



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ANDALUCIA CON SEDE EN GRANADA**

N.I.G.: 1808733320211001420

Procedimiento: Procedimiento ordinario- **Nº 1341/2021 Negociado: 1B**

De: SERVICIO JURÍDICO PROVINCIAL DE SEVILLA

Representante:

MINISTERIO FISCAL

ACTO RECURRIDO: CCAA-5 RATIFICACION JUDICIAL DE LA ORDEN DE 07/07/21 POR LA QUE SE CONFINA EL MUNICIPIO DE PEAL DEL BECERRO (JAEN) POR RAZONES DE SALUD PUBLICA PARA CONTENCIÓN DE LA COVID-19

AUTO Nº 361 / 2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Luis Gollonet Teruel (ponente)

D. Miguel Pardo Castillo

D. Antonio de la Oliva Vázquez

Granada, a nueve de julio de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación legal de la Administración autonómica andaluza solicitó en el día de ayer jueves 8 de julio de 2021 la ratificación judicial de la Orden de 7 de julio de 2021 de la Consejería de Salud y Familias.

SEGUNDO.- Se confirió traslado al Ministerio Fiscal, que ha informado de manera favorable a la ratificación de la Orden de 7 de julio de 2021.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo del artículo 10.8 de la LJCA, solicita la ratificación judicial de la Orden de 7 de julio de 2021, por la que se solicita confinar al municipio de Peal de Becerro de la provincia de Jaén por superar 1.000 casos de infecciones por el SARS-Cov-2 por cada 100.000 habitantes en 14 días.





El articulado de la disposición general es el siguiente:

“Primero. Objeto.

El objeto de esta orden es establecer la medida de salud pública consistente en el confinamiento del municipio de Peal de Becerro durante siete días naturales a contar desde la ratificación judicial de dicha medida, conforme a las determinaciones del Comité Territorial de Salud Pública de Alto Impacto de la provincia de Jaén, reunido el día 7 de julio de 2021, por razones de salud pública para la contención de la Covid-19.”

Segundo. Desplazamientos permitidos.

Se permitirán los desplazamientos debidamente justificados por los siguientes motivos:

- a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.*
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.*
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.*
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.*
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.*
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.*
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.*
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.*
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.*
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.*
- k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.*





Tercero. Circulación en tránsito.

No estará sometida a restricción alguna la circulación en tránsito a través del municipio de Bailén, no estando permitidas las estancias o paradas al transitar el mismo, salvo por los motivos señalados en el apartado anterior.”

SEGUNDO.- La competencia de esta Sala trae causa de los preceptos introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, específicamente los artículos 10.8 y 122 quater de la LJCA.

TERCERO.- Con arreglo a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo criterio seguimos en este Auto (véase la Sentencia de 24 de mayo de 2021, Sentencia nº 719/2021, o la Sentencia de 3 de junio de 2021, Sentencia nº 792/2021), el control judicial requerido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación:

“(i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los (...) preceptos legales (...) que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada”.

CUARTO.- La más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sentencia nº 875/2021, de 17 de junio de 2021 (ponente Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez) declaró que *“el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, es “innegablemente escueto y genérico y no fue pensado para una pandemia como la actual, sino para brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente; pero no por ello deja de ser idóneo si se interpreta en relación con los artículos 26 y 54 de las leyes 14/2006 y 33/2011”.*

Añade esta Sentencia que *“el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 no habilita para adoptar medidas restrictivas en cualquier circunstancia, y fija un ámbito objetivo al referirlas a la existencia de un “riesgo de carácter transmisible”; también fija su ámbito subjetivo y espacial -“control de los enfermos” y de las “personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”- lo que se irá*





extendiendo correlativamente “pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general” (cfr. sentencias 719/2021 y 788/2021)” y que “su idoneidad no está tanto en la intensidad de las medidas adoptadas sino en su extensión pues en la lucha contra la pandemia del Covid19 se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Por tanto, la idoneidad de tal precepto dependerá de la justificación sustantiva de las medidas según las circunstancias del caso y siempre que esa justificación sustantiva esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate”.

Y concluye el Alto Tribunal que ante “restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día (“toque de queda”) o de limitar las reuniones, esa justificación exige acreditar que esas medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública: no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución”.

QUINTO.- Igualmente hay que destacar que el Tribunal Supremo, en la mencionada Sentencia de 17 de junio de 2021, destaca que:

“la medida de confinamiento litigiosa se basa en los datos sobre la tasa de incidencia acumulada, lo que es razonable; ahora bien, si la Administración está normativamente obligada a interesar la autorización judicial para adoptar ese confinamiento no es porque el control judicial quede ceñido a validar tal dato, sino porque con base en él se pretende aplicar unas medidas de contención que implicarán la restricción de derechos y libertades fundamentales, de ahí que la decisión precise que los tribunales la autoricen como garantes de los derechos y libertades. Por tanto, es carga de la Administración no limitarse a justificar la medida con base en el dato que considera que es eficaz como presupuesto: es carga suya justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras alternativas”.

SEXTO.- La Orden de 7 de julio de 2021 cuya ratificación se solicita por la Administración regional no cumple con los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo y puestos de manifiesto en los anteriores fundamentos, y no será ratificada, se anticipa, por esos motivos y por las razones que más ampliamente se exponen a continuación.

SÉPTIMO.- Hemos de señalar que la Orden de 7 de julio de 2021 resulta contraria a los principios de motivación, proporcionalidad, necesidad e idoneidad.





En este sentido, la Orden de 7 de julio de 2021 se fundamenta en un “informe del servicio de salud” con el título “evaluación específica de riesgo” que tiene 4 folios completos y 6 líneas en un último folio 5, y cuyo contenido es exactamente idéntico en los 3 primeros folios a los informes aportados para solicitar el confinamiento de otros municipios de Andalucía, lo que pone de manifiesto precisamente la falta de motivación.

Aproximadamente el 75% del único informe técnico que emplea la Administración autonómica es idéntico al usado en procesos anteriores referidos a otros municipios, lo que hace pensar que estamos ante una fórmula estereotipada y no ante un criterio para el caso concreto, como sin duda es exigible a la Administración, ya que la motivación debe ser caso por caso y que se use la misma motivación para casos distintos justamente pone de manifiesto la falta de motivación.

El folio 5 de tal informe tiene 6 líneas que reiteran el alto porcentaje de casos en Peal de Becerro. La novedad respecto de la fundamentación de otros casos se incorpora en el folio 4, con una sucinta y escueta referencia de varios párrafos con mención a la tasa de incidencia de otros municipios.

Valorado el informe técnico aportado según las reglas de la sana crítica (art. 348 de la LEC, aplicable por remisión de la Disposición Final Primera de la LJCA), las conclusiones del folio 4 de tal informe (puesto que los demás folios no hacen referencia al caso concreto sino que son tan genéricos que son idénticos a otros informes aportados para otros municipios), se concluye que es palmaria la falta de motivación en relación con la intensidad de la medida pretendida.

Esto es, una medida reglamentaria que afecta de forma tan intensa a los derechos fundamentales requiere una mayor motivación, y no bastan, como señala el Tribunal Supremo, “meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución”.

La motivación aportada, en consecuencia, no se considera válida para una medida tan drástica para las libertades constitucionales como la pretendida. Piénsese que la Orden de 7 de julio de 2021 permite salir o entrar del municipio para contratar un seguro, hacer una transferencia bancaria o echar gasolina, pero no para fijar libremente el lugar de residencia, la libertad religiosa, la libertad sindical, el derecho de reunión, o el derecho de asociación, por citar algunos derechos fundamentales que se ven seriamente comprometidos, o directamente suspendidos, sin una justificación bastante frente a otras actividades que se permiten.

La falta de motivación es clara si se tiene en cuenta que el único dato que se aporta es el relativo a la incidencia acumulada a 7 y 14 días, sin que se sepa por qué se utiliza ese solo dato, pero sin tener en cuenta otros relevantes como la tasa de





mortalidad, la ocupación hospitalaria o la situación de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI).

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de febrero de 2021, Sentencia nº 171/2021, citaba una Sentencia del Tribunal Constitucional en la que situaba el fundamento de medidas severamente restrictivas de derechos fundamentales en *“evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria”*.

Y añadía la Sentencia de 10 de febrero de 2021 que *“la declaración del estado de alarma y la prohibición gubernativa de una manifestación no tratan de garantizar el orden público, sino el derecho a la integridad física y la salud”*, y, en último término, *“los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente”*.

Esto es, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han declarado que el fin último de las distintas medidas sanitarias adoptadas en la lucha contra el coronavirus es tanto la protección de la vida como la defensa de la asistencia sanitaria para evitar su colapso.

De tal forma que las medidas contempladas en la Orden de 7 de julio de 2021 para tener una adecuada y suficiente motivación deberían contener, necesariamente, una específica mención a la tasa de mortalidad (ya que su fundamento es la protección de la vida) así como otra específica mención a la situación hospitalaria y la ocupación de las UCI (ya que su fundamento también es la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente).

En la medida en que el único y brevísimo informe técnico en que se justifica la Orden de 7 de julio de 2021, no aporta, se reitera, tales datos referidos a la tasa de mortalidad o de ocupación hospitalaria, se concluye que la Orden está falta de motivación.

Es carga de la Administración (artículo 217 de la LEC) no limitarse a justificar la medida con base en el dato que considera que es eficaz como presupuesto; y no se ha cumplido con esta carga procesal.

OCTAVO.- Igualmente es carga de la Administración justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras alternativas.





En relación con la idoneidad de la Orden, la Administración no explica si se encuentra en situación de adoptar otro tipo de medidas más "idóneas" para la protección de la salud de los habitantes de Peal de Becerro.

En particular, y aunque no le corresponde a este Tribunal determinar la forma en que deben quedar redactadas las disposiciones generales (art. 71.2 LJCA), no se expone si caben otras formas de reducir la tasa de contagios menos agresivas con los derechos fundamentales.

Se reitera que no le corresponde a este Tribunal determinar cuáles son tales formas, sino a la Administración, que no ha cumplido con tal obligación, en la medida en que ni tan siquiera ha indicado qué alternativas tenía, ni ha justificado que esta fuera la única alternativa o que se trate de una medida totalmente indispensable.

Este Tribunal se pronunció sobre el caso de Montefrío, que nunca estuvo confinado ya que no se ratificó el confinamiento solicitado, y que bajó su tasa de contagios de forma muy rápida sin ser confinado.

Igualmente en el caso del municipio de Bailén, que tampoco estuvo confinado al no ser ratificada la solicitud de encierro perimetral, se produjo una bajada muy pronunciada de los contagios en poco tiempo.

La Administración autonómica no ha explicado en este proceso por qué considera que la rápida bajada de casos que hubo en Montefrío y también en Bailén, ambos sin confinar, no se puede dar en Peal de Becerro, lo que en definitiva pone de manifiesto que no hay motivación suficiente, ni tampoco argumentación suficiente sobre el principio de necesidad e idoneidad de la medida.

Los municipios sevillanos que sí fueron confinados no redujeron de forma más rápida que los no confinados su tasa de incidencia acumulada una vez acordado el confinamiento; y la Administración autonómica tampoco explica, como debería haber hecho, cuáles son las razones por las que los municipios de Bailén y Montefrío sin confinar bajaron rápidamente su tasa de contagio, mientras que en el caso de La Campana (Sevilla), por citar uno de los varios municipios en que ha sucedido lo mismo, tras varias semanas de cierre perimetral la tasa no bajó de 1.000.

Por cuando antecede, hemos de concluir que la Administración no ha aportado una motivación suficiente acerca de la eficacia, justificación, necesidad, proporcionalidad o idoneidad del encierro cuya ratificación se pretende, y, por tanto, no se accederá a la solicitud.

NOVENO.- En definitiva, la medida de encierro litigiosa se basa en los datos sobre la tasa de incidencia acumulada, lo que es razonable.





Ahora bien, si la Administración está normativamente obligada a interesar la autorización judicial para adoptar la reclusión del municipio de Peal de Becerro no es porque el control judicial quede ceñido a validar tal dato, sino porque con base en él se pretenden aplicar unas medidas de contención que implicarán la restricción o suspensión de derechos y libertades fundamentales, de ahí que la decisión precise que los Tribunales la autoricen como garantes de los derechos y libertades.

Por tanto, es carga de la Administración no limitarse a justificar la medida con base en el dato que considera que es eficaz como presupuesto: es carga suya justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras alternativas, carga que la Administración ha desatendido, una vez valorada la prueba obrante en este proceso de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

DÉCIMO.- El dato de población de 5.240 habitantes que se tiene en cuenta, por otra parte, parece ser el de la población censada, pero se desconoce cuál es la población flotante del municipio, que tampoco se sabe si se ha ponderado en los datos de la Junta de Andalucía ya que nada se indica al respecto pese a ser un hecho notorio y exento de prueba (art. 281.4 LEC) que algunos pueblos en verano suelen ver incrementada su población.

Se desconoce, porque nada dice la Junta de Andalucía, si los positivos computados el folio 3 de 5 del informe técnico son únicamente los que están empadronados en el municipio, o si se incluyen también los que estaban de paso y dieron positivo durante su estancia en Peal de Becerro, y tampoco se conoce si dentro de los 5.240 habitantes se incluye la población flotante o no y por qué, pues tampoco se indica nada en el inmotivado y conciso informe.

UNDÉCIMO.- A mayor abundamiento hay que indicar que también procede denegar la ratificación de la Orden de 7 de julio de 2021 en aplicación del Derecho comunitario.

En efecto, el pasado día 1 de julio de 2021 entró en vigor el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021.

Y la Orden de 7 de julio de 2021 de la Junta de Andalucía es contraria al Reglamento europeo.

La norma comunitaria regula el 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 de COVID-19.





El objeto de esta norma de la Unión, según expresa en el considerando 61, es *“facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión durante la pandemia de COVID-19 mediante el establecimiento de un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables sobre la vacunación de una persona contra la COVID-19, el resultado de su prueba diagnóstica o su recuperación”*.

Se regula, en definitiva, lo que se ha dado en llamar “pasaporte covid”.

DUODÉCIMO.- Hay que destacar del Reglamento comunitario los siguientes “considerandos” o fragmentos de su exposición de motivos, dada su relevancia para resolver sobre este proceso:

(1) *“todo ciudadano de la Unión tiene el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;*

(6) *“De conformidad con el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública. Las restricciones a la libre circulación de personas dentro de la Unión que se establezcan para limitar la propagación del SARS-CoV-2 deben basarse en razones de interés público específicas y limitadas, a saber, la salvaguardia de la salud pública, como se subraya en la Recomendación (UE) 2020/1475. Tales limitaciones deben aplicarse de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, en particular la proporcionalidad y la no discriminación”;*

(7) *“Las personas vacunadas o que hayan obtenido un resultado negativo en una prueba reciente de COVID-19 y las personas que se hayan recuperado de la COVID-19 en los últimos seis meses parecen tener un riesgo reducido de infectar a otras personas con el SARS-CoV-2, de acuerdo con datos científicos actuales y aún en evolución. La libre circulación de las personas que, de acuerdo con datos científicos sólidos, no suponen un riesgo significativo para la salud pública, por ejemplo porque son inmunes al SARS-CoV-2 y no pueden transmitirlo, no debe restringirse, dado que tales restricciones no serían necesarias para alcanzar el objetivo de salvaguardar la salud pública”;*

“Cuando la situación epidemiológica lo permita, dichas personas no deben estar sujetas a restricciones adicionales a la libertad de circulación relacionadas con la pandemia de COVID-19, como la realización de pruebas para detectar la infección por el SARS-CoV-2 en vinculación con viajes o la cuarentena o el autoaislamiento en vinculación con viajes, salvo que esas restricciones adicionales, sobre la base de los últimos datos científicos disponibles y según el principio de





cautela, sean necesarias y proporcionadas a efectos de salvaguardar la salud pública, y no discriminatorias”;

(13) *“Si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación contra la COVID-19 son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de confirman (sic) la cadena de transmisión”.*

–El texto en español publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) refiere *“los datos científicos sobre los efectos de la vacunación contra la COVID-19 son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción **de confirman** la cadena de transmisión”* (la negrita es nuestra).

Examinada la versión del Reglamento en inglés, francés e italiano parece claro que se trata de un error de traducción y que debería decir *“los datos científicos sobre los efectos de la vacunación contra la COVID-19 son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión”*. Esto es, sobra la palabra *“confirman”* del texto.

En este sentido, la versión italiana refiere *“a interrompere la catena di trasmissione”*, la francesa *“quant à la rupture de la chaîne de transmission”*, y la inglesa *“with regard to the breaking of the transmission chain”*, lo que confirma que estamos ante una errata o error de traducción sin mayor trascendencia, dado que es claro lo que quiere decir el considerando 13: que la vacunación contra la COVID-19 según concluyentes estudios produce la interrupción de la cadena de transmisión.

(14) *“El presente Reglamento pretende facilitar la aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación por lo que se refiere a las restricciones a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, al tiempo que se persigue un alto nivel de protección de la salud pública”;*

(30) *“El certificado COVID digital de la UE proporciona el marco aceptado mutuamente para facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación”*

TREDÉCIMO.- En cuanto al contenido normativo del Reglamento, en lo que a este proceso interesa, hay que destacar que el artículo 11, bajo el subtítulo *“Restricciones a la libre circulación e intercambio de información”*, establece que:





“1. Sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para imponer restricciones por motivos de salud pública, cuando los Estados miembros acepten certificados de vacunación, certificados de prueba diagnóstica que indiquen un resultado negativo o certificados de recuperación, se abstendrán de imponer restricciones a la libre circulación adicionales, como pruebas adicionales para la detección de la infección por SARS-CoV-2 en vinculación con viajes, o cuarentena o autoaislamiento en vinculación con viajes, salvo que sean necesarias y proporcionadas a efectos de salvaguardar la salud pública en respuesta a la pandemia de COVID-19, teniendo también en cuenta los datos científicos disponibles, incluidos los datos epidemiológicos publicados por el ECDC en virtud de la Recomendación (UE) 2020/1475.

2. Si un Estado miembro exige, de conformidad con el Derecho de la Unión, que después de su entrada en su territorio los titulares de los certificados a que se refiere el artículo 3, apartado 1, cumplan cuarentena, se aislen o se sometan a una prueba de detección de infección por el SARS-CoV-2, o si impone otras restricciones a los titulares de dichos certificados porque, por ejemplo, la situación epidemiológica empeore rápidamente en un Estado miembro o en una región de un Estado miembro, en particular como consecuencia de una variante del SARS-CoV-2 que sea preocupante o suscite interés, informará al respecto a la Comisión y a los demás Estados miembros, si es posible cuarenta y ocho horas antes de la introducción de esas nuevas restricciones.”

De acuerdo con esta norma, queda claro que tras la entrada en vigor del conocido como “pasaporte covid” las autoridades sanitarias pueden adoptar medidas restrictivas de la libertad de circulación y residencia a que se refiere el artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora bien, como ya dijimos en nuestro Auto nº 303/2021, de 4 de junio de 2021 al no ratificar la solicitud de confinamiento del municipio de Bailén, no resulta conforme a Derecho hacer tabla rasa de todos los ciudadanos sin tener en cuenta a aquellos que ya están inmunizados de forma natural por haber pasado el coronavirus o de forma artificial por haber sido vacunados. Y no solo por las razones entonces expuestas (a las que no se refirió expresamente la Sentencia de 17 de junio de 2021 que acuerda no ratificar la misma solicitud de confinamiento de Bailén) sino porque así lo exige el Derecho comunitario.

Dijimos entonces (Auto de 4 de junio de 2021) y mantenemos que *“en la documentación aportada a este proceso no se acredita, porque ninguna prueba se aporta, que las personas vacunadas o inmunizadas sean contagiosas o puedan contagiar, y puesto que sí que está acreditado, por ser un hecho notorio, que las personas vacunadas y las inmunizadas no se están volviendo a reinfectar de forma*





general, y de ahí la bajada drástica de contagiados en los últimos días tras el final del estado de alarma y coincidiendo con el incremento de la vacunación, habría sido necesaria una motivación específica para fundamentar que se confine por igual a quienes están vacunados o inmunizados y a quienes están contagiados, ya que es notorio que no se trata del mismo supuesto de hecho”.

En efecto, como señala el Reglamento de la Unión “*las personas vacunadas o que hayan obtenido un resultado negativo en una prueba reciente de COVID-19 y las personas que se hayan recuperado de la COVID-19 en los últimos seis meses parecen tener un riesgo reducido de infectar a otras personas con el SARS-CoV-2, de acuerdo con datos científicos actuales y aún en evolución*”.

Y cuando sea necesaria la adopción de restricciones “*dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación contra la COVID-19 son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión*”.

La norma comunitaria, en el citado artículo 11.1 establece que, como regla general, para aquellos ciudadanos que tengan el “pasaporte covid” los Estados miembros “*se abstendrán de imponer restricciones a la libre circulación adicionales*”.

Esta regla general tiene una excepción: “*salvo que sean necesarias y proporcionadas a efectos de salvaguardar la salud pública en respuesta a la pandemia de COVID-19, teniendo también en cuenta los datos científicos disponibles, incluidos los datos epidemiológicos publicados por el ECDC en virtud de la Recomendación (UE) 2020/1475*”.

La Orden de 7 de julio de 2021 no motiva ni expone cuáles son las razones por las que resulta necesaria la adopción de medidas de encierro municipal para quienes tienen pasaporte covid como excepción a la regla general de que a tales personas no se le impondrán “restricciones a la libre circulación adicionales”, ni explica tampoco por qué son proporcionadas, lo que resulta contrario al Derecho de la Unión.

DECIMOCUARTO.- Dicho con otras palabras, el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 constata que “*las personas vacunadas o que hayan obtenido un resultado negativo en una prueba reciente de COVID-19 y las personas que se hayan recuperado de la COVID-19 en los últimos seis meses parecen tener un riesgo reducido de infectar a otras personas con el SARS-CoV-2, de acuerdo con datos científicos actuales y aún en evolución*”.





Y añade que *“La libre circulación de las personas que, de acuerdo con datos científicos sólidos, no suponen un riesgo significativo para la salud pública, por ejemplo porque son inmunes al SARS-CoV-2 y no pueden transmitirlo, no debe restringirse, dado que tales restricciones no serían necesarias para alcanzar el objetivo de salvaguardar la salud pública”*

Tras esa constatación, en el artículo 11.1 se establece la regla general de que para los que tienen pasaporte covid no se pueden establecer medidas restrictivas adicionales, y se permite, como excepción, la adopción de medidas como las de la Orden de 7 de julio de 2021 cuando *“sean necesarias y proporcionadas a efectos de salvaguardar la salud pública en respuesta a la pandemia de COVID-19, teniendo también en cuenta los datos científicos disponibles”*.

La Orden de 7 de julio de 2021, se reitera, no distingue a los ciudadanos que tienen pasaporte covid de los que no, ni motiva por qué es necesario y proporcionado que se restrinja la libertad de los primeros, ni tampoco cuáles son los datos científicos que ha tenido en cuenta, y por esto mismo es contraria al Derecho de la Unión, ya que la adopción de medidas respecto de quienes poseen pasaporte covid requiere que se motive de forma expresa por qué son necesarias para los mismos y qué datos científicos se han tenido en cuenta, datos que no menciona el único y escueto informe técnico aportado.

DECIMOQUINTO.- Además, el artículo 11.2 del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 para los casos en que como excepción a la regla general se adopten medidas adicionales para quienes tienen pasaporte covid impone una carga adicional.

Tal carga adicional (en los casos de medidas que por excepción contradigan la regla general de no adoptar medidas adicionales para quienes tienen pasaporte covid), consiste en *“informar al respecto a la Comisión y a los demás Estados miembros, si es posible cuarenta y ocho horas antes de la introducción de esas nuevas restricciones”*.

En ese sentido, *“el Estado miembro facilitará la información siguiente:*

- a) los motivos de tales restricciones;*
- b) el alcance de dichas restricciones, especificando los titulares de certificados que están sujetos o exentos de ellas;*
- c) la fecha y duración de tales restricciones”*.





En los limitados datos puestos a disposición de este órgano judicial no consta ni que se haya hecho comunicación a la Comisión o al Ministerio de Sanidad para que éste lo comunique a la Comisión, ni si ha informado 48 horas antes como exige la norma o por qué no se ha informado en ese plazo, ni los motivos de las restricciones, ni si los titulares de los certificados están sujetos o exentos, lo que pone de manifiesto que la Orden de 7 de julio de 2021 también resulta en este punto contraria al citado Reglamento.

DECIMOSEXTO.- Hemos de añadir que el artículo 11.2 del tan citado Reglamento refiere ad exemplum algunas de las causas que pueden justificar, por excepción, limitaciones o restricciones adicionales a la libre circulación en la Unión Europea para quienes tengan pasaporte covid.

Establece el artículo 11.2 in fine:

“por ejemplo, -que- la situación epidemiológica empeore rápidamente en un Estado miembro o en una región de un Estado miembro, en particular como consecuencia de una variante del SARS-CoV-2 que sea preocupante o suscite interés”.

A este respecto, la Orden de 7 de julio de 2021 así como el informe aportado con la solicitud de ratificación no indican qué variante del coronavirus es la que en los últimos 7 días ha afectado a 64 de los 5.240 habitantes de Peal de Becerro, o qué razones concretas son las que justifican la medida, lo que vuelve a poner de manifiesto la falta de motivación, desde la óptica del Derecho nacional, y, sobre todo, del Derecho de la Unión.

DECIMOSEPTIMO.- En conclusión, procede denegar la ratificación solicitada por la Administración autonómica por las razones expuestas.

DECIMOCTAVO.- No ha lugar a la imposición de las costas procesales al no haber parte recurrida, de acuerdo con el artículo 139 de la LJCA

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

1.- **No ratificar la Orden de 7 de julio de 2021 de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía**, por la que se solicita confinar al municipio de Peal de Becerro de la provincia de Jaén.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

2.- No hacer pronunciamiento sobre el abono de las costas procesales.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. magistrados anotados al margen y componentes de este tribunal. Doy fe.

