



AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: 008

C/ GOYA, 14 CP 28001

Teléfono: 91 400 73 10/11/12 Fax:

Correo electrónico:

Modelo: N40010 AUTO TEXTO LIBRE ART 206.1 2º LEC

Equipo/usuario: ISA

N.I.G: 28079 23 3 2021 0008272

Procedimiento: DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0000007 /2021

Proc. de origen: /

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

De D./Dña. ABOGACÍA DEL ESTADO SALA CONTENCIOSO ADMTVO. AUD. NACIONAL

Abogado:

Procurador Sr./a. D./Dña.

Contra: MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL

ABOGADO DEL ESTADO

MINISTERIO FISCAL

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE

FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

MERCEDES PEDRAZ CALVO

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

EUGENIO FRIAS MARTINEZ

En MADRID, a veintiuno de abril de dos mil veintiuno

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- El Abogado del Estado presenta el día 20 de abril de 2021 escrito mediante el cual solicita que esta Sala "acuerde la ratificación de la Orden, SND/363/2021 de 16 de abril de 2021, por la que se prorroga de nuevo la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, por la que se establece la medida de exigir la cuarentena a los viajeros procedentes de países de riesgo."

La referida Orden SND/363/2021 de 16 de abril se ha publicado en el BOE de 17 de abril de 2021.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de veinte de abril de dos mil veintiuno se acuerda Tener por solicitado por el Abogado del Estado la ratificación judicial de la medida sanitaria en nombre y representación de la Administración General del Estado, Ministerio de Sanidad, tramitar la solicitud recibida por la norma contenida en el art. 122 quáter de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-



administrativa, darle tramitación preferente y dar traslado al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal despachando el traslado conferido, informa favorablemente a la ratificación judicial de las medidas acordadas por la Orden SND/363/2021.

Ha sido ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala. Se incorpora Voto Particular formulado por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Santiago Pablo Soldevilla Fragoso y la Ilma. Sra. Magistrada Sra. D^a. Ana Isabel Gómez García.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Abogado del Estado en la representación que por la ley ostenta presenta escrito solicitando, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11.1.i) de la Ley 29/1998, en su actual redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que la Sala ratifique la medida sanitaria adoptada por la Orden SND/363/2021 de 16 de abril de 2021, publicada en el BOE el 17 de abril. Expresamente se especifica que "La ratificación se limita a la medida en cuanto supone una restricción de derechos fundamentales"

La Orden dispone:

<<Primero. Prórroga de la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, sobre las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas procedentes de países de riesgo, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Queda prorrogado lo dispuesto en los apartados primero, segundo y tercero de la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo.

Segundo. Ratificación judicial.

De conformidad con lo previsto en el artículo 11.1.i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, confiérase traslado de esta Orden a la Abogacía General del Estado al objeto de solicitar la ratificación judicial.

Tercero. Efectos.



La presente orden producirá efectos desde las 00:00 horas del 20 de abril de 2021 hasta las 24:00 horas del 03 de mayo de 2021, pudiendo prorrogarse sus efectos de mantenerse las circunstancias que la motivan>>.

La citada Orden 181/2021. Establecía:

<<Primero. Objeto. La presente Orden tiene por objeto establecer las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas que lleguen en vuelo desde cualquier aeropuerto situado en la República Federativa de Brasil, la República de Sudáfrica, República de Botsuana, Unión de Comoras, República de Ghana, República de Kenia, República de Mozambique, República Unida de Tanzania, República de Zambia,

República de Zimbabue, República de Perú y República de Colombia a cualquier aeropuerto situado en el Reino de España, con o sin escalas intermedias.

Queda exceptuado de lo previsto en esta Orden el personal aeronáutico necesario para llevar a cabo las actividades de transporte aéreo.

Segundo. Periodo de cuarentena.

1. Las personas a que se refiere el apartado primero deberán guardar cuarentena durante los diez días siguientes a su llegada, o durante toda su estancia en España si esta fuera inferior a ese plazo.

Este periodo podrá finalizar con anterioridad, si al séptimo día a la persona se le realiza una prueba diagnóstica de infección aguda con resultado negativo. Las pruebas admitidas serán la RT-PCR u otras pruebas basadas en técnicas moleculares equivalentes, así como los test de antígenos que tengan un rendimiento mínimo ≥ 90 % de sensibilidad y ≥ 97 % de especificidad.

2. Durante el periodo de cuarentena las personas a que se refiere el apartado anterior deberán permanecer en su domicilio o alojamiento, debiendo limitar sus desplazamientos, así como los accesos de terceras personas al domicilio o alojamiento, a los imprescindibles para la realización de las siguientes actividades:

a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.



- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Causas de fuerza mayor o situación de necesidad.

Tanto en sus desplazamientos como en su contacto con convivientes y con quienes les proporcionen los bienes o servicios indispensables para garantizar su alimentación, limpieza y en su caso cuidados sanitarios, se deberán observar todas las medidas de higiene y prevención de la transmisión de la enfermedad provocada por el COVID-19.

3. Las autoridades sanitarias podrán contactar con las personas en cuarentena para realizar su seguimiento. Asimismo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán realizar en cualquier momento las comprobaciones oportunas sobre el cumplimiento de las condiciones de cuarentena establecidas en esta orden.

4. Ante cualquier sospecha de síntomas de COVID-19, las personas en cuarentena deberán contactar por teléfono con los servicios sanitarios mediante los números habilitados por las comunidades autónomas, indicando que se encuentran en cuarentena en aplicación de esta Orden.

5. Las agencias de viaje, los operadores de turismo y compañías de transporte deberán informar a los viajeros de estas medidas al inicio del proceso de venta de los billetes con destino en el territorio español.

Tercero. Régimen sancionador. En caso del incumplimiento de lo previsto en esta resolución, será de aplicación el régimen contemplado en el título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, referido a infracciones y sanciones.>>.

SEGUNDO.- Es relevante recordar que esta Sala ha tramitado y resuelto los siguientes procedimientos:

1-. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 2/2021. El Abogado del Estado presentó el día 18 de febrero de 2021 la solicitud de ratificación de la Orden, SND/133/2021 de 17 de febrero de 2021, por la que se establecía la medida de exigir la cuarentena a los viajeros procedentes de Brasil y Sudáfrica.

Dicha Orden produjo efectos desde las 00:00 horas del 22 de febrero de 2021 por un periodo inicial de catorce días naturales, habiéndose establecido en la misma la posibilidad



de ser prorrogada "de mantenerse las circunstancias que la motivan."

La Sala dictó auto el día diecinueve de febrero de dos mil veintiuno ratificando la medida sanitaria adoptada por la referida Orden.

2-. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 3/2021. El Abogado del Estado presentó el día 4 de marzo de 2021 la solicitud de ratificación de la Orden SND/181/2021 de 2 de marzo, sobre las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas procedentes de países de riesgo, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La medida afectaba, al igual que en el caso de la Orden SND/133/2021 a viajeros procedentes de Brasil y Sudáfrica, a los que se suman los procedentes de otros diez Estados, República de Botsuana, Unión de Comoras, República de Ghana, República de Kenia, República de Mozambique, República Unida de Tanzania, República de Zambia, República de Zimbabue, República de Perú y República de Colombia.

Dicha Orden produjo efectos desde las 00:00 horas del 8 de marzo de 2021 por un periodo inicial de catorce días naturales, habiéndose establecido en la misma la posibilidad de ser prorrogada "de mantenerse las circunstancias que la motivan."

La Sala dictó auto el día cinco de marzo de dos mil veintiuno ratificando la medida sanitaria adoptada por la referida Orden.

3-. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 4/2021. El Abogado del Estado presentó el día 22 de marzo de 2021 la solicitud de ratificación de la Orden SND/253/2021, de 18 de marzo, por la que se prorroga la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, sobre las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas procedentes de países de riesgo, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En este caso, las limitaciones afectan a viajeros procedentes de la República Federativa de Brasil, la República de Sudáfrica, República de Botsuana, Unión de Comoras, República de Ghana, República de Kenia, República de Mozambique, República Unida de Tanzania, República de Zambia, República de Zimbabue, República de Perú y República de Colombia, es decir a viajeros procedentes de un total de 12 Estados.



Dicha Orden produjo efectos desde las 00:00 horas del 22 de marzo de 2021 hasta las 24:00 horas del 4 de abril de 2021, pudiendo ser prorrogada "de mantenerse las circunstancias que la motivan."

La Sala dictó auto el día veintitrés de marzo de dos mil veintiuno ratificando la medida sanitaria adoptada por la referida Orden.

4-. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 5/2021. El Abogado del Estado presentó el día 5 de abril de 2021 la solicitud de ratificación de la Orden SND/312/2021, de 31 de marzo, por la que se prorroga por segunda vez la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, sobre las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas procedentes de países de riesgo, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19."

En este caso, las limitaciones afectan a viajeros procedentes de la República Federativa de Brasil, la República de Sudáfrica, República de Botsuana, Unión de Comoras, República de Ghana, República de Kenia, República de Mozambique, República Unida de Tanzania, República de Zambia, República de Zimbabue, República de Perú y República de Colombia es decir, a viajeros procedentes de un total de 12 Estados.

Dicha Orden produjo efectos desde las 00:00 horas del 5 de abril de 2021 hasta las 24:00 horas del 19 de abril de 2021, pudiendo prorrogarse sus efectos "de mantenerse las circunstancias que la motivan."

La Sala dictó auto el día seis de abril de dos mil veintiuno ratificando la medida sanitaria adoptada por la referida Orden.

En estos cuatro autos la Sala tomó en consideración que el art. 117.4 de la Constitución Española declara: "Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho".

Y que el art.11.1.i) de la LJCA atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el conocimiento "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".



Se consideró entonces y se considera ahora, que esta ratificación se articula como una tutela adicional al control ordinario, activada ex lege por la propia Administración ante un contenido eventualmente invasivo de derechos y libertades fundamentales de la medida dirigida a proteger la salud pública. Por ello, la participación judicial ocurre en el desarrollo de la potestad de autotutela de la Administración.

El alcance de la autorización solicitada por la Administración a la Orden que examinamos, no puede referirse a un control de oportunidad de las medidas acordadas, ni tampoco supone un enjuiciamiento de la legalidad de la Orden, supuesto este que solo podría efectuarse mediante la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la misma, sino que de lo que se trata es de comprobar que, efectivamente, la medida adoptada limita o restringe derechos fundamentales de los ciudadanos y si la limitación tiene cobertura legal, es adoptada por Administración competente y con arreglo a una correcta motivación a partir del debido juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, como han venido señalando diversos Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos Madrid (Autos de 24 de septiembre y 1 de octubre de 2020), Aragón (Auto de 10 de octubre de 2020) y Andalucía (Auto 14 de octubre de 2020) y hemos recogido en nuestras anteriores decisiones ya citadas.

TERCERO.- 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 la sentencia 11/81 ya se dijo por el Tribunal Constitucional que "ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados".

Así el derecho fundamental a la libre circulación y libertad de desplazamiento, recogido en el artículo 19 de la Constitución (CE) puede verse limitado en su ejercicio por la protección de otros bienes constitucionalmente protegidos en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos intensamente conectados, como ha señalado el Tribunal constitucional en el Auto 40/2020, de 30 de abril.

El Tribunal Constitucional en sentencia 76/19 de 22 de mayo, ha señalado que el derecho fundamental "puede ser restringido por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y



respeten el principio de proporcionalidad. A los efectos del presente proceso deben destacarse dos requisitos de esos límites:

-En primer lugar, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante, pues "si bien este Tribunal ha declarado que la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981, FJ 5, y 196/1987, FJ 6)" (STC 292/2000, FJ 15).

-En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos: "Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta Sala en los anteriores autos dictados resolviendo solicitudes similares a la que es objeto de esta resolución



judicial señaló que encuentra la cobertura legal que exige la Constitución en la Ley Orgánica 3/86, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyo artículo 2 dispone: "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".

Y el artículo 3 establece: "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".

Ahora bien, como señala el Tribunal Constitucional el derecho fundamental puede ser restringido si la restricción responde a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción están suficientemente precisados en la ley a lo que se suma la exigencia de respeto del principio de proporcionalidad. En la sentencia 196/87 señaló que la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional.

En este marco constitucional, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial.

Este respeto al principio de proporcionalidad se está poniendo en entredicho por la reiteración de la restricción, que viene manteniéndose desde el día 22 de febrero para los viajeros procedentes de Brasil y República de Sudáfrica y desde el 8 de marzo para los viajeros procedentes de estos dos Estados y los otros diez mencionados más arriba.

CUARTO.- El artículo 149.1.16. de la Constitución Española otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior.



La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 38.2 establece que: "Son actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros".

El artículo 52.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone "Tendrá la consideración de autoridad sanitaria estatal el titular del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y, en el marco de sus respectivas funciones, los titulares de los órganos superiores y órganos directivos con responsabilidades en salud pública de dicho departamento ministerial con rango igual o superior al de Director General". Señalando el apartado 2: "La autoridad sanitaria estatal, en el ejercicio de su responsabilidad y de acuerdo con las competencias que le correspondan en materia de salud pública, dictará disposiciones y tendrá facultades para actuar, mediante los órganos competentes en cada caso, en las actividades públicas o privadas para proteger la salud de la población".

De los preceptos señalados se desprende que la Ministra de Sanidad es la autoridad competente en el ámbito sanitario para el dictado de la Orden.

QUINTO.- En las anteriores Ordenes, SND/133/2021, SND/181/2021, SND/253/2021, y SDN/312/2021 como en la que es objeto de la actual solicitud, la SDN/263/2021, se justifica la adopción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en términos muy similares, en este caso señalando que "La preocupación sobre los efectos de las variantes de Brasil y de Sudáfrica se mantienen, tanto en lo que afecta a su impacto a una mayor transmisibilidad, riesgo de reinfecciones y una posible disminución de la eficacia vacunal, como en su extensión a países próximos a donde se detectaron inicialmente, muchos de los cuales presentan un grado de desarrollo limitado de las capacidades de vigilancia, detección y notificación contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional que es preciso tener en consideración."

Se puntualiza ahora que " De hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que el número de países que comunican variantes continúa incrementándose y sugiere a los países que refuercen sus capacidades de vigilancia y secuenciación con el fin de disponer de una visión real de la presencia de variantes en sus territorios."



Continúa la Orden señalando, como lo hacía la anterior SDN/312/2021 que sobre la primera variante, la conocida como sudafricana, identificada como B.1.351 que "En lo que se refiere a la variante 501Y.V2 (B.1.351), Sudáfrica anunció su detección el 18 de diciembre de 2020 y ha desplazado al resto de variantes en circulación en ese país desde el mes de noviembre, lo que indica que puede tener una mayor capacidad de transmisión, sin que haya habido evidencia de una mayor virulencia. En la actualidad, existe una creciente evidencia de que las mutaciones presentes en esta variante pueden ayudar al virus a evadir las respuestas del sistema inmunológico desencadenadas por infecciones previas de SARS-CoV-2 o por vacunas. Debido a su alta transmisibilidad, se han detectado casos esporádicos en muchos países a nivel mundial. Destacan algunos del continente africano como son, además de la República de Sudáfrica, la República de Botsuana, la Unión de Comoras, la República de Ghana, la República de Kenia, la República de Mozambique, la República de Zambia, la República de Zimbabue y la República Unida de Tanzania, donde se mantiene la situación de transmisión comunitaria para esta variante, según comunica la OMS y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de África. Así mismo, se mantiene, con la excepción de Sudáfrica, el insuficiente grado cumplimiento de las capacidades de vigilancia, laboratorio y respuesta a emergencias contempladas por la Organización Mundial de la Salud en el Reglamento Sanitario Internacional-2005 de estos países, estando su valoración global entre 30 y 60 sobre 100, según fuentes del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades-ECDC.

En relación con la variante conocida como brasileña, identificada como P.1 se puntualiza ahora, frente a lo señalado entonces que "En cuanto a la variante P.1, denominación oficial de la conocida como variante brasileña, las actividades de vigilancia genómica llevadas a cabo en Brasil, así como diferentes estudios de modelización realizados en dicho país, muestran una mayor transmisibilidad de la misma y un incremento de las tasas de mortalidad en personas mayores de 20 años de edad, lo cual sugiere la existencia de una clara asociación entre la variante P.1 y el desarrollo de una enfermedad más grave. Además de la República Federativa de Brasil, en donde la proporción de la variante ha pasado de un 28% en enero de 2021 a un 73% en marzo de este mismo año, la situación de especial preocupación se mantiene en la República de Perú y en la República de Colombia, dado que la OMS ha comunicado que está confirmada la transmisión comunitaria en estos tres países, y se ha producido un incremento de casos en las últimas semanas."



Continúa la Orden SND/363/2021 reiterando lo ya señalado en la anterior:

Cabe destacar los efectos positivos que ha supuesto la aplicación de la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, desde su publicación ya que no solo se ha producido una disminución en la llegada de viajeros procedentes de las zonas afectadas, sino que además en el seguimiento de la cuarentena se han podido detectar la aparición de casos de COVID-19 entre las personas en aislamiento, lo que ha supuesto que no han tenido capacidad de transmisión en la comunidad, evitando así la posible aparición de casos secundarios y brotes derivados de estos casos importados. Adicionalmente, en los refuerzos de los controles a la llegada también se han detectado casos de positivos que han podido derivarse a los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas nada más llegar al territorio nacional.

Por todo lo anteriormente descrito y dado que se mantienen las circunstancias que motivaron la publicación de la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, de acuerdo con lo contemplado en su apartado tercero se considera justificado prorrogar dicha Orden en sus mismas condiciones".

SEXTO.- En el auto dictado por esta Sala el día 6 de abril pasado, ratificando la medida adoptada por la Orden SND/312/2021 de 31 de marzo de 2021, publicada en el BOE de 2 de abril, con referencia a lo acordado en el anterior auto de 22 de marzo de 2021 ratificando la Orden ND/253/2021, de 18 de marzo, se señaló ya que se aprecia una motivación adecuada y suficiente de la necesidad y urgencia de su adopción, para continuar tratando de evitar la propagación de las variantes B.1.351 y P.1 de Covid-19 en España, con la intención de controlar los contagios y proliferación de las variantes, cuando la incidencia es limitada para evitar una mayor propagación.

Igualmente se entendió, y se entiende, que esta medida de exigencia de una cuarentena es idónea para evitar la propagación de la enfermedad y de esas nuevas variantes, según se desprende de las guías publicadas por el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades (ECDC) junto con la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA), sobre test y cuarentena para viajeros aéreos en relación con COVID19 (Guidelines for COVID-19 testing and quarantine of air travellers. -Addendum to the Aviation Health Safety Protocol) en las que se especifica que las pruebas y la cuarentena de los viajeros son medidas apropiadas para retrasar la



importación en un área donde el SARS-CoV-2 aún no está circulando, o una vez que un país o una región ha logrado disminuir los niveles de COVID-19.

En todo caso, entendemos que sigue las recomendaciones dadas por la Unión Europea, en orden a lograr un enfoque coordinado para el control de la pandemia de Covid-19, y nuevas variantes, siendo similares a las medidas adoptadas por otros países de la Unión Europea.

Se ha venido entendiendo por esta Sala que la medida resulta, finalmente proporcionada, por cuanto es adecuada para alcanzar la finalidad perseguida, que es evitar la transmisión de dichas variantes en nuestro país, y resulta imprescindible para garantizar la salud pública en la situación sanitaria actual, pudiendo evitarse con la medida la necesidad de adoptar en el futuro próximo inmediato unas restricciones mayores en caso de que se descontrolara la epidemia con las nuevas variantes.

Ahora bien: debe precisarse que esta Sala en sus anteriores decisiones, tuvo en cuenta como elemento especialmente relevante el alcance temporal limitado de la medida, que en cada una de las Ordenes se fijó en un plazo de catorce días naturales. A día de hoy, la sucesiva extensión del periodo de catorce días ha conllevado una duración de estas restricciones que debilita extraordinariamente la justificación de la proporcionalidad necesaria para mantener esta conclusión de que el sacrificio de derechos fundamentales es proporcionado. Toda vez que la situación a que responde podría dejar de ser excepcional ante su reiterada traslación temporal.

En este momento, aun puede apreciarse que la limitación al derecho fundamental consagrado en el artículo 19 CE de libre circulación y libertad de desplazamiento, es necesaria y proporcionada en atención a la

protección de otro derecho constitucional como el derecho a la salud e integridad física, que determinó en España la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 433/2020, de 14 de marzo, y que se encuentra declarado en la actualidad por Real Decreto 926/2020.

Por lo expuesto procede ratificar la medida sanitaria urgente acordada, aunque implique la limitación o restricción de derechos fundamentales.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación a este supuesto,



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: RATIFICAR la Orden SND/363/2021 de 16 de abril de 2021, por la que se prorroga la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, sobre las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas procedentes de países de riesgo, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Al notificarse la presente resolución al solicitante y Ministerio Fiscal hágase saber que no es firme, y cabe interponer contra ella recurso de reposición en el plazo de cinco días ante este mismo Tribunal.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen citados;

Voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Santiago Soldevila Fragoso al auto de fecha 21 de abril de 2021 recaído en el recurso nº 7/2021.DF. Al mismo se adhiere la Ilma. Sra. D^a. Ana Isabel Gómez García.

Madrid, 21 de abril de 2021.

I. Previo.

1.El objeto de la presente intervención judicial, como se indica en el auto del que discrepo, queda limitado a comprobar si la restricción de derechos fundamentales contenida en la Orden SND/363/2021 de 16 de abril se ha publicado en el BOE de 17 de abril de 2021, por la que se establece una medida de cuarentena a los viajeros procedentes de determinados países de riesgo, cuenta con la cobertura constitucional y legal necesaria, se ha adoptado por la Administración competente y con arreglo a correcta motivación a partir del debido juicio de idoneidad, que dilucide la necesidad de la medida y su proporcionalidad.

La Orden de referencia supone la prórroga de la Orden SND 181/201 de 2 de marzo, que ya fue objeto de ratificación por este Tribunal mediante auto de 5 de marzo de 2021 dictado en el marco del procedimiento 5/2021 DF.

2.La medida en cuestión restringe la libertad de circulación de las personas, pues implica el aislamiento en su domicilio o alojamiento durante diez días, debiendo limitar sus desplazamientos a la realización de las actividades de carácter estrictamente esencial (artículos 17.1 y 19 de la Constitución).



3. También es importante precisar que esta Orden se dicta al margen de la cobertura ofrecida por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre por el que se declaró el estado de alarma, pues en el mismo no se hace referencia explícita a las medidas objeto de esta solicitud de autorización.

4. Estamos pues, en un supuesto de gestión ordinaria en materia de sanidad exterior, que corresponde a la Administración del Estado.

5. No me cabe duda alguna de que en la orden SND/363/2021 de 6 de abril concurren prácticamente todos los presupuestos enunciados en el apartado 1 y que, además, este Tribunal debe comprobar, especialmente, el relativo a la urgente necesidad de su adopción en una situación de pandemia como la que vivimos, agravada por las mutaciones del virus y encontrarse el proceso de vacunación en su fase inicial.

6. Sin embargo, esa coincidencia no es plena, pues discrepo totalmente de las afirmaciones contenidas en el fundamento jurídico tercero del auto, según las cuales la medida en cuestión tiene cobertura constitucional y legal suficiente.

7. Mi discrepancia pues no se refiere al fondo del asunto, esto es a la necesidad de adoptar la medida, sino única y exclusivamente al instrumento jurídico empleado para ello.

8. Debe recordarse que el artículo 53.1 de la Constitución establece una reserva legal para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, mientras que el artículo 81.1 del mismo texto legal señala que dicha ley deberá ser orgánica cuando se trate de su desarrollo. Ambas, dichas las leyes deberán respetar el contenido esencial de los derechos y libertades en cuestión.

II. El auto y la Abogacía del Estado, realizan una cita parcial de la jurisprudencia constitucional.

1. En el fundamento jurídico (fj) tercero del auto se realiza la exégesis de la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 53.1 de la Constitución que impone que la regulación de los derechos fundamentales solo podrá hacerse mediante ley.

A esta conclusión sobre la reserva de ley, que comparto plenamente, llega con el apoyo principal de las SSTC 49/1994 fj 4. 292/2000 fj 15 y 76/2019, y termina afirmando que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cumple con las exigencias de dicha jurisprudencia por lo que concurre el presupuesto de la cobertura legal de acuerdo con la Constitución.

2. En mi opinión, la completa lectura de dichas sentencias, conduce a una conclusión totalmente contraria a la adoptada por la mayoría.

3. Las sentencias del Tribunal Constitucional referidas, una vez admitida la posibilidad de restringir los derechos fundamentales cuando su ejercicio colisione con otros derechos también protegidos y señalar los términos en que procede la restricción, ponen un énfasis muy especial en afirmar que la reserva de ley no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley (STC 49/1994 FJ 4).

4. En la STC 76/2019 FJ 5 d) se indica que: "aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación", pues "la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción"; "al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla"

5. En la STC 292/2000 fj 15 se dice lo siguiente: "aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (STC 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación.", para concluir al final de dicho fj que " De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica".

6. Es muy gráfica la STC 112/2006 fj 3, invocada por la Abogacía del Estado, cuando afirma que: "Cuando la Constitución no contempla la posibilidad de que un poder público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la ley habilitante sujete a los poderes públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los poderes



públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE). Esa ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro poder público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, como hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4).

7. En definitiva, como se dijo en la STC 49/1996, fundamento jurídico 3º, la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser una "una ley de singular precisión", exigencias que todas que se establecieron en la inicial STC 83/1984 y desde entonces se han mantenido por el Tribunal Constitucional de manera constante.

III. La aplicación a este caso de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, no se ajusta a la jurisprudencia constitucional.

1. Esta Ley Orgánica, que cuenta con cuatro artículos y carece de exposición de motivos, se dictó, como evidencia la lectura de los trabajos parlamentarios, para atender una realidad muy distinta a la provocada por la pandemia de la Covid-19.

Dicha ley parte de la determinación individual de los destinatarios de las medidas restrictivas, que es exactamente lo contrario de lo que ocurre en este caso.

2. El auto reproduce el artículo dos de la referida Ley que con toda claridad indica que podrán adoptarse medidas sanitarias pertinentes, "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", es decir en supuestos en los que las personas sobre las que recaen las restricciones de sus derechos están perfectamente individualizadas, que, como indica muy correctamente la Abogacía del Estado, eso no ocurre en el presente caso.

3. El artículo tres de dicha Ley, nuevamente individualiza las medidas a tomar en relación con "el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los



mismos y del medio ambiente inmediato”, para concluir con una cláusula habilitante general que, dice lo siguiente: “así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

4.La cláusula general habilitante descrita es, en mi opinión, manifiestamente insuficiente para dar cobertura a la Orden SND/181/2021 de 2 de marzo, como evidencia la jurisprudencia anotada, pues, como dice el Tribunal Constitucional, cuando se producen ese tipo de cláusulas generales, “la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica”.(STC 292/2000 fj 15 citada)

5.La lectura de la Orden en cuestión pone de manifiesto que la misma contiene una regulación precisa, completa y detallada de las medidas a tomar, invadiendo el espacio constitucionalmente reservado a una Ley Orgánica.

6.En consecuencia, la Orden no se limita a incorporar un mero complemento técnico esencialmente variable, que es el único supuesto en el que se admite por la jurisprudencia constitucional la colaboración reglamentaria.

7.La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, es la única Ley Orgánica existente sobre esta materia sanitaria, por lo que, en mi opinión, no cabe duda de la falta de cobertura legal de la Orden SND/181/2021 de 2 de marzo.

IV.La declaración del estado de alarma como opción

1.A pesar de la falta de regulación legal adecuada sobre la materia, no cabe duda de que, ante una situación de emergencia como la pandemia que padecemos especialmente agudizada como sobradamente acredita la precisa documentación que se acompaña, nuestra Constitución regula mecanismos jurídicos de reacción inmediatos y eficaces.

2.A estos efectos, el artículo 116.1 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981 de 4 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, ofrecen cobertura jurídica suficiente para poder restringir los derechos fundamentales en los mismos términos con que lo hace la Orden SND/312/2021 de 31 de marzo.

3.La aplicación de los mecanismos legales referidos conduciría a la modificación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre por el que se declaró el estado de alarma, para incorporar en el mismo el contenido de la Orden a Orden SND/363/2021 de 6 de abril.



Fdo. Santiago Soldevila Fragoso y Ana Isabel Gomez García

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 tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.