley 33/2011 General de Salud Pública. Las actuaciones de protección de la salud.**

2. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, protegerán la salud de la población mediante actividades y servicios que actúen sobre los riesgos presentes en el medio y en los alimentos, a cuyo efecto se desarrollarán los servicios y actividades que permitan la gestión de los riesgos para la salud que puedan afectar a la población.

**Artículo 54 Ley 33/2011 General de Salud Pública. Medidas especiales y cautelares.**

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.

## Referencias bibliográficas

---

- Circular 1/2020, de 3 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil. Boletín Oficial del Estado, 24, de 28 de enero de 2020. [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2020-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2020-00001.pdf) pg.5
- Doménech, G. (2021). Juzgar sin mirar las consecuencias: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19. Postc. <https://postc.umh.es/minipapers/juzgar-sin-mirar-las-consecuencias-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-primer-estado-de-alarma-decretado-con-ocasion-de-la-covid-19/>
- Ibáñez Puente, C. (2020). Requisitos para la Admisión del Recurso de Casación. Ilp Abogados. <https://www.ilpabogados.com/requisitos-para-la-admision-del-recurso-de-casacion/>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 7, de 8 de enero de 2000. <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, 167, de 14 de julio de 1998. <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13032](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13032)
- Tribunal Constitucional. (24-27 de octubre de 2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. XV Conferencia Trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, Italia. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>