Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Octava
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33011840

NIG: 28.079.00.3-2020/0016795

Procedimiento Ordinario 1070/2020 E - 01

(01) 32785316246

SOLICITUD DE AUTORIZACION/RATIFICACION MEDIDAS SANITARIAS CAM

SOLICITUD: Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma. Sra. Doña Amparo Guilló Sánchez-Galiano

A U T O Nº 115/2020

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente: Don Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados/as:

Doña Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Don Rafael Botella García Lastra

Doña Juana Patricia Rivas Moreno

Doña Dolores Galindo Gil

Doña María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a 24 de septiembre de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de septiembre de 2020 se ha recibido en esta Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, solicitud de los servicios jurídicos de dicha Comunidad Autónoma por el que solicita la ratificación de las medidas sanitarias adoptadas por la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica. La ratificación solicitada se limita a las medidas del apartado segundo de la Orden que suponen restricción de los derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Recibida la solicitud anterior, por diligencia de ordenación de esa misma fecha, 22 de septiembre de 2020, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.8 y 122 quarter de la LJCA, modificada por 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, se ha dado traslado al Ministerio Fiscal por término de una audiencia para que presentara alegaciones al ser parte en este procedimiento.

El Ministerio Publico ha presentado escrito en fecha 23 de septiembre de 2020 en el que considera que procede la ratificación de la medida sanitaria que dispone el apartado Segundo 1 de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad por la que se disponen medias especificas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica.

En la deliberación, votación y fallo de la presente resolución se anunció la formulación de voto particular por las Magistradas Ilmas. Sras. Dña. Maria del Pilar García Ruiz y Dña. Maria Dolores Galindo Gil.

Es ponente la Magistrada Ilma. Sra. Amparo Guilló Sánchez-Galiano, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicita la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos, la ratificación por esta Sala de las medidas ya acordadas en la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica, limitando su solicitud a las medidas del apartado segundo de la Orden que suponen restricción de los derechos fundamentales.

Ese apartado segundo de la Orden citada dispone textualmente:

"Segundo *Medidas específicas preventivas a aplicar*

1. Se restringe la entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales recogidos en el apartado anterior, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los siguientes motivos:

- **a)** Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- **b)** Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales o legales.
- **c)** Asistencia a centros docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- **d)** Retorno al lugar de residencia habitual.
- **e)** Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.

- **f)** Para desplazarse a entidades financieras y de seguros.
- **g)** Para realizar actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- **h)** Para realizar renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- **i)** Para realizar exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- **j)** Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- **k)** Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente justificada y acreditada.

La circulación por carretera y viales que transcurran o atraviesen los ámbitos territoriales que constituyen el objeto de la presente Orden estará permitida siempre y cuando tengan origen y destino fuera del mismo.

Se permite la circulación de personas residentes dentro de los ámbitos territoriales afectados, siempre respetando las medidas de protección individual y colectiva establecidas por las autoridades sanitarias competentes, si bien se desaconseja a la población los desplazamientos y realización de actividades no imprescindibles.

2. La asistencia a lugares de culto no podrá superar un tercio de su aforo y se deberá garantizar en todo caso la distancia mínima interpersonal de 1,5 metros y el uso de mascarilla.

3. La asistencia a velatorios se limita a un máximo de quince personas en espacios al aire libre o diez en espacios cerrados, sean o no convivientes. La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para la cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de quince personas, entre familiares y allegados, además de, en su caso, el ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto.

4. Todos los establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público no podrán superar el cincuenta por ciento del aforo permitido y tendrán como hora de cierre la legalmente autorizada, no pudiendo superarse en ningún caso las 22:00 horas, a excepción de los establecimientos farmacéuticos, médicos, veterinarios, de combustible para la automoción y otros considerados esenciales.

5. Los establecimientos de hostelería y restauración limitarán el aforo al cincuenta por ciento, tanto en espacios interiores como exteriores, no estando permitido el consumo en barra.

Las mesas o agrupaciones de mesas, deberán guardar una distancia de, al menos, 1,5 metros respecto a las sillas asignadas a las demás mesas o agrupaciones de mesas con el objeto de asegurar el mantenimiento de la debida distancia física de, al menos, 1,5 metros entre las personas sentadas en diferentes mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas.

La ocupación máxima será de seis personas por mesa o agrupación de mesas y tendrán como hora de cierre la legalmente autorizada, no pudiendo superarse en ningún caso las 22.00 horas, a excepción de servicios de entrega de comida a domicilio.

Estas mismas limitaciones de aforo y horario son aplicable a los establecimientos y locales en donde se desarrollen actividades de juegos y apuestas.

6. La actividad que se realice en academias, autoescuelas y centros privados de enseñanzas no regladas y centros de formación no incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 9 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, podrán impartirse de forma presencial siempre y cuando no supere una capacidad del cincuenta por ciento respecto al máximo permitido.

La actividad presencial en estos establecimientos se limitará a grupos de seis personas máximo y se establecerán las oportunas medidas para mantener la distancia de seguridad interpersonal de metro y medio en sus instalaciones en todo momento.

7. Podrá realizarse práctica deportiva en instalaciones deportivas, tanto al aire libre como de interior, siempre que no se supere el cincuenta por ciento del aforo máximo permitido de la instalación. La práctica deportiva en grupos se limita a un máximo de seis personas.

8. Con carácter general y sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Orden para ámbitos específicos, los porcentajes de aforo de las actividades, servicios e instalaciones que se determinan en la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, se reducen al cincuenta

por ciento, salvo que tuvieran previsto uno inferior.

9. Se suspende temporalmente la actividad de los siguientes espacios:

-
- **a)** Parques y jardines públicos.
-
- **b)** Parques infantiles de uso público….."

SEGUNDO.- En el examen de la anterior solicitud se ha de hacer ante todo una precisión previa atinente al cometido de esta Sala en la ratificación solicitada; o, dicho de otro modo, sobre cuál es el alcance del control jurisdiccional que nos compete y que se nos pide al amparo de lo dispuesto en el art. 10.8 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa en su relación con el art. 122 quarter de dicha ley procesal, preceptos que, tras la entrada en vigor de la ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén expresamente la competencia de esta Sala para la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Sobre dicha cuestión, acabamos de pronunciarnos recientemente en la Sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto de 2020, dictada en resolución del recurso de apelación nº 907/2020, adoptando un criterio que ahora no podemos sino mantener y reproducir.

Dijimos en aquella resolución (fundamento jurídico séptimo) sobre el alcance de nuestra función lo siguiente:

"….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 introduzcan límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria. …"

Y también en relación con el ámbito al que se extiende nuestra función señalábamos que "…esta Sala entiende que **la autorización o ratificación judicial será precisa, exclusivamente, para aquellas medidas sanitarias que**, como reseña el precepto legal, **impliquen la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental y que debe indicar la autoridad sanitaria que solicita la intervención del órgano jurisdiccional. El resto, no están necesitadas de autorización judicial** por ser plenamente ejecutivas y eficaces desde la entrada en vigor de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto de la Consejería de Sanidad al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la

Comunidad de Madrid (artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Y ello, sin perjuicio, de su posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que no ha tenido lugar a día de hoy y, en su caso, postulación de justicia cautelar de los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio. …".

Desde esta precisión previa, resulta ya posible delimitar cual es el alcance de la ratificación de medidas solicitada. No es nuestro cometido la revisión de la oportunidad de las medidas acordadas. Nuestra función es analizar cuáles de dichas medidas limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si tal limitación encuentra, primero, cobertura legal, siendo o no competente la Administración que las acuerda, y además si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en la restricción o limitación de dichos derechos esenciales. No se extiende, por el contrario, a revisar aquellas recomendaciones o consejos dirigidos a la población que no constituyen limitación o restricción de ningún derecho fundamental sino meras indicaciones desprovistas de fuerza imperativa alguna.

TERCERO.- Comenzando por la cuestión relativa a la cobertura legal de las medias acordadas en relación con la competencia de la Administración Autonómica para adoptarlas, hemos de señalar lo que sigue.

Esta Sala ya se pronunció en realidad sobre dicha cuestión en la Sentencia de 28 de agosto pasado antes citada en los siguientes términos:

"…conviene recordar, como examinaremos más adelante, que **dentro del marco normativo que integran la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, las que corresponden a las autoridades sanitarias en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, en ambos casos, según la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y, en particular para la Comunidad de Madrid en la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, las autoridades sanitarias de cada comunidad autónoma pueden** acordar acciones preventivas generales y **adoptar las medidas y limitaciones sanitarias que consideren oportuno, cuando concurran razones sanitarias de urgencia o necesidad y para controlar enfermedades transmisibles**, siempre que queden justificadas y se acomoden -principio de proporcionalidad- al fin último de prevención, protección y control de la salud individual y colectiva.

La intervención de los jueces y tribunales será necesaria para aprobar y ratificar aquellas de las acordadas, en condiciones de urgencia y necesidad, **cuando puedan implicar privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental**, según la literalidad del artículo 8.6, párrafo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Por tanto, cualquier pronunciamiento que vaya más allá de la ponderación de las variables del binomio salud/enfermedad, atendido el contexto y los parámetros de constitucionalidad que definen el contenido de los bienes jurídicos que menciona aquel precepto, supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conllevan para el ciudadano. …

… **Los citados textos legales permiten afirmar que las autoridades sanitarias en cada comunidad autónoma, a través de sus órganos competentes, pueden intervenir en las actividades públicas y privadas, para proteger la salud de la población y prevenir la enfermedad**. Por ello, **en situaciones de pandemia como la que atravesamos, para garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio, tienen competencias para** adoptar medidas preventivas de contención y otras **que supongan limitación de actividades y desplazamiento de personas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales**…."

Por tanto, la cobertura legal y la competencia de las autoridades sanitarias autonómicas para adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar la extensión de la enfermedad y que

supongan limitación o restricción de derechos fundamentales en una situación de pandemia como la actual motivada por razones de urgencia o necesidad, ya ha sido afirmada por esta Sala, siempre que dichas medidas lo sean para el control de enfermedades transmisibles, sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales, principio sobre el que se volverá más adelante.

La habilitación legal, que se afirmó entonces y que ahora se confirma, deviene esencialmente de lo dispuesto en los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública al señalar que: " Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, **las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Publicas 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. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles la autoridad sanitaria, además de realizar las medidas preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas…así como **las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible**". Asimismo, aparece reiterada en los arts. 1 y 28 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad que alude expresamente a las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de personas y de los bienes y a cualesquiera otros de los derechos afectados y , finalmente encuentra respaldo en la ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y en la ley autonómica 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

No se nos escapa que pese a la cobertura indicada en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, antes citada, la cuestión esencial que se plantea es si la limitación de derechos fundamentales consagrados en el Texto Constitucional, puede llevarse a cabo por la autoridad autonómica sin acudir a otras opciones como las previstas en la ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Pero nos reafirmamos en que no tratándose de suspensión de derechos fundamentales que, por supuesto, requeriría de la utilización de otros instrumentos jurídicos, concretamente la declaración del estado de excepción o de sitio, como prevé el artículo 55.1 CE, la limitación de los derechos fundamentales por la autoridad autonómica, sin acudir a la declaración de estado de alarma que prevé la LO 4/1981, es perfectamente posible siempre que su previsión se contenga en una ley Orgánica, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

No debe olvidarse que conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 112/2006,de 5 de abril y 76/2019, de 22 de mayo) se ha venido admitiendo la posibilidad de que por ley Orgánica se permita la adopción de medidas concretas que limiten el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente Ley Orgánica de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue y que dicha limitación esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales (STC 104/2000 13 de abril) .

En el supuesto que nos ocupa esos presupuestos constitucionales se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en dicha ley Orgánica sobre los bienes y derechos

constitucionalmente protegidos, la salud pública e integridad física, como por los supuestos y fines que aparecen definidos en la ley Orgánica habilitante, LO 3/1986 Especial de Salud Pública, puesto que en ella se prevén los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales limites (en palabras del TC " ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999, fj 4 y STC 76/2019 de 22 de mayo) y que se resumen en: el ámbito material a que se circunscribe, salud pública; la exigencia de que esas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias; y, por lo que ahora nos ocupa, traten de controlar y/o evitar la transmisibilidad una enfermedad. En definitiva, la propia Ley Orgánica delimita las condiciones esenciales que han de concurrir para la adopción de tales medidas limitativas.

Todo ello, sin perjuicio de que será la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales concernidos, la que condicionará en cada caso la exigencia de utilizar otros instrumentos jurídicos más idóneos desde una perspectiva constitucional.

Finalmente debe recordarse que la propia reforma operada sobre la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la reciente 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, evidencia también una previsión del legislador estatal respecto de la utilización en el ámbito de las Comunidades Autónomas de este instrumento legal en la eventual adopción de medidas que puedan restringir derechos fundamentales, aunque sus destinatarios no estén identificados individualmente; previsión legislativa que se encuentra implícita en la propia regulación legal del control y revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de su ejercicio en el ámbito autonómico, como pone de manifiesto la redacción dada al artículo 10.8 de la Ley Jurisdiccional, que atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una competencia residenciada hasta entonces en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

En definitiva, la exigencia de que estas medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias por considerarse urgentes y necesarias para la salud pública, se encuentren sometidas a la necesaria autorización o ratificación judicial, ex arts. 8.6, 10.8, y 11.1.i) de la Ley Jurisdiccional, constituye una garantía jurisdiccional previa de sujeción de las mismas a los límites de la habilitación legal contenida en aquella legislación y de su proporcionalidad, a la que se condiciona su eficacia, que no se contempla cuando las autoridades gubernativas actúan en ejercicio de las potestades conferidas por la declaración de estado de alarma.

Con arreglo a las consideraciones expuestas y con los límites expresados se reafirma la competencia de la autoridad autonómica para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales por razones de salud pública.

CUARTO.- Sentado lo anterior, examinaremos el apartado segundo de la Orden cuya ratificación se solicita, ya transcrito más arriba y en el que, esta Sala únicamente encuentra concernido el derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas (consagrado en el art. 19 CE) en los ámbitos territoriales recogidos en el apartado primero de dicha Orden y durante el periodo de 14 días naturales prorrogables que se recoge en su apartado sexto.

Esta limitación ambulatoria que se expresa en la Orden mediante la restricción de "entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales recogidos en el apartado anterior", habrá de analizarse en función de los parámetros constitucionales exigibles que, según reiterada jurisprudencia constitucional, se contraen a dos exigencias esenciales que dimanan del principio de proporcionalidad y han de respetarse en todo caso cuando se trata de la restricción de un derecho fundamental como el que nos ocupa: la idoneidad de la medida en el sentido de que la misma se encuentre justificada para perseguir la protección de otro derecho fundamental o para alcanzar un fin constitucionalmente protegible y, segundo, que para alcanzar tal fin se haya limitado de la manera menos restrictiva el derecho fundamental de que se trata. O dicho de otro modo, será preciso analizar si la limitación del derecho fundamental acordada tiene un justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue que es constitucionalmente protegible y además que no existe una medida menos gravosa para cumplir con esa finalidad.

O, dicho en palabras del Tribunal Constitucional en su STC 96/2012 , de 7 de mayo, "…,hemos destacado (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; 86/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, entre otras) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)….".

Pues bien, la limitación del derecho fundamental acordada en la Orden se justifica ya en el Preámbulo de la Disposición General que nos ocupa en función de la protección de la salud pública (ex art. 15 CE). Así se dice textualmente en dicho Preámbulo que:

"…Ante la situación epidemiológica localizada en determinados núcleos de población que se corresponden con treinta y siete zonas básicas de salud, deben adoptarse medidas más estrictas de control y prevención de la enfermedad que las adoptadas hasta la fecha, a los efectos de evitar una expansión incontrolada de la COVID-19 y proteger a la población del riesgo de contagio, siendo preciso adoptar medidas que afectan a los desplazamientos personales así como al desarrollo de distintas actividades que pueden favorecer la propagación del virus SARS-CoV-2….Se pretende con ello reducir el número de nuevos contagios y aliviar la presión asistencial del sistema sanitario con el **objetivo primordial de proteger la salud de la población en su conjunto, tanto la de los ámbitos territoriales afectados como la del resto de la Comunidad de Madrid**…..De la evolución de la crisis sanitaria en las últimas fechas se desprende que las zonas básicas de salud, incluidas en el ámbito de aplicación de esta Orden, presentan una tendencia creciente y progresiva de casos positivos con el correlativo aumento de la tasa de incidencia acumulada en los últimos días…."

Es pues, la protección de la salud pública, evitando la propagación del virus a otras zonas y reduciendo su mayor incidencia en otras poblaciones, lo que justifica según la propia Orden la restricción del derecho. Tal finalidad se encamina a la protección de otro derecho fundamental como es el consagrado en el art. 15 CE, en su vertiente de integridad física, que merece ser reconocido como digno de protección igualmente (STC 53/1985, de 11 de abril).

Los derechos fundamentales no tienen un contenido esencial absoluto y pueden y deben ceder en ocasiones en su confrontación con otros derechos esenciales para cuya garantía puede ser necesario

restringirlos. En el supuesto que nos ocupa, es la protección de la salud pública (ex art. 15 CE) lo que se identifica en la ley habilitante como justificación de interés general que opera como límite del derecho fundamental consagrado en el art. 19 CE que ha de ceder ante el primero.

La finalidad de impedir la propagación de la pandemia y por tanto de protección de la salud pública se fundamenta en la solicitud que nos ocupa a través del Informe de la Dirección General de Salud Pública, de 18 de septiembre de 2020, que se acompaña, en el que se hace expresa alusión al criterio técnico de incidencia acumulada en 14 días y en las 37 zonas a las que afecta la Disposición, de más de 1.000 casos por cada 100.000 habitantes con una incidencia acumulada mantenida o con crecimiento en dicho periodo de tiempo, destacando asimismo que dicho aumento de incidencia aparece motivada también por una relajación en el cumplimiento de las medidas de prevención de propagación de la infección.

Asimismo, se aporta el "Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por covid-19" elaborado por el Ministerio de Sanidad y acordado en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de fecha 16 de julio de 2020, en el que se indica que ante el agravamiento de la situación epidemiológica "las medidas encaminadas a la reducción de la movilidad de las personas, se han mostrado altamente efectivas para controlar la transmisión del SARS-COV-2 cuando el virus alcanza un elevado nivel de difusión….". Y, finalmente, se aportan informes epidemiológicos en diferentes zonas, evidenciando la mayor incidencia de la enfermedad en las Zonas afectadas si como el aumento de los ingresos en las unidades de cuidados intensivos de los Hospitales en dichas zonas.

Todo ello respalda la razón de la limitación de la movilidad acordada, que no es otra que la protección de la salud evitando una mayor propagación del virus a otras zonas. Esta finalidad, cumple con los dos primeros requisitos expuestos más arriba, esto es, se trata de una medida necesaria e idónea para el fin perseguido, que no es otro que evitar la mayor difusión a otras zonas de una enfermedad altamente contagiosa.

Es una medida idónea, porque a través de ella es fácil colegir, como evidencian los informes aportados, que se trata de evitar en la medida de lo posible la mayor difusión del virus a otras zonas y consecuentemente una mayor tasa de propagación. También se presenta como necesaria porque sin dicha restricción de movilidad se muestra difícil conseguir tal objetivo, como también advierten dichos informes; y, además responde a un principio de precaución (artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en evitación del riesgo de propagación de la pandemia que aboga aún más por la proporcionalidad de la medida desde esta perspectiva de idoneidad y necesidad.

Por último, consideramos que examinada la limitación que implica la medida desde la perspectiva del principio de proporcionalidad antes aludido, en su sentido más estricto, esto es, analizando si la limitación del derecho fundamental que consagra el art. 19 CE se efectúa de la forma menos gravosa posible para conseguir el fin de protección de la salud que se persigue, la propia modulación que implica la adopción de excepciones a la movilidad, que se contiene en el apartado segundo 1º de la Orden examinada, evidencia que la limitación se adopta de forma atemperada y tratando de disminuir sus efectos sobre los sujetos afectados por la medida limitativa sin perder de vista la consecución del fin que se trata de obtener, que no es otro que evitar la mayor transmisión de la pandemia.

Máxime cuando los límites impuestos a la libertad de circulación se deben al intento de preservar el derecho fundamental a la salud e integridad física, destacado desde una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril) como un derecho prevalente en la medida que es presupuesto del ejercicio de otros derechos fundamentales. Por ello, consideramos que se cumple el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigido.

Por todo ello procede ratificar la medida acordada en la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en su apartado segundo, como se hará en la parte dispositiva de la presente resolución.

No procede pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

En atención a lo expuesto, vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1. Ratificar las medidas acordadas en el apartado segundo de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica.

2. La Comunidad Autónoma de Madrid deberá solicitar la ratificación de la prórroga de dichas medidas si fuese acordada por la Administración Sanitaria indicando el número del presente procedimiento 1070/2020 en dicha solicitud.

3. Sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Contra este Auto cabe recurso de reposición, previo al recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días.

Lo acuerdan y firman los Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados dela Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doy fe.

Notifíquese por vía telemática la presente resolución.

Fdo**: Juan Pedro Quintana Carretero** Fdo.: **Amparo Guilló y Sánchez Galiano**

Fdo.: **Rafael Botella y García-Lastra** Fdo.: **Juana Patricia Rivas Moreno**

Fdo.: **María Dolores Galindo Gil** Fdo**.: María del Pilar García Ruiz**

.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA. SRA. Dª MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ AL AUTO DE FECHA 24 DE SEPTIEMBRE DE 2020, DICTADO EN EL PO 1070/2020

Con el mayor respeto y consideración a la posición mayoritaria de la Sala, así como a los Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as que la conforman, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo el presente Voto Particular para expresar mi disensión con el Auto de fecha 24 de septiembre de 2020, dictado en el Procedimiento Ordinario nº 1070/2020; discrepancia que alcanza a los extremos a los que haré referencia más adelante, previa exposición de algunos datos que resultan imprescindibles para enmarcar mis razonamientos.

1.- <u>SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO</u>

El Auto dictado en el proceso de referencia responde a la solicitud formulada por la representación procesal de la Comunidad de Madrid para que por esta Sala y Sección se proceda a la ratificación del apartado segundo de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica. Ratificación que solicita de modo limitado a las medidas a las que, dentro de este apartado, "suponen una restricción de los derechos fundamentales".

La delimitación así realizada deja a la vista que la ratificación que se insta, con la concreción hecha, afecta a las disposiciones siguientes:

"Segundo
Medidas específicas preventivas a aplicar
1. Se restringe la entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales recogidos en el apartado anterior, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los siguientes motivos:

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

La circulación por carretera y viales que transcurran o atraviesen los ámbitos territoriales que constituyen el objeto de la presente Orden estará permitida siempre y cuando tengan origen y destino fuera del mismo.

Se permite la circulación de personas residentes dentro de los ámbitos territoriales afectados, siempre respetando las medidas de protección individual y colectiva establecidas por las autoridades sanitarias competentes, si bien se desaconseja a la población los desplazamientos y realización de actividades no imprescindibles.

2. La asistencia a lugares de culto no podrá superar un tercio de su aforo y se deberá garantizar en todo caso la distancia mínima interpersonal de 1,5 metros y el uso de mascarilla.

3. La asistencia a velatorios se limita a un máximo de quince personas en espacios al aire libre o diez en espacios cerrados, sean o no convivientes. La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para la cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de quince personas, entre familiares y allegados, además de, en su caso, el ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto".

2.- SOBRE EL CONTEXTO EN QUE SE PRONUNCIA LA ORDEN Y SU RELEVANCIA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES

La Orden 1178/2020 de cuya ratificación se trata se dicta en el marco de una grave situación de crisis sanitaria que, lejos de ser local ni localizada, tiene como origen la pandemia que fue declarada formalmente como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020, según publica la misma en su web oficial.

Ya en su Declaración de 22 de enero de 2020, la citada Organización afirmaba que los datos conocidos por los recopilados mediante investigaciones epidemiológicas locales en Wuhan sugerían que la transmisión del virus SARS-CoV-2 se produce de persona a persona por lo que se acordó desde tal fecha que serían medidas adecuadas de prevención "*la higiene de las manos y las vías respiratorias, la seguridad alimentaria y evitar las reuniones masivas cuando sea posible*". A partir de tal declaración y sobre el estado actual del conocimiento científico acerca de la enfermedad nos ilustra el Ministerio de Sanidad a través del Plan de Respuesta Temprana en un Escenario de Control de la Pandemia por COVID-19, acordado en Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 16 de julio de 2020, que ha descrito como "Características de la Enfermedad" lo siguiente:

"La COVID-19 es una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus SARSCoV-2. De acuerdo con los datos disponibles en estos momentos, en el 80% de los casos identificados se presenta de forma leve o moderada, el 15% precisa ingreso hospitalario y el 5% cuidados intensivos, según patrón observado repetidamente en diversos países.

Los síntomas más frecuentes incluyen fiebre, tos y sensación de falta de aire, aunque se ha observado que la infección puede cursar con una enorme variedad de síntomas, como la anosmia o la ageusia, o incluso cursar de forma asintomática. Se estima una letalidad global de entorno al 0,8% del total de infectados.

La gravedad de la enfermedad depende de diferentes factores, entre ellos, los relacionados con las características de la persona infectada. Las personas mayores y con patologías crónicas previas, como la enfermedad cardiovascular o la hipertensión arterial, la enfermedad pulmonar obstructiva crónica o la diabetes mellitus, pueden presentar una mayor letalidad.

La infección por SARS-CoV-2 activa el sistema inmune innato induciendo la generación de anticuerpos neutralizantes en títulos elevados en la mayor parte de los casos, aunque aún no está clara la duración de la inmunidad. No obstante, a la luz de los resultados del Estudio Nacional de Seroprevalencia ENE-COVID, solo el 5% de la población española ha tenido contacto con el virus y presenta anticuerpos, lo que descarta a corto plazo la inmunidad de grupo.

A día de hoy se considera que la fuente primaria más probable de la enfermedad producida por el SARS-CoV-2 es de origen animal. La principal vía de transmisión entre humanos es por contacto y gotas respiratorias. El periodo de incubación mediano es de 5 días con un rango de 1 a 14 días, y la transmisión de la infección puede darse desde 2 días antes del inicio de síntomas hasta 10 días después, aunque se ve influenciado por la severidad y la persistencia del cuadro clínico.

No está claro el papel de los casos asintomáticos tienen en la transmisión de la enfermedad, se asume que la mayor parte de ésta ocurre por los casos pre sintomáticos y los casos sintomáticos. La tasa de ataque secundario es de en torno al 10% pero en algunas condiciones puede ser superior. Por otro lado, también se desconoce si el SARS-CoV-2 tendrá un patrón estacional".

La gravedad y rapidez de la evolución de esta crisis sanitaria es públicamente conocida, y padecida de modo directo o indirecto, por la población a nivel mundial. La veloz expansión del virus es algo, pues, que resulta indiscutible como también lo es la necesidad de adoptar medidas eficaces para su contención. Lo que ocurre es que algunas de tales medidas resultan ser restrictivas de derechos fundamentales (limitándolos o, incluso suspendiéndolos, más adelante incidiré en esta distinción) por lo que, revelándose innegablemente la necesidad de su adopción, de modo correlativo resulta imprescindible aplicar las garantías que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico provee frente a las mismas, no sólo en cuanto al contenido y alcance de las propias medidas a adoptar sino también de la autoridad que las impone y del control de sus decisiones.

La delimitación somera del contexto en que nos movemos actualmente, cuando podríamos encontrarnos en lo que se ha dado ya en llamar "segunda oleada" del COVID-19, es necesaria para no perder de vista que la extensión territorial de la crisis sanitaria sigue, lamentablemente, siendo global y no local -como pudiera parecer por la limitación geográfica de las medidas de las que se trata en el proceso-, y que tal contexto resulta de imprescindible consideración cuando de interpretar las normas se trata.

En apoyo de lo anterior, me limitaré, por ahora, a recordar que así lo impone el artículo 3 del Código Civil ("1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, …").

Sin embargo, junto a estos criterios generales de interpretación, son las propias normas sectoriales en materia de sanidad y salud pública -por tanto, el legislador que las promulga- las que ofrecen concretas pautas interpretativas que resultan cuando menos útiles a la hora de realizar tal labor. Y, así, citaré a modo de ejemplo cómo la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su Exposición de Motivos ya nos muestra que

> "Los servicios sanitarios resultan imprescindibles para dar respuesta a los problemas de salud de la colectividad, pues consiguen atenuar los perjuicios de las enfermedades y permiten que se pueda recobrar la salud perdida y mejorar la calidad de vida de las personas enfermas. Pero no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud, la salud se gana y se pierde en otros terrenos: antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura, y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan la salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de las ciudades y barrios, la calidad del aire que se respira, del agua que se bebe, de los alimentos que se comen, los animales con los que convivimos, el ejercicio físico que se realiza, el entorno social y medioambiental de las personas, todo ello determina la

salud. Las acciones de gobierno, a cualquier nivel, las intervenciones públicas o privadas, tienen en mayor o menor grado repercusiones sobre la salud. De ahí que el enfoque de la salud pública actual se dirige a conformar acciones que rebasan el ámbito de los servicios sanitarios y por tanto requieren nuevas formas de organización".

En la misma Exposición de Motivos, el legislador expresa en el año 2011, con una previsión casi clarividente de la situación global en que nos hallamos inmersos, que

"La búsqueda de la salud debe ser una tarea solidaria y compartida que no reconozca fronteras. Este aspecto cobra singular importancia en el mundo globalizado del siglo XXI, marcado por profundas desigualdades que siguen un patrón social entre países y dentro de los propios países, y hace de la aspiración a la equidad no sólo un fin, sino un medio para lograr una mejor salud para todas las personas. La equidad es al fin y al cabo consustancial a la salud y sólo las sociedades que procuran la igualdad consiguen buenos resultados en salud. Hoy las amenazas a la salud pública en el ámbito internacional no pueden detenerse o prevenirse mediante una sanidad de fronteras, de contención. Son la cooperación y la solidaridad las principales acciones de prevención, de ahí que no pueda abordarse la salud pública de cualquier territorio sin considerar la acción internacional como parte integrante de la política nacional de salud pública".

Y continúa explicando el legislador en esta norma legal que

"Muchas de las acciones que perfilan la salud de la población son competencia de las comunidades autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y los municipios; sin embargo, hay determinantes de la salud cuya modificación sólo puede hacerse en el ámbito nacional o supranacional. Igualmente, hay acciones de salud pública cuya eficacia y eficiencia social se multiplican cuando se implantan o se ejercen de forma coordinada a nivel estatal o internacional. Además, el desarrollo de la estructura territorial es heterogéneo, como también lo son las capacidades".

La gestión, por tanto, de una crisis sanitaria del calado de la que ahora ataca a la población española, como a la del resto del mundo, y, en particular, la afectación de los derechos fundamentales concernidos en dicha gestión, debe, según se deduce de lo expresado por el legislador, contemplar los instrumentos normativos que, desde la propia Constitución y con las normas que, entroncadas directamente con ella y formando parte del bloque de constitucionalidad, contienen previsiones específicas para estos casos; y ello, reitero, en un contexto global que, en este caso, es, internacional, con afectación nacional y no territorialmente limitado.

Es cierto que, como consta en las actuaciones por su aportación por el Letrado autonómico, y menciona el Auto de la Sala, por el Ministerio de Sanidad se aprobó el 16 de julio de 2020 un Plan de Respuesta Temprana en un Escenario de Control de la Pandemia por COVID-19, al que se hizo una primera referencia con anterioridad. Y también lo es que, dentro del mismo, se explica que su aprobación obedece a la necesidad de dar respuestas eficaces y coordinadas "*en el seguimiento diario de la evolución del virus, como para asegurar las capacidades que nos permitan detectar y actuar ante nuevos brotes o, incluso, ante una posible segunda oleada por COVID-19*".

Pero es de recordar igualmente que, conforme al artículo 149.1.16ª de la Constitución, son competencia exclusiva del Estado las bases y coordinación general de la Sanidad, y que la Comunidad de Madrid, bajo el amparo del artículo 148.1.21ª de la Constitución y través del artículo 27.4 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía, adquirió las competencias en materia de "sanidad e higiene" que ahora ejercita, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, correspondiendo al ente territorial autonómico el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de estas materias.

3.- SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SALA PARA RESOLVER LA SOLICITUD FORMULADA

La competencia deriva de lo dispuesto en el artículo 10, apartado 8, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; apartado introducido en este texto legal por la muy reciente 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.

Publicada la Ley 3/2020 en el Boletín Oficial del Estado nº 250, del sábado 19 de septiembre de 2020, de acuerdo con su Disposición Final Decimotercera, la modificación legislativa que nos concierne entró en vigor al día siguiente de su publicación en el citado Boletín.

Por virtud de la misma, el nuevo apartado 8 del artículo 10 de la Ley Jurisdiccional dice así:

> "Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.
> (…)
> 8. Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente".

La misma norma se contiene en el nuevo apartado 11.i) de la Ley Jurisdiccional, modificada por la reciente Ley 3/2020 ya citada, para atribuir a la Sala de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer

> "i) De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente".

Ambos preceptos ponen énfasis en la afectación ("limitación o restricción"), por las medidas de cuya ratificación se trataría, "de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente". Se supera con ello la controversia, esencialmente doctrinal, sobre la que con gran acierto informa el Ministerio Fiscal, acerca de la idoneidad del ya antiguo (porque también ha sido modificado por la Ley 3/2020) artículo 8.6 de la Ley Jurisdiccional bajo cuyo amparo y, ante la inexistencia de norma legal específica, tuvieron que resolver anteriormente los Juzgados de lo Contencioso Administrativo sobre ratificación de medidas restrictivas de derechos individuales, que, lejos de afectar a una persona concreta, lo hacían sobre un número amplio de personas indeterminadas. Sin embargo, que la modificación legislativa producida ahora -determinando la competencia de esta Sala para resolver sobre la ratificación de las medidas que aquí nos conciernen- haga referencia a la restricción o limitación de derechos fundamentales de destinatarios que "no estén identificados individualmente" no podría llevar nunca a la confusión de considerar al común de los ciudadanos afectados como una colectividad a la que se traspasaría en bloque, por así decirlo, la titularidad del derecho fundamental afectado -muy en particular, el de libre circulación por el territorio nacional (artículo 19 de la Constitución). Si la autoridad sanitaria de la Comunidad de Madrid ha informado a la Sala que las medidas adoptadas afectan a 858.193 personas, son 853.193, y no un mero colectivo de ciudadanos, los titulares de derechos fundamentales. Y son 853.193, ni uno menos, los derechos fundamentales de los que la Sala se convierte en garante último a través del especial procedimiento que se ha instado ante la misma bajo el amparo del nuevo artículo 10.8 de la Ley Jurisdiccional.

Por esta primera razón, porque la afectación tan numerosa de un conjunto de ciudadanos no permite, en este procedimiento especial, diluir su individualidad -en tanto que titulares, cada uno, de derechos fundamentales-, y porque, en contrapartida, la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos concretos y específicos para permitir la afectación, entre otros de reforzada protección por el artículo 55 CE, del derecho a la libre circulación por el territorio nacional- de manera colectiva pero con las correspondientes garantías individuales para los ciudadanos (en materia de responsabilidad patrimonial, sin ir más lejos), es por lo que discrepo respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala. Y ello unido al hecho, quizás más relevante, de que las medidas limitativas que se adoptasen mediante otros instrumentos constitucionales integrados en el llamado "Derecho de excepción", adoptadas por el Poder Ejecutivo que es investido de tal potestad por la Constitución contarían con el contrapeso de otro Poder del Estado. Comparto en este sentido la afirmación que se contiene en el Auto acerca de la existencia de otros instrumentos constitucionales a utilizar si el derecho a la libre circulación tuviese eventualmente que ser suspendido para hacer frente con medidas más intensas a la grave crisis sanitaria en que nos hallamos, pero considero que la conclusión alcanzada no es completa ya que no contempla que, junto al estado de excepción, una Ley Orgánica a la que el artículo 116 de la

Constitución se remite (Ley 4/1981), configura el estado de alarma como instrumento idóneo para la "limitación" del derecho a la libre circulación ante situaciones graves y excepcionales de crisis sanitarias provocadas por epidemias. El Derecho de excepción no puede, pues, entrar en juego sólo para la declaración del estado de excepción.

4.- LA DECISION MAYORITARIA DE LA SALA EN EL AUTO DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2020

En su Parte Dispositiva, el Auto dictado acuerda ratificar las medidas acordadas en el apartado Segundo de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, que ya se ha reproducido más arriba.

En esencia, para fundamento de tal decisión, la Sala delimita en primer lugar el objeto sobre el que recae el proceso para, a continuación, pasar a hacer las consideraciones previas que ahora resumo:

(1) La relativa al cometido de la Sala en el proceso de ratificación instado se culmina con la reproducción parcial de lo que, al respecto se dijo en la Sentencia 594/2020, de 28 de agosto de 2020, dictada por la Sala de Vacaciones de este Tribunal, identificando que tal cometido alcanza al juicio de legalidad y proporcionalidad de la medida restrictiva del derecho fundamental del que se trate. Afirma también el Auto, y esta Magistrada lo comparte plenamente, que no es función del órgano jurisdiccional la revisión de la oportunidad de las medidas adoptadas sino analizar cuáles de las mismas limitan derechos fundamentales y, si tal limitación, encuentra cobertura legal en cuanto a la competencia del órgano que las impone, y si, además, respetan los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en tales casos. Excluye, pues, del ámbito de cognición jurisdiccional, las meras recomendaciones o consejos que pudiera contener la Orden a ratificar.

(2) La relativa a la cobertura legal de las medidas en relación con la competencia de la Administración autonómica para adoptarlas, el Auto se remite de nuevo a lo razonado, y afirmado, al respecto en la Sentencia de 28 de agosto de 2020, ya citada, concluyendo que, en efecto, la tiene constituyendo el marco normativo al efecto tanto la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (artículos 1 y 3), la Ley 14/1986, de 25 de abril (artículos 1 y 28), la Ley 33/2011, de 4 de octubre y, en particular, para la Comunidad de Madrid, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre.

Aclara el Auto que, pese a la cobertura que entiende que confiere para la competencia de la Consejería de Sanidad la Ley Orgánica 3/1986, se suscitan dudas acerca de *"si la limitación de derechos fundamentales consagrados en el Texto Constitucional, puede llevarse a cabo por la autoridad autonómica sin acudir a otras opciones como las previstas en la ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio" pero se reafirma al tiempo la Sala en la tesis de que "no tratándose de suspensión de derechos fundamentales que, por supuestos, requeriría de la utilización de otros instrumentos jurídicos, la limitación de los derechos la limitación de los derechos fundamentales por la autoridad autonómica, sin acudir a la declaración de estado de alarma que prevé la LO 4/1981, es perfectamente posible siempre que su previsión se contenga en una ley Orgánica, de conformidad con la doctrina sentada por el TC"*. Añade el Auto que, conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional –de la que cita ejemplos- se ha admitido la posibilidad de que por Ley Orga´nica se permita la adopción de medidas concretas que limiten el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma *"y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente Ley Orgánica de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue y que dicha limitación esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales"*. En el caso sometido a consideración de la Sala, el Auto entiende cumplidos estos presupuestos constitucionales pues, primero, la previsión contenida en la Ley Orgánica prevé los elementos esenciales que han de concurrir (ámbito material al que se circunscribe la medida: la salud pública) y la urgencia y necesidad de la medida.

Todo ello, termina diciendo el Auto, *"sin perjuicio de que será la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales concernidos, la que condicionará en cada caso la exigencia de utilizar otros instrumentos jurídicos más idóneos desde una perspectiva constitucional"*

Añade, por último, que la reciente reforma operada en la Ley Jurisdiccional por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, evidencia una previsión del legislador estatal respecto a la utilización en el ámbito de

las Comunidades Autónomas de este instrumento legal en la eventual adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

(3) En cuanto a los derechos fundamentales afectados por la Orden, entiende mayoritariamente la Sala que tan sólo lo es el derecho a la libertad de desplazamiento y circulación, consagrado en el artículo 19 CE, en determinados ámbitos territoriales delimitados por la orden y durante un periodo de 14 días naturales, prorrogables.

En el detallado análisis que de la medida hace el Auto desde la perspectiva de los parámetros constitucionales exigibles (entre otros, la idoneidad de la medida y la justificación de la misma para perseguir la protección de otro derecho fundamental o alcanzar un fin constitucionalmente protegible), la conclusión alcanzada es que ciertamente se dan, con base en los Informes aportados al proceso por la Comunidad de Madrid, y llega a la conclusión de que la medida impuesta para limitar la libre circulación debe ser ratificada.

5.- LAS CONCRETAS DISCREPANCIAS CON EL CRITERIO MAYORITARIO DE LA SALA

Se centran esencialmente en tres cuestiones por las que entiendo que, en cuanto les afectan de manera directa por estar concernidos derechos fundamentales, las medidas de limitación de los desplazamientos y las relativas a la limitación de aforos, concretamente en los lugares de culto, no han debido ser ratificadas. Tales cuestiones son:

(A) La implantación, de facto, por la autoridad sanitaria de la Comunidad de Madrid, de un estado de alarma parcial, restringido a determinadas zonas de su territorio, sin tener competencia para ello.

(B) La limitación del derecho fundamental a circular por el territorio nacional, reconocido en el artículo 19 de la Constitución, sin motivación suficiente y siendo, además, contradictoria la ofrecida en la Orden y en los informes en que se apoya.

(C) La limitación a un tercio del aforo en lugares de culto, sin motivación suficiente y faltando al criterio de proporcionalidad.

6.- SOBRE LA DECLARACIÓN, DE FACTO, POR LA AUTORIDAD SANITARIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DE UN ESTADO DE ALARMA PARCIAL, RESTRINGIDO A DETERMINADAS ZONAS DE SU TERRITORIO, SIN TENER COMPETENCIA PARA ELLO

Para la regulación específica del procedimiento de autorización procedimiento de ratificación de medidas sanitarias en que nos encontramos, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 122 quater. Este precepto ha sido introducido ex novo por la muy reciente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, para imponer, como es lógico y preceptivo al estar concernidos derechos fundamentales, la intervención en él del Ministerio Fiscal, así como para declarar que su tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales. Más allá de ello, ninguna otra regulación legal se ha hecho, en particular sobre el alcance que haya de tener el examen que el órgano jurisdiccional competente debe hacer para pronunciar una decisión sobre la ratificación, o no, de las medidas sanitarias adoptadas

Actuando como Sala de Vacaciones, esta misma Sala de lo Contencioso Administrativo, aunque en apelación, ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en Sentencia de 28 de agosto de 2020 (Rec. Apel. 907/2020) que el propio Letrado de la Comunidad de Madrid reprodujo en su escrito de solicitud de ratificación. Dijo la Sala en la citada Sentencia lo siguiente:

"Según lo razonado hasta el momento, esta Sala entiende que la autorización o ratificación judicial será precisa, exclusivamente, para aquellas medidas sanitarias que, como reseña el precepto legal, impliquen la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental y que debe indicar la autoridad sanitaria que solicita la intervención del órgano jurisdiccional. El resto, no están necesitadas de autorización judicial por ser plenamente ejecutivas y eficaces desde la entrada en vigor de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto de la Consejería de Sanidad al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Y ello, sin perjuicio, de su posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que no ha tenido lugar a día de hoy y, en su caso, postulación de justicia cautelar de los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

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 introduzcan límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria".

Entiendo, pues, que es criterio de la Sala que el examen de la solicitud de ratificación de medidas pasa por el de su ajuste al principio de legalidad y, por ello, como expresa literalmente la Sentencia referida, por el de la competencia del órgano que las adopta.

En este caso, como he anticipado, mi discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala radica en la conclusión alcanzada acerca de la competencia de la Consejería de Sanidad para limitar los desplazamientos dentro de determinados ámbitos territoriales de la Comunidad Autónoma, coincidentes con las zonas básicas de salud que se identifican concretamente en la Orden 1177/2020, limitando de este modo el derecho de los ciudadanos a circular libremente por el territorio nacional, pudiendo hacerlo exclusivamente en dichas circunscripciones sanitarias.

Es precisamente esta circunstancia -la de que la Orden permite la libre circulación, aunque sea por esta reducida parte del territorio nacional, pues los residentes de las zonas no han sido confinados en sus domicilios- la que impide considerar que el derecho fundamental a la libre circulación haya sido suspendido sino tan sólo limitado o restringido geográficamente. La Orden 1178/2020 establece una restricción para la entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales que identifica, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los motivos que detalla y se dejaron reproducidos más arriba. Se establece, a continuación, en la Orden lo siguiente:

> "La circulación por carretera y viales que transcurran o atraviesen los ámbitos territoriales que constituyen el objeto de la presente Orden estará permitida siempre y cuando tengan origen y destino fuera del mismo.
> Se permite la circulación de personas residentes dentro de los ámbitos territoriales afectados, siempre respetando las medidas de protección individual y colectiva establecidas por las autoridades sanitarias competentes, si bien se desaconseja a la población los desplazamientos y realización de actividades no imprescindibles".

Siguiendo el criterio de la Sentencia de 28 de agosto de 2020 (Rec. Apel. 907/2020) de este Tribunal, la mera recomendación de evitar el ejercicio de un derecho fundamental no puede considerarse como una suspensión del mismo y, por tanto, en la medida en que en la Orden 1178/2020 no se restringe por completo la libertad ambulatoria, quedando sin afectar [la redacción indicando permisión ("Se permite") podría, en principio, aportar otro matiz mucho más restrictivo pero lo entiendo como un defecto en la técnica de redacción] en el interior de las zonas perimetralmente delimitadas y entre las propias zonas afectadas (limítrofes, se entiende), no se puede considerar que el derecho fundamental concernido haya sido suspendido sino meramente limitado.

La diferencia entre una y otra decisión (suspender o limitar) no es menor si partimos de la consideración de que el derecho del que tratamos goza de la protección propia de todos los derechos fundamentales y de la especial, reforzada, que le concede, como a otros concretos y determinados que ahora no vienen al caso, el artículo 55.1 de la Constitución. Recuérdese que este precepto constitucional encabeza el Capítulo Quinto del Título Primero de la Norma Suprema, dedicado aquél a la "Suspensión de los Derechos y Libertades" y recordemos al tiempo que, aunque también está afectado -como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal- el derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución, el derecho primordialmente concernido en este caso es el, más concreto, de libre circulación por el territorio nacional, garantizado en el párrafo primero del artículo 19 del mismo Texto Fundamental

y, que para tal reforzada protección, el repetido artículo 55.1 establece lo siguiente:

> "Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción".

Por consiguiente, como apuntaba anteriormente, no es estéril la puntualización hecha en el sentido de que el derecho a la libre circulación no se suspende en la Orden 1178/2020. Coincido en este punto con el criterio mayoritario de la Sala que así lo reconoce también en el Auto aunque discrepo, sin embargo, con la posibilidad que, a reglón seguido se apunta, de que sea un criterio de "intensidad" en la afectación del derecho el que pudiera, incluso pro futuro, llevar a plantearse la idoneidad de la medida adoptada puesto que se acercaría, entonces y no ahora, todavía no, a uno de los supuestos en que habría de entrar en juego el llamado "Derecho de excepción". Entiendo que tal modo de resolver, con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, no encuentra apoyo jurídico expreso en la normativa vigente y crea, en la práctica, una insostenible situación de inseguridad jurídica que alcanza tanto a la Administración solicitante -que no llega a conocer hasta dónde alcanzarían sus facultades para la adopción de medidas como las que nos ocupan, ni qué grado de "intensidad" sería admisible por la Sala en orden a su eventual ratificación si aquélla se viese en la necesidad de ampliar las adoptadas por el agravamiento de la situación sanitaria- como a los ciudadanos que verían cómo la tutela de sus derechos fundamentales queda al arbitrio de un órgano jurisdiccional que puede decir hasta aquí, sí y más allá, no, sobre la base de una mayor o menor "intensidad" en la afectación del derecho.

Obligada, en general, a motivar sus decisiones, máxime cuando como en este caso, quedan afectados derechos fundamentales, es patente el incumplimiento de tal deber por parte de la Administración solicitante cuando, en la Orden 1178/2020, se limita a excluir la aplicabilidad de los instrumentos que la propia Constitución ordena para la suspensión de los derechos fundamentales y, por ende, de las correlativas garantías y contrapesos que el mismo texto constitucional contiene, con tan sólo afirmar, apodícticamente, lo siguiente, de lo que la Sala ni siquiera trata en el Auto del que respetuosamente discrepo. Dice la Orden que:

> "Cuando concurren circunstancias como las concurrentes en la actual situación, dentro del marco jurídico vigente no hace falta acudir al llamado derecho de excepción".

Es cierto que, en el texto introductorio de sus disposiciones, la Orden en cuestión pasa a continuación a citar el marco normativo en el que encuadra las medidas que en ella se adoptan, haciendo expresa mención de preceptos de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; normas legales que, por otra parte, son las aceptadas por la Sala en el Auto dictado en este proceso, para concluir que la autoridad sanitaria autonómica puede, por tener competencia para ello, dictar una medida restrictiva de la libre circulación de los ciudadanos de las áreas delimitadas en la Orden 1178/2020. Sin embargo, al igual que sienta las anteriores bases, ninguna ulterior explicación se contiene en la Orden autonómica respecto a por qué las normas que cita son aplicables y no lo son, sin embargo, las que configuran el llamado "Derecho de excepción", cuando la limitación (que no suspensión) que impone del derecho a la libre circulación por el territorio nacional, recluyendo, con excepciones, a los ciudadanos afectados en el ámbito territorial que abarcan sus zona básicas sanitarias, equivale, de facto, a una implantación parcial del estado de alarma con limitación del repetido derecho fundamental, y, especialmente, cuando la Ley Orgánica 4/1981 y la jurisprudencia constitucional declaran sin ambages que tal situación excepcional, el estado de alarma, es la que, de tener que adoptarse medidas de limitación de la libre circulación, es la que procede particularmente en el caso de crisis sanitarias provocadas por epidemias, pandemias, como la que ahora nos aqueja, y no sólo en la Comunidad de Madrid. Veamos, entonces, qué razones y preceptos legales son los considerados por la Administración Sanitaria autonómica y que son los que, en esencia, aplica también el Auto al que se formula este Voto Particular.

A.- <u>LOS FUNDAMENTOS DE LA ORDEN 1178/2020 PARA JUSTIFICAR LA COMPETENCIA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD EN ORDEN A LIMITAR EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN</u>

a.- En primer lugar, se acoge la Orden a la "clarificación jurisprudencial que se ha ido efectuando delimitado el objeto de las medidas especiales adoptadas por las autoridades sanitarias, y 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".

Ciertamente, se han dictado ya algunas resoluciones judiciales ratificando, y también denegando la ratificación, de medidas adoptadas por diversas autoridades sanitarias autonómicas para intentar contener la expansión nuevos brotes del COVID-19. De algunos de los primeros da cumplida cuenta el Letrado autonómico en su escrito de solicitud de ratificación, pero también se han dictado de los segundos. Con tales divergencias de criterios y resoluciones, el elemento común a todas ellas es que todas se dictaron al amparo de lo previsto en el artículo 8.6 de la Ley Jurisdiccional, en su anterior redacción a las modificaciones introducidas en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de la que se ha tratado más arriba. Y también, con los estrechos límites que ofrecía un precepto legal que no estaba destinado a resolver cuestiones como las que deben ser objeto de consideración en este proceso, y en función del tipo de medidas de las que allí se trataba, la Sala de Vacaciones de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronunció en Sentencia, ya mencionada también, de 28 de agosto de 2020 (Rec. Apel. 907/2020). Una resolución en la que una de las medidas analizadas preveía una posible limitación de las salidas de personas residentes en centros sociosanitarios "en función de la situación epidemiológica de la Comunidad de Madrid y de las características serológicas del Centro"; una previsión respecto de la cual la Sala de Vacaciones entendió que no era posible la ratificación -pues realmente no se contemplaba como una medida actual impuesta en la Orden allí enjuiciada- y respecto de lo cual ningún examen exhaustivo se tuvo ocasión de realizar sobre la limitación o supresión de la libertad de circulación. Se llegó a decir, eso sí, para tal concreta cuestión, que la Comunidad autónoma tenía competencia para adoptar medidas que supongan "limitación de actividades y desplazamiento de personas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales". La conclusión a que la pretendo llegar con la exposición de este argumento es la de que la cuestión de la que ahora ha tenido que ocuparse la Sección Octava estaba imprejuzgada pues ninguna limitación de la libre circulación como la acordada en la Orden 1178/2020 se había impuesto hasta ahora, ni tampoco alguna otra del mismo calado, sobre limitación de derechos concernidos en el artículo 55.1 CE, para ser ratificada en el marco de lo previsto en el nuevo y muy reciente artículo 10.8 de la Ley Jurisdiccional, se había dado.

b.- En segundo lugar, la Orden 1178/2020 se acoge a lo previsto en el artículo Veintiséis, apartado 1, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dice así:

> "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".

Dado que el precepto invocado en la Orden contiene una cláusula abierta en su inciso final ("… cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas") la interpretación del mismo -y de aquí también deriva mi respetuosa discrepancia con la posición mayoritaria de la Sala- debe realizarse en relación al resto del contenido del precepto que, como se ha visto, refiere para las autoridades sanitarias, no la posibilidad sino la obligación ("adoptarán"), de adoptar medidas preventivas pero relativas a la incautación o inmovilización de productos, suspensión de actividades, cierres de empresas o instalaciones, e intervención de medios personales y materiales. Como se comprueba con la mera lectura del texto reproducido, ninguna referencia a limitación de derechos fundamentales -menos aún al concreto que aquí nos concierne- se hace en él como para entender que sirve de norma habilitante para que la autoridad sanitaria pueda (deba, si aceptamos el carácter imperativo del precepto) imponer una limitación de la libertad ambulatoria. Todo ello asumiendo, como afirma el Auto, que los derechos fundamentales pueden ser limitados o regulados en su ejercicio mediante una norma con rango de ley, aunque, añado, con las garantías reforzadas, a través de su aprobación por mayoría absoluta del Congreso en votación final sobre el conjunto del proyecto, que impone el artículo 81.1 de la Constitución, al exigir que sea por medio de Ley Orgánica. Y, evidentemente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, es una Ley ordinaria y no de las reguladas en el artículo 81.1 del Texto Fundamental, por lo que la posible habilitación derivada del mismo para limitar, por la Comunidad Autónoma, no habría debido resultar admisible para la mayoría de la Sala.

b.- Lo hasta aquí explicado sobre la insuficiencia del artículo Veintiséis.1 de la Ley General de Sanidad para habilitar a la Consejería de Sanidad en orden a imponer limitaciones al derecho a la libre circulación, por no ser una ley orgánica, entiendo que resulta predicable para la 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, texto legal del que ya traté en líneas anteriores para traer al caso tan sólo el criterio interpretativo que ofrece en el ámbito de la actividad administrativa sectorial que nos ocupa. Una norma legal que tampoco cubre los requerimientos de ley orgánica constitucionalmente exigibles, para fundar una posible atribución de facultades a la Consejería de Sanidad para limitar el derecho fundamental aquí concernido. Y ello por más que permita en su artículo 54, y así lo reproduzca la Orden 1178/2020, que, "con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la autoridad competente de las Comunidades Autónomas puede adoptar, mediante resolución motivada, entre otras medidas la suspensión del ejercicio de actividades". Dado que la repetida Orden 1178/2020 contiene medidas restrictivas de aforos respecto a actividades de hostelería, restauración, juegos y apuestas, etc. es a ellas a las que ha de entenderse referida la habilitación legal que contiene el precepto invocado en su exposición de motivos, y no a la relativa a la limitación del derecho de los ciudadanos residentes en las zonas básicas de salud afectadas a la libre circulación más allá de la frontera virtual creada a tal efecto.

c.- Al igual que los preceptos de los que ya he tratado, la Orden, y también el Auto del que respetuosamente discrepo, ven una habilitación legal, para que la Consejería de Sanidad pueda imponer las restricciones de las que aquí se trata, a la libertad ambulatoria, en el artículo 55.1 de la Ley autonómica 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; una norma que, de entrada, comparte con las leyes estatales el carácter de ley ordinaria y, por tanto, también las objeciones que he explicado sobre la necesidad de que cualquier posible afectación de derechos fundamentales se contenga, en su caso, en una ley orgánica conforme al artículo 81 de la Constitución. En todo caso, el citado artículo 55.1 de la Ley 2/2001 tan sólo describe funciones que corresponden, en la Comunidad de Madrid, a la Autoridad en Salud Pública mencionando, eso sí, en su apartado 1.a) que

> "La adopción cuando proceda, de las medidas previstas en la Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y especialmente en los supuestos contemplados en sus artículos 2 y 3".

Aunque el texto legal autonómico incurre en el error de no mencionar que la 3/1986, de 14 de abril, es una Ley Orgánica, lo cierto es que lo es y, en este caso, es la norma que, por superar las objeciones expuestas anteriormente a las leyes ordinarias citadas, la Sala entiende que es particularmente relevante para fundar la imprescindible habilitación de la Consejería de Sanidad en cuanto a la imposición de la limitación de la libertad ambulatoria que contiene la Orden 1178/2020. Haré, por ello, referencia a esta Ley Orgánica en el apartado siguiente.

d.- La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, se integra tan sólo por cuatro artículos. Dado que el último contiene una regulación específica en materia de actuaciones de la Administración Sanitaria del Estado sobre dificultades de abastecimiento de medicamentos o productos sanitarios, cuestiones que ninguna relación guardan con las medidas sujetas a ratificación por la Sala, obviaré su contenido, reproduciendo, no obstante, los tres primeros preceptos de la Ley Orgánica que, por cierto, carece de una siempre útil Exposición de Motivos que pudiera haber dado una clave añadida para su interpretación. Dicen así:

> "Artículo primero.
> 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 segundo.
> 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 tercero.
> 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".

Sobre la concurrencia de razones sanitarias de urgencia o necesidad para la adopción de medidas sanitarias previstas en el mismo texto legal, no he hecho ni haré cuestión, no sólo por la evidencia de que se dan a causa de la grave pandemia global que padecemos desde hace meses, sino, especialmente, porque, cumpliendo con la carga que le incumbe, la representación procesal de la Comunidad de Madrid ha incorporado a los autos diversos Informes (de la Dirección General de Salud Pública, de la Consejería de Sanidad, de fechas 18 y 14 de septiembre pasados, éste último sobre Situación Epidemiológica de COVID-19 en la Comunidad de Madrid a 13 de septiembre de 2020 por zonas básicas de salud agrupadas por su Hospital de referencia y por Unidades Gestoras) que ponen de manifiesto que la incidencia acumulada de casos confirmados en los últimos 7 y 14 días se produce en las áreas de todos los hospitales de referencia, aunque con especial intensidad en determinadas zonas básicas de salud, entre ellas, las incluidas en la Orden 1178/2020, en las que se ha alcanzado una incidencia acumulada de 14 días superior a 1.000 casos por 100.000 habitantes. Considero acreditado, pues, que adoptar medidas sanitarias es preciso por razones de urgencia dada la progresión de los contagios en esta segunda oleada. Ahora bien, que las medidas sean necesarias y urgentes no determina que las que, como aquélla que afecta a la libertad de desplazamiento, puedan ser adoptada por cualquier autoridad sanitaria sino sólo por la competente, teniendo presente, en este concreto particular, que sólo puede entenderse por tal la que, en virtud de la habilitación necesaria por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, resulte serlo. Y es que, íntimamente ligado a los derechos a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE), la protección de la salud es uno de los derechos que han de ser protegidos en el marco de los principios rectores de la política social y económica que consagra el Texto Fundamental, pero con pleno respeto de las garantías que la propia Norma Suprema establece, a su vez, para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Máxime cuando reciben en la Constitución, como el del artículo 19 que nos ocupa, una protección reforzada, según expondré más adelante.

Por la remisión del artículo 55.1 de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, aunque hace referencia expresa a la adopción por la autoridad sanitaria competente de "medidas (…) de control", entiendo que el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 tampoco habilita a la Consejería de Sanidad madrileña para la limitación de la libertad de desplazamiento cuya ratificación ha solicitado a la Sala. De nuevo, ante una expresión tan abierta, considero que la primera, y no forzada, interpretación que cabe hacer de ella es de carácter sistemático en relación con el resto del contenido del artículo y, al hacerlo así, nada induce a considerar que las medidas de control que permite imponer este artículo sean precisamente de los desplazamientos de las personas (de todas sin distinción de enfermos o sanos pues la Orden afecta a todos los residentes en las zonas básicas de salud señaladas en su apartado Uno) y no de medidas complementarias al mero tratamiento, reconocimiento y hospitalización a las que, previamente, se refiere la redacción del artículo. Razonablemente cabe pensar que el control del riesgo para la salud ha de provenir, según el tenor del artículo, o de la situación sanitaria de una persona concreta o de la de un "grupo de personas". Por la propia lógica interna del precepto, encuentro difícil encontrar un título habilitante para el "control" de 858.193, mediante la limitación de su libertad ambulatoria fuera de las fronteras virtuales marcadas en la Orden 1178/2020, reduciéndolos a la mera consideración de "grupo de personas" cuando, además, ni siquiera es posible presumir que la situación de salud de todas ellas suponga un peligro para la del resto de la población. Sí así fuese, tendríamos que dar por supuesto que todas estas personas afectadas por la Orden están enfermas y que, si salen de los límites marcados, estarían poniendo en riesgo a otras que no lo están. La realidad de las cosas nos devuelve forzosamente a la interpretación lógica del precepto y a la conclusión de que la autoridad sanitaria competente -admitamos que lo es la autonómica en el ejercicio de sus competencias estatutarias de gestión- queda habilitada en este artículo segundo para controlar los movimientos de una persona concreta o "grupo de personas" que pudieran ser identificados y que, estando enfermos, pudieran poner en riesgo a otros ciudadanos que no lo están. Por tanto, el precepto examinado estaría refiriéndose a aquéllos casos en los que la medida de "control" de movimientos ha de ser, sí, sometida a ratificación judicial; pero a la ratificación que ya preveía el antiguo, y ahora también el nuevo, artículo 8.6 de la Ley Jurisdiccional.

El último precepto a examinar es el artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, en el que la mayoría de la Sala ha puesto énfasis para concluir que habilita a la Consejería de Sanidad a la hora de adoptar la medida limitativa de la que venimos tratando. El artículo en cuestión contiene, ciertamente, unas previsiones que podrían, a priori, enmarcar jurídicamente la competencia de la Consejería de

Sanidad para limitar la libre circulación acordada en la Orden 1178/2020. Ello es así por cuanto la finalidad que exige el precepto legal, de "controlar las enfermedades transmisibles", puede considerarse concurrente en este caso. Sin embargo, atendiendo a los presupuestos exigidos por el propio precepto para su aplicación, creo que, en la interpretación de una norma que, eventualmente, pudiera autorizar restricciones a la libertad ambulatoria, no cabe tanta amplitud como para entender que el incremento de la incidencia acumulada de contagios implica que todas y cada una de las 858.193 personas que residen en el territorio que abarcan las zonas básicas de salud delimitadas en la Orden "estén o hayan estado en contacto" con personas enfermas por coronavirus. La propia tasa de incidencia concretada en los Informes aportados por el Letrado autonómico, impediría, de entrada, considerarlo así puesto que el número de personas contagiadas por cada 100.000 habitantes es 1.000. En el uso de este precepto fallaría, pues, en mi opinión, el presupuesto para establecer una medida de control tan intensa como es la limitación del derecho fundamental del que venimos tratando.

Descartado, sin embargo, todo lo anterior, la única posibilidad que quedaría para poder considerar que el ordenamiento jurídico habilita a la Comunidad de Madrid sería, dentro del propio artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, la disposición contenida en su último inciso, esto es, la facultad concedida a la autoridad sanitaria de adoptar las medidas "que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible". Y es de nuevo una cláusula abierta el único instrumento jurídico en que se habría apoyado la Consejería de Sanidad a fin de poder justificar su competencia, como autoridad sanitaria, para imponer la medida restrictiva de la libertad de circulación. Todo ello considerando que, como ya adelanté, existe en nuestro ordenamiento jurídico, con enlace directo en un precepto constitucional, una normativa específica que, según entiendo, es la que hace derivar la competencia para imponer medidas restrictivas de la libre circulación a los ciudadanos titulares de este derecho fundamental, cuando la medida, por su alcance, y como es el caso, habría de afectar a un gran número de personas ante una situación de crisis sanitaria, como es también el caso. Veamos cuáles son estos preceptos y normas integrados en el llamado "Derecho de excepción" a cuyo recurso la Comunidad de Madrid ha considerado que no es preciso acudir.

B.- LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS ESPECIALES QUE, DENTRO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, IMPIDEN A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ESTABLECER, DE FACTO Y POR SU AUTORIDAD SANITARIA, UN ESTADO DE ALARMA

Según expuse más arriba, la referencia a la posible aplicación en este caso del Derecho de excepción se hace en la Orden 1178/2020 con la misma brevedad con la que inmediatamente se descarta tal posibilidad; y, lo que es peor, sin explicación alguna ni para los destinatarios de las medidas que adopta, ni tampoco para el órgano jurisdiccional a cuya ratificación somete la disposición. La pretendida evidencia de que tales normas no resultan necesarias choca, en mi opinión, con la realidad jurídica de que las que pretenden servirle de cobertura no cumplen la finalidad perseguida pues resultan insuficientes conforme a la conclusión que he motivado más arriba.

Los concretos preceptos de los que hay que partir para estudiar el posible recurso al Derecho de excepción, descartado inexplicadamente por la Comunidad de Madrid, son los siguientes:

a.- El artículo 55.1 de la Constitución dispone que

> "Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción".

Al hilo de la exposición que se ha venido realizando, he manifestado en diversas ocasiones que el derecho a la libre circulación, consagrado en el artículo 19, goza, por la mención que de él se hace en el precepto que se acaba de reproducir -que introduce el Capítulo Quinto del Título Primero de la Constitución, denominado "De la suspensión de los derechos y libertades"-, de una protección reforzada. Y es que no todos los derechos y libertades fundamentales precisan para su suspensión de la previa declaración del estado de excepción o de sitio. Sin embargo, como también quedó expuesto y a ello me remito ahora, en la Orden 1178/2020 no puede entenderse producida una suspensión de la libre

circulación de los ciudadanos sino tan sólo una "limitación" de este concreto derecho fundamental en la medida que en que, aun cuando impide -salvo las excepciones establecidas- a los ciudadanos residentes en las zonas básicas de salud afectadas traspasar la línea perimetral marcada en la propia disposición, sí "permite" a los mismos la libre circulación dentro del ámbito territorial en el que se extienden tales zonas, apuntando meramente como recomendación ("se desaconseja a la población") que se eviten los desplazamientos y la realización de actividades no imprescindibles. Sobre la "limitación" acordada volveremos más adelante.

b.- El artículo 116 de la Constitución prevé en sus apartados 1 y 2 lo que ahora es conveniente reproducir:

> "1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.
> 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración".

c.- En cumplimiento del mandato constitucional, se promulgó la Ley Orgánica 4/1982, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En lo que al objeto del proceso interesa, resulta necesario reproducir ahora los artículos siguientes de esta Ley Orgánica:

> "Artículo cuarto.
> El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.
> (…)
> b) Crisis sanitarias, tales como epidemias (…)".

> "Artículo quinto.
> Cuando los supuestos a que se refiere el artículo anterior afecten exclusivamente a todo, o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma, podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma".

> "Artículo once.
> Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:
> a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos".

No es, desde luego, irrelevante que el legislador haya introducido en este artículo once una descripción tan clara -con un verbo que expresa una acción tan específica, ["**limitar** la circulación (…) de personas o vehículos en horas y lugares determinados"]- de una de las medidas a acordar previa declaración del estado de alarma -medida que coincide plenamente con la adoptada por la Consejería de Sanidad en la Orden 1178/2020- ni tampoco lo es que haya sometido tal limitación del derecho fundamental afectado a los controles y garantías que, por su inclusión, en el artículo 55 CE debe tener de modo reforzado, a diferencia de otros derechos fundamentales no incluidos en ese precepto.

En cuanto a la previsión normativa del artículo Cuarto, apartado b) creo evidente que su ámbito natural de aplicación se encuentra en una situación como la contemplada en la propia Orden 1178/2020, que asienta la justificación de las medidas adoptadas en el agravamiento, en determinadas zonas básicas de salud de la Comunidad Autónoma, de la crisis sanitaria que se viene padeciendo a nivel nacional como consecuencia de la pandemia global a causa del coronavirus SARS-CoV-2. Se da, por tanto, la alteración grave de la normalidad que exige el precepto legal del que tratamos. Pero, es más. En el texto introductorio de las disposiciones contenidas en la Orden 1178/2020 se explica que, atendiendo a la situación epidemiológica localizada en determinados núcleos de población que, dice, se corresponden con 37 zonas básicas de salud, "deben adoptarse medidas más estrictas de control y prevención de la enfermedad que las adoptadas hasta la fecha, a los efectos de evitar una expansión incontrolada de la COVID-19 y proteger a la población del riesgo de contagio, siendo preciso adoptar medidas que afectan a los desplazamientos personales así como al desarrollo de distintas actividades que pueden favorecer la

propagación del virus SARS-CoV-2". Resulta, por tanto, innegable que la Consejería de Sanidad considera que existen circunstancias extraordinarias que determinan la adopción de medidas, también excepcionales, como lo es la limitación de los desplazamientos, pero sólo de los dirigidos al exterior de la zona perimetralmente delimitada y no en el interior de la misma, aunque en esta última se desaconsejen.

Ya se ha explicado anteriormente que, para justificar una habilitación que le permitiese evitar acudir al Derecho de excepción, y, de manera activa, adoptar las medidas limitativas de la libertad de circulación, la Consejería de Sanidad invoca una normativa de cobertura que resulta ser inespecífica. Tal cobertura pretende fijarse, a la postre, en la redacción de una mera cláusula abierta (la final del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/2020) que ninguna previsión concreta contiene respecto a la posibilidad de limitar un derecho fundamental cuya afectación sí que encuentra respaldo expreso en una norma especial y explícita que es la Ley 4/1981, de 1 de junio. La consecuencia que de ello puede extraerse es que una genérica habilitación normativa sectorial en materia sanitaria, inespecífica para con un derecho fundamental de reforzada protección constitucional, no resulta suficiente para permitir a una autoridad sanitaria autonómica adoptar una medida limitativa de la libertad ambulatoria que, siendo, quizás, necesaria e idónea para lograr el objetivo declarado, tan sólo podrían ser acordadas por quien tiene competencia para ello, esto es, por el Gobierno.

En todo caso y para apoyo de lo anterior, tampoco será ocioso traer a colación la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional en la que de modo claro y preciso nos recuerda lo siguiente:

"Descendiendo de lo general a lo particular, en lo que al estado de alarma atañe, primero de los mencionados en el art. 116 CE, el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981 identifica las situaciones de emergencia o, en sus propios términos, las "alteraciones graves de la normalidad" que pueden dar lugar a su declaración, referidas, en síntesis, a emergencias naturales o tecnológicas, a crisis sanitarias (...)

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.".

Dicho todo lo anterior, es obligado también señalar que el recurso por la Comunidad Autónoma al Derecho de excepción no resulta forzoso sino potestativo a tenor de lo previsto en el artículo Quinto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Pero el que se haya configurado legalmente como una facultad no autoriza a quien no hace uso de ella, por no considerarlo necesario, a terminar implantando, por la vía de hecho, en parte del territorio autonómico, los mismos efectos de la excepcional situación que se despliega con el estado de alarma cuya declaración se ha decidido no instar del Gobierno. Tal conclusión se apoya, además de en lo ya expuesto, en lo siguiente:

- La Orden 1178/2020 limita la libre circulación de los ciudadanos al no poder traspasar la línea perimetral marcada en función del ámbito territorial de su zona básica de salud, pudiendo acceder, como mucho, al de otra zona también afectada por la misma disposición. Y esto es lo que prevé el artículo Once.a) de la Ley Orgánica 4/1091 como posible medida a acordar en el decreto de declaración de estado de alarma.

- La Orden 1178/2020 contempla, como base de la medida limitativa de la libre circulación, la existencia de una alteración grave de la normalidad. Y esto es lo que establece el artículo Cuarto.b) de la Ley Orgánica 4/1981 como requisito para la declaración del estado de alarma.

- La Orden 1178/2020 limita el ejercicio del derecho a la libre circulación a una parte del territorio de la Comunidad Autónoma. Y la declaración parcial del estado de alarma es permitida por el artículo Cuarto de la Ley Orgánica 4/1981

- La Orden 1178/2020 dispone el traslado a la Delegación del Gobierno en Madrid, así como a los Ayuntamientos afectados y limítrofes, en su caso, con el objeto de recabar su cooperación y colaboración, en su caso, a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y de la Policía Local, para el control y aplicación de las medidas adoptadas. Una disposición que recuerda lo previsto en el artículo Noveno,Uno de la Ley Orgánica 4/1981 cuando prevé, bajo las órdenes directas de la

autoridad competente, la actuación unificada de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

- La Orden 1178/2020 prevé en su apartado Sexto que la duración de las medidas impuestas, por tanto, también la limitación de la libertad ambulatoria, "por un periodo inicial de catorce días naturales, pudiendo ser prorrogado si así lo requiriese la evolución de la situación epidemiológica de mantenerse las circunstancias que motivan su adopción". Y esta limitación temporal inicial es la misma que prevé el artículo 116.2 de la Constitución que, sin embargo, y no es una cuestión menor, exige al Gobierno la autorización del Congreso para la prórroga de la limitación de los derechos fundamentales concernidos en el Decreto de declaración del estado de alarma, ya se haya declarado éste sobre la totalidad del territorio nacional o tan sólo en una parte del mismo. A partir de aquí, no hace falta, creo, mayor disquisición para concluir que, por esta indirecta vía de la suspensión limitada del derecho a la libre circulación se subvierte el orden constitucional de garantías y contrapesos frente a la afectación del derecho fundamental concernido pues la Consejería de Sanidad termina pudiendo hacer lo que ni el propio Gobierno podría sin autorización del Parlamento: prorrogar la limitación del derecho de circulación en el ámbito de una crisis sanitaria provocada por una epidemia, pandemia.

Dicho lo anterior y para concluir con este apartado, tan sólo restaría añadir que la elección por la Comunidad Autónoma de acudir o no al recurso del Derecho de excepción no podría entenderse nunca como una facultad incondicionada para, superando los límites constitucionalmente establecidos para la posible afectación de los derechos fundamentales del artículo 55.1 de la Constitución -por tanto, el que nos ha venido ocupando hasta ahora-, adoptar medidas limitativas de la libre circulación bajo el amparo de una norma legal (la Ley Orgánica 3/1986) que, a estos efectos, resulta ser ley general y no especial, como sí lo es la Ley Orgánica 4/1981, directamente entroncada con el artículo 116 de la Constitución. Asumir sin más que la coexistencia de ambas normas legales no requiere la aplicación de principios tales como el de que la ley general, e inconcreta, cede ante la regulación específica contenida en una ley que, por ello, es ley especial, permitiendo a la Administración acudir a una o a otra, según la "intensidad" de las circunstancias concurrentes en cada momento, es tanto como dar carta de naturaleza a la inseguridad jurídica y a una eventual decisión arbitraria que podría, en su caso, llevar a una Administración autonómica a ampararse siempre en la norma inconcreta que ni contiene restricciones ni contiene garantías específicas frente a la afectación de un derecho fundamental de reforzada protección. Y todo ello imponiendo a los numerosísimos ciudadanos afectados el sacrificio, si no total, sí en gran medida, de su derecho a la libre circulación, sin observar el pulido sistema que la Constitución establece, de garantías para los titulares del derecho fundamental y de contrapeso del Poder del Estado que sí está facultado para imponer en esta situación tal limitación.

C.- CONCLUSIÓN

Tras la exposición de lo anterior, entiendo, contrariamente al criterio mayoritario de la Sala, que, por las razones explicadas, la cláusula abierta del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986 es insuficiente en su contenido y no habilita a la Consejería de Sanidad, en el caso que nos ocupa, para adoptar la medida restrictiva de limitar el derecho fundamental a la libre circulación de los 858.193 ciudadanos residentes en las 37 zonas básicas de salud incluidas en el apartado 1 de la Orden 1178/2020. Tal título legal habilitante lo sería, en todo caso, para la posible afectación de otros derechos fundamentales que, aunque dignos también de tutela, no cuentan con la protección reforzada que, junto a otros concretos, le concede a éste su inclusión el artículo 55.1 de la Constitución. Otros derechos fundamentales cuya posible afectación marcaría, además, el límite hasta el cual la Comunidad Autónoma podría actuar imponiendo medidas limitativas de los mismos para gestionar la crisis sanitaria, y más allá del cual debería decidir (se concretaría aquí la facultad de decisión que le concede el artículo Quinto de la Ley Orgánica 4/1981) si las medidas de posible afectación del derecho a la libre circulación son imprescindibles y si, por ello, es necesario recabar de quien sí tiene constitucionalmente atribuida la competencia la oportuna declaración, para imponer, de derecho y no de facto, un estado de alarma que permitiera, respetando el principio de legalidad y las normas constitucionales y orgánicas específicas, la limitación de la libertad ambulatoria.

Por todo lo hasta aquí expuesto y razonado, considero que la ratificación de la medida de limitación de la libre circulación impuesta a los 858.193 ciudadanos afectados por ella, debió ser

rechazada por la Sala en el Auto dictado en fecha 24 de septiembre de 2020.

7.- <u>SOBRE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CIRCULAR POR EL TERRITORIO NACIONAL, RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN, SIN MOTIVACIÓN SUFICIENTE Y SIENDO, ADEMÁS, CONTRADICTORIA LA OFRECIDA EN LA ORDEN Y EN LOS INFORMES EN QUE SE APOYA</u>

Sin perjuicio de la conclusión expresada anteriormente -que, por sí sola habría ya hecho innecesario entrar a examinar en el Auto la motivación y la proporcionalidad de la medida limitativa impuesta a la libre circulación de los ciudadanos de las 37 zonas básicas de salud afectadas en la orden 1178/2020, la segunda discrepancia que, respetuosamente, deseo expresar para con la decisión adoptada por la Sala mayoritariamente, es la relativa a la conclusión de que la repetida medida está motivada de modo suficiente. Entiendo, por el contrario, que no lo es en un concreto punto en el que, además, resulta contradictoria con una de las excepciones a la limitación acordada.

En el Informe de la Dirección General de Salud Pública de 18 de septiembre de 2020, aportado por el Letrado de la Comunidad de Madrid a las actuaciones, tras indicar que, al cierre de la semana epidemiológica 37 (en fecha 13 de septiembre) se han producido ya 20.378 nuevos casos diagnosticados por COVID-19, se expresa que en el momento actual "*se observa un patrón de enfermedad más leve que en los meses de marzo y abril, afectando mayoritariamente a personas más jóvenes con mayor relación social y como consecuencia de un número mayor de contactos estrechos"*. Todo ello considerando que la realización de un mayor número de pruebas PCR a todos los contactos estrechos de los casos confirmados, aun siendo asintomáticos, implica un aumento de la detección de los casos. Y añade que en las últimas semanas se han notificado 130 brotes, encontrándose en ellos una asociación de *"poco más de 3 casos en general convivientes en un domicilio particular y con 1 caso secundario en el ámbito laboral" ámbito laboral"* y que en el mes de agosto esto ha cambiado encontrando ahora asociación de 8 ó más casos entre amigos y familiares que viven en distintos domicilios y que celebran una comida o cena en un domicilio particular o en un espacio público.

A lo anterior, añade el citado Informe lo siguiente:

"la transmisión entre familiares con distinto domicilio combinado por la relajación de las medidas preventivas junto a los casos confirmados con vínculo epidemiológico laboral fuera del municipio de residencia, es un patrón que se repite con frecuencia en las últimas semanas".

Suponiendo que los distintos domicilios de familiares se encuentren dentro de la misma zona básica de salud restringida o, incluso, que estén fuera de ellas -lo que constituiría una de las dos principales vías de contagio en estos nuevos brotes- a tenor de la afirmación reproducida, contenida en el Informe reseñado, resulta difícil entender que para evitar la transmisión del virus y contener el incremento de la incidencia acumulada sea necesario imponer a los ciudadanos residentes en las 37 zonas básicas de salud, una limitación del derecho fundamental a la libre circulación en el territorio nacional, fuera de dichas zonas perimetralmente delimitadas, y que, al mismo tiempo, se establezca una excepción a la limitación que permita perpetuar lo que, según el informe, es una vía de contagio acreditada.

La Orden 1178/2020, después de restringir la entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales recogidos en su dispositivo Primero, establece una serie de excepciones entre las que menciona, en el apartado 1.b) el "Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales…". Si es así que se ha comprobado que la transmisión entre familiares junto con los "*casos confirmados con vínculo epidemiológico laboral fuera del municipio"* son los dos medios principales de transmisión del virus, no puede sino apreciarse una contradicción patente entre la motivación de protección de la salud y de contención del aumento de la incidencia de contagios, todo ello para aliviar la presión asistencial y para justificar la medida restrictiva del derecho a la libre circulación cuando, por otra parte, se está permitiendo traspasar la frontera virtual impuesta para realizar actividades laborales, profesionales o empresariales fuera de la correspondiente zona básica de salud.

La Sala, sin embargo, no apreció la contradicción resaltada debiendo esto haberla llevado cuestionar no sólo la virtualidad de la motivación ofrecida sino la necesidad de limitar un derecho fundamental en orden a contener la transmisión de un virus por un mecanismo comprobado, cuando, a la vez, se exceptúa de la restricción aquel medio de contagio que se califica de "patrón que se repite con

frecuencia en las últimas semanas". Debieron entonces haberse puesto en cuestión, siquiera parcialmente, los objetivos declarados a alcanzar: si la protección de la salud o también otros distintos en los que influyesen razones de índole económica que, quizás concurrentes, y quizás dignas de consideración, debieron haberse explicitado en la Orden para, en su caso, tenerlas en cuenta en el control limitado de cognición que permite el procedimiento de ratificación.

8.- SOBRE LA VULNERACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN

Abordar someramente el contenido del derecho fundamental que, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, entiendo afectado por la Orden 1178/2020, nos exige partir de lo dispuesto en el artículo 9 ("Libertad de pensamiento, de conciencia y religión") del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dice así el apartado 1 del precepto:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos".

En el ámbito nacional, el artículo 16.1 de la Constitución establece lo siguiente:

> "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

Para definir el alcance y contenido del derecho fundamental aquí concernido, será preciso traer a colación lo razonado por el Tribunal Constitucional en la STC 24/1982, de 13 de mayo. Dice el Alto Tribunal que

"hay dos principios básicos en nuestro sistema político, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo.

(...)

La garantía de la libertad religiosa como derecho fundamental, no tolera inmisiones del Estado que limiten los fines o valores de cualquier creencia, salvo los límites del orden público impuestos a las manifestaciones externas de culto

A partir de lo dispuesto en los preceptos reproducidos, cabe afirmar que libertad religiosa se encuentra íntimamente vinculada a la libertad ideológica y su protección no sólo se reduce al ámbito individual sino también al ejercicio colectivo del derecho a través de la asistencia a actos de culto, siendo susceptible de limitación, sin embargo, en la vertiente de la libertad de culto, por razones de orden público.

La libertad religiosa se encuentra regulada en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. En lo que ahora interesa destacar, respecto al ejercicio comunitario de este derecho, el artículo Segundo de la misma dispone lo siguiente:

> "Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:
> (…)
> b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales".

A partir de tal regulación, considero que, pese a que el Letrado de la Comunidad de Madrid no lo

expuso así, en el Auto debió haberse contemplado que la necesidad de ratificación judicial de las medidas limitativas adoptadas en la Orden también alcanzaba a la previsión hecha respecto del derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución.

Así, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, del que respetuosamente vuelvo a discrepar en este punto, entiendo que la Orden 1178/2020 afecta, de manera no proporcional e inmotivada, al derecho fundamental mencionado. Lo hace cuando en el l apartado Segundo, punto 2, de la misma se dispone lo siguiente:

> "La asistencia a lugares de culto no podrá superar un tercio de su aforo y se deberá garantizar en todo caso la distancia mínima interpersonal de 1,5 metros y el uso de mascarilla".

Una somera lectura de la Orden, en los puntos 4 y 5, permite comprobar cómo la limitación de la asistencia a establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público (con las excepciones que establece el punto 4), a los establecimientos de hostelería y restauración, incluso a los establecimientos y locales donde se desarrollen actividades de juegos y apuestas alcanza en todos estos casos al 50% del aforo.

En su texto introductorio, la Orden expone que

> "Resulta inevitable reducir temporalmente los aforos permitidos para la realización de determinadas actividades y servicios como en el caso de los espacios destinados al culto, la asistencia a velatorios y entierros, los establecimientos que prestan servicios de hostelería y restauración y, con carácter general, a cualquier local o establecimiento comercial".

Más allá de esta mención, y de la limitación de la asistencia a lugares de culto (entiéndase, como es lógico, para el ejercicio comunitario de la libertad de culto garantizada en el artículo 16 de la Constitución") a "un tercio" de su aforo, ninguna otra referencia ni explicación existe acerca del distinto porcentaje de aforo que se impone y se ha de aplicar, para la protección de la salud, en los lugares de donde se ejerce colectivamente la libertad religiosa y de culto en comparación con otros a donde, no estando concernido, a priori, ningún derecho fundamental (tales como bares, restaurantes y locales de apuestas) pueden los ciudadanos asistir en un porcentaje superior (el 50%) que el del 33,3% del aforo de una mezquita, iglesia o centro evangélico, por citar algunos ejemplos.

Entiendo, pues, que, si la regla común fijada por la Orden para lugares públicos cerrados es la de que, a fin de proteger debidamente la salud pública, el aforo debe quedar limitado al 50%, la fijación de un 33,3% del aforo para el ejercicio del derecho fundamental a practicar libremente el culto, no resulta proporcional ni tampoco motivada. Por consiguiente, tampoco esta medida debió haber sido ratificada por la Sala.

En Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil veinte.

Fdo: María del Pilar García Ruíz

VOTO PARTICULAR

Al amparo de los artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la **MAGISTRADA ILMA. SRA. DOÑA MARÍA DOLORES GALINDO GIL**, formula el presente Voto Particular al Auto de 24 de septiembre de 2020, dictado en el seno del Procedimiento Ordinario número 1070/2020 incoado tras la presentación, por la representación letrada de la Comunidad de Madrid, de solicitud de ratificación judicial de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de

población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria, por medio de este voto particular, expreso mi discrepancia con la parte dispositiva del Auto recaído y su fundamentación, en los extremos concretos que ya expuse y desarrollé en el acto de deliberación y que, ahora, reproduzco en los aspectos más destacados.

PRIMERO.- Como punto de partida, el Letrado de la Comunidad de Madrid, suplicó, la ratificación o autorización judicial del Dispongo Segundo de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, introducido en la modificación que realiza 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, si bien de modo limitado a las medidas específicas que, relacionadas en aquel, considera que restringen derechos fundamentales.

Aquel precepto, atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la siguiente competencia,

"Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente."

Entiendo fundamental reparar en este último extremo por la capital razón de que, la no identificación individual de los destinatarios que, dicho sea, distingue las medidas cuya ratificación ahora se nos solicita de aquellas a que se refiere el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no diluye la titularidad individual de los derechos fundamentales de los ciudadanos que integran la población de las 37 zonas básicas de salud designadas en el Dispongo Primero y que resultan destinatarios de las denominadas "*Medidas específicas preventivas a aplicar*", que se relacionan en el Dispongo Segundo.

Es mi criterio que el ámbito subjetivo de aquel precepto, así definido, intensifica la limitación o restricción de los derechos fundamentales, por ostensibles razones cualitativas -más allá de las evidentes de índole cuantitativo- si tenemos en cuenta que los concretamente concernidos por las medidas específicas preventivas que aplica la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre son la libertad ideológica, religiosa y de culto y la libertad de circulación y desplazamiento, respectivamente, de los artículos 16 y 19 de la Constitución Española y que el plasmado en este último precepto, al amparo del artículo 55 del Texto Fundamental, goza de una protección reforzada toda vez que su suspensión solo puede acordarse a través de una declaración del estado de excepción o de sitio, en los términos que prevé la propia Constitución y desarrolla la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

SEGUNDO.- Como se razonó en la Sentencia número 594/2020, dictada por la Sala de Vacaciones de este Tribunal Superior de Justicia, resolviendo el recurso de apelación número 907/2020, la ratificación o autorización judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, proporciona una tutela garantista que comprende, el carácter necesario y urgente de aquellas, el ajuste entre la situación de hecho y las finalidades perseguidas, esto es, su adecuación al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales.

Como, asimismo, se expuso, la carga de acreditar que las medidas concretas que se someten a ratificación judicial se ajustan a los principios de necesidad, adecuación y razonabilidad compete a la Comunidad de Madrid, a través de criterios científicos informados a modo de antecedente y que servirán a la obligada motivación de la resolución a que se refiere el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Sanidad que enfatiza con expresiones tales como "*con carácter excepcional*", *"cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia."*

En correspondencia con la intensificación de la limitación o restricción de los derechos fundamentales que, por los motivos que he explicado, se produce en el recién introducido apartado 8, del artículo 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, la obligación de motivación que incumbe a la

administración autonómica se endurece cuando se trata de medidas con destinatarios no individualmente identificados, debiendo aportar datos objetivos, argumentos específicos y acreditados, evitando incurrir en la utilización sucesiva de la habilitación que proporciona la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, para recortar sistemática y progresivamente ámbitos de autonomía en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales de titularidad de cada individuo –de aquella colectividad indeterminada- pues ello llevaría a escenarios que deben ser abordados con opciones jurídicas de las proporcionadas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio que incorporan el control reforzado que deriva del sistema de contrapesos en el equilibrio de los poderes ejecutivo y legislativo.

TERCERO.- Siguiendo esta línea argumental, ni la exposición que a modo de introducción ofrece la Orden 1178/2020, ni el informe de la Dirección General de Salud Pública, de la Consejería de Sanidad de 18 de septiembre de 2020, ni el Plan de Respuesta Temprana en un Escenario de Control de la Pandemia por COVID-19, de 16 de julio de 2020, elaborado por el Ministerio de Sanidad, documentos que acompaña con su escrito de solicitud de ratificación o autorización judicial el representante de los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid, contienen una sola referencia a por qué, *"la asistencia a lugares de culto no podrá superar un tercio de su aforo"* (punto 2, Dispongo Segundo) y sin embargo, en los supuestos de hecho de los puntos 4 y 5 (establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público, hostelería y restauración), se permite alcanzar el 50 por ciento del aforo permitido, cuando es notorio el mayor reclamo de estos últimos para concitar la reunión de personas y, por tanto, la presencia potencial de una más alta tasa de transmisión, una vez constatado que el distanciamiento social previene eficazmente la transmisión del SARS-CoV-2 y el peligro de expansión descontrolada de la enfermedad COVID-19.

La cuestión no es baladí pues, si bien en estos últimos supuestos no se concierne libertad o derecho fundamental alguno, esto sí sucede en el primero de los casos, ya que la medida específica limita el derecho a la libertad de culto del articulo 16 C.E.

La Sinopsis del Congreso de los Diputados al artículo 16 de la Constitución, es altamente expresiva cuando refiere, "*La libertad religiosa se corresponde con la vertiente trascendente de la libertad ideológica, pero más que por el contenido de las ideas, la libertad religiosa se distingue por su ejercicio comunitario o colectivo (sin perjuicio de su componente individual) que alcanza su máxima expresión externa mediante los actos de culto."*

El artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, en su apartado 1, define el contenido de la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución, que comprende el de cada persona a, letra b), *"Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades (...)",* entre otros extremos.

Como todo derecho fundamental, el artículo 3 de aquel texto legal, desvela su carácter no absoluto, cuando, en su apartado 1, precisa,

"*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática."*

Por tanto, no es la limitación de aforo lo que restringe la libertad de culto, pues quedaría legitimada, legalmente, siempre que esté fundada y acreditada en una urgente y extraordinaria situación de riesgo para la salud pública. Es la ausencia de motivación del concretamente establecido, lo que reviste entidad lesiva por no ser respetuoso con el principio de proporcionalidad que modera y vincula la potestad de intervención de la administración autonómica conferida desde la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril.

En este punto, al no apreciar el criterio mayoritario acogido en esta Sala y Sección, que la asistencia a los lugares de culto forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa y de culto, que la medida de limitación de aforo es restrictiva de aquella en su modalidad de práctica de los actos de culto y asistencia religiosa de la correspondiente confesión y celebración de ritos y que la limitación del aforo al tercio establecido, por estar huérfana de motivación, no respeta el principio de proporcionalidad que obliga a la Comunidad de Madrid, considero que nuestro pronunciamiento debió ser

distinto, en el sentido de denegar, en definitiva, la ratificación o autorización judicial de esta medida específica que contiene el punto 2, del Dispongo Segundo de la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre.

En Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil veinte.

Fdo. María Dolores Galindo Gil

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.