

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33094690

NIG: 28.079.00.3-2021/0019041

Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias 977/2021 (Procedimiento Ordinario) O - 01

De: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA



(01) 33174610920

A U T O N° 93/2021

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D./Dña. AMPARO GUILLO SANCHEZ-GALIANO

D./Dña. JUANA PATRICIA RIVAS MORENO

D./Dña. ANA MARIA JIMENA CALLEJA

D./Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

D./Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

En Madrid, a siete de mayo de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha 6 de mayo de 2021 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 la que solicita la ratificación de las medidas sanitarias adoptadas en la Orden 550/2021, de 30 de abril, 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 determinados núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. 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, 6 de mayo de 2021, 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 veinticuatro horas para que presentara alegaciones al ser parte en este procedimiento.

El Ministerio Público ha presentado escrito en fecha 7 de mayo de 2021 en el que considera que procede la ratificación de la medida sanitaria que dispone el apartado Segundo 1 de la Orden 550/2021, de 30 de abril, de la Consejería de Sanidad por la que se disponen medias 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 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. Alega el Ministerio Fiscal que esta Sala ya se ha pronunciado en los Autos que relaciona (asuntos 1070/2020 y 1180/2010) dictados en la presente materia en el sentido de ratificar medidas similares a las presentes y que se remite a sus informes en dichos procedimientos si bien comparte, para mayor seguridad jurídica, la conveniencia de previsiones normativas expresas con sujeción a las garantías constitucionales, pero concluyendo que la actual situación de la pandemia que resulta de los informes que se adjuntan debe llevar a la ratificación de las medidas propuestas.

En la deliberación, votación y fallo de la presente resolución se anunció la formulación de voto particular por las Magistradas Ilmas. Sras. Dña. María del Pilar García Ruiz y Dña. María Dolores Galindo Gil, razón por la cual la ponencia del asunto que inicialmente había correspondido por número de procedimiento a la Magistrada Ilma Sra. doña Pilar García Ruiz, fue asumida por la Presidenta de esta Sección Octava, doña Amparo Guilló Sánchez Galiano, que 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 550/2021, de 30 de abril, 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 determinados núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica, una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre de la Consejería de Sanidad, limitando su solicitud a las medidas del apartado segundo de la Orden que suponen restricción de los derechos fundamentales y concretando también que el ámbito temporal de la Orden establecida en su apartado primero se extiende desde la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, esto es, desde las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, hasta las 00:00 horas del día 17 de mayo de 2021, sin perjuicio de su prórroga si la situación epidemiológica lo aconseja.

Dispone textualmente la Orden en sus apartados primero y segundo, lo que sigue:



Primero

Objeto y ámbito de aplicación

1. La presente Orden tiene por objeto establecer, con carácter temporal y excepcional, medidas adicionales específicas de contención y prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ante su evolución en determinados núcleos de población.

2. Las medidas previstas en la presente Orden se aplicaran desde la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, hasta las 00:00 horas del día 17 de mayo de 2021, sin perjuicio de su prórroga si la situación epidemiológica lo aconseja, en los siguientes ámbitos territoriales

En el municipio de Madrid:

- En el distrito de Ciudad Lineal
 - Zona básica de salud Daroca
- En el distrito de Hortaleza
 - Zona básica de salud Vicente Muzas
- En el municipio de Getafe
 - Zona básica de salud Las Ciudades

En el municipio de las Rozas de Madrid:

- Zona Básica de Salud Las Rozas, siendo posible el acceso hacia la zona perimetralmente delimitada por vía de la A-6, la avenida de los Bomberos y el camino de las Ceudas y hacia la zona perimetralmente delimitada por la carretera M-505, autovía de circunvalación M-50, calle Castillo de Fuensalida y su continuación en calle Castillo de Atienza, avenida Nuestra Señora del Retamar y avenida de Pino Redondo.

En el municipio de San Sebastián de los Reyes:

- Zona básica de salud Reyes Católicos

3. Las medidas establecidas en la presente orden sería de aplicación a todas las personas que se encuentren o circulen, así como a aquellas personas que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público abierto al público en los ámbitos territoriales afectados.

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, institucionales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Asistencia a los entrenamientos, competiciones o ligas organizadas por las federaciones deportivas madrileñas, que se acreditaran mediante licencia deportiva o certificado federativo. Los menores de edad podrán ser acompañados por un adulto. l) Asistencia a centros deportivos para recibir servicios deportivos desarrollados por preparadores físicos bajo prescripción facultativa.
- m) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente 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 las zonas afectadas, 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 debe 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.

Esta limitación horaria no será de aplicación a los establecimientos farmacéuticos, médicos, veterinarios, de combustible para la automoción y otros considerados esenciales, entendiéndose como tales aquellos que prestan o realizan servicios imprescindibles e inaplazables.

5. Los establecimientos de hostelería y restauración limitarán el aforo a 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 por mesa será de cuatro personas en espacios interiores y de seis personas en terrazas al aire libre y deberá cerrar, como máximo, a las 23:00 horas, no pudiendo en ningún caso admitir nuevos clientes para consumir en el establecimiento a partir de las 22:00 horas.

Estas mismas limitaciones de aforo y horario son aplicables 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 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, podrá impartirse de forma presencial siempre y cuando no supere una capacidad del cincuenta por ciento respecto al máximo permitido, debiendo garantizarse en todo momento el respeto a la distancia de seguridad interpersonal.

Estas medidas serán también aplicables a las actividades formativas presenciales del ámbito de la formación para el empleo gestionadas y/o financiadas por la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad.

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 máxima permitida de la instalación en espacios interiores y el sesenta por ciento en



espacios exteriores. La práctica deportiva en grupos se limita a un máximo de seis personas.

En las competiciones oficiales de ámbito estatal y carácter no profesional y las competiciones internacionales que estén' bajo la tutela organizativa de las Federaciones deportivas españolas que se desarrollen en los municipios previstos en el apartado 1.1, será de aplicación el Protocolo de actuación para la vuelta de competiciones oficiales de ámbito estatal y carácter no profesional en la temporada 2020/2021, elaborado por el Consejo Superior de Deportes.

8. Se extremara la vigilancia y control de la indicación de aislamiento para casos positivos de infección activa y la cuarentena en contactos estrechos señaladas desde los dispositivos asistenciales o de salud pública, cuando no se requiera hospitalización, de acuerdo con el punto 9 del apartado séptimo de la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad.

SEGUNDO.- En el examen de la anterior solicitud se ha de hacer ante todo una precisión previa consistente en que esta Sala ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre ratificación de medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid, similares a las que ahora se contienen en la Orden cuya ratificación se solicita, por lo que en unidad de criterio hemos de remitirnos al parecer expresado en dichas ocasiones por esta Sección, siendo exponente de dichos pronunciamientos los Autos que se dictaron en los procedimientos de ratificación de medidas sanitarias números 1070/2020 (Auto de 24 de septiembre de 2020), 1180/2020 (Auto de 1 de octubre de 2020) y 1300/2020 (Auto de 15 de octubre de 2020).

Dijimos en aquellas resoluciones que, ante todo se ha de precisar cuál es el 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 se pronunció ya esta Sala y Sección 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 concurren 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 (ss TC 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 esté suficientemente acotada en la correspondiente ley orgánica de habilitación de en cuanto al supuesto 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 estos 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, L.O. 3/1986, especial de salud pública, puesto que en ella se prevé



los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales límites (en palabras del TC “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 491/1999, 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 estas 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 de 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 a 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, reiterando así el criterio sostenido por esta Sala en los autos antes citados.

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 artículo 19.CE) en los ámbitos territoriales recogidos en el apartado primero de dicha Orden durante el periodo que se recoge en dicho apartado.



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 ámbito anterior”, habrá de analizarse en función de los parámetros constitucionales exigibles que, según reiterada jurisprudencia constitucional se contrae a dos exigencia esenciales que dimanen 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 del que se trata. O dicho de otro modo, será preciso analizar si la limitación del derecho fundamental acordada tiene una justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue que es constitucionalmente protegible y que 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 17 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 no ocupa en función de la protección de la salud pública (ex artículo 15.CE); así se dicen textualmente en dicho Preámbulo que:

“... Pese a la pérdida de vigencia del estado de alarma y de la normativa dictada para su desarrollo desde las 00 horas del próximo 9 de mayo, las autoridades sanitarias tienen la obligación de adoptar las medidas preventivas pertinentes para proteger la salud pública, bien jurídico reconocido en el art. 43 de nuestra Constitución, dentro del marco legal de las competencias que tienen reconocidas.

Dada la complejidad y dimensión del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, para asegurar el seguimiento epidemiológico de la pandemia de COVID-19 se requiere una unidad básica de análisis y de actuación desagregada como son las zonas básicas de salud, que constituyen la unidad geográfica de referencia del sistema sanitario de la Comunidad de Madrid.

El análisis de los datos a ese nivel permite monitorizar el mínimo incremento sostenido de la transmisión en la Comunidad de Madrid y detectar los posibles cambios y tendencias en la evolución epidemiológica, con el objetivo de determinar las actuaciones necesarias dirigidas a contener el aumento de casos en el ámbito territorial correspondiente. Estos indicadores se obtienen con periodicidad diaria y desagregada por zonas básicas de salud y además se realiza un análisis con periodicidad semanal para el conjunto de la Comunidad de Madrid.



Los indicadores epidemiológicos se encuentran en un rango elevado en algunos ámbitos territoriales de la Comunidad de Madrid, lo que imposibilita o dificulta la realización de un seguimiento individualizado de la cadena de contactos, por lo que este hecho, unido a la situación epidemiológica localizada en determinados núcleos de población de los mismos, exige que la Consejería de Sanidad, como autoridad sanitaria, deba adoptar medidas más estrictas de control y prevención de la enfermedad a los efectos de evitar una expansión incontrolada del Covid- 19 y proteger a la población del riesgo de contagio.

Los datos de evolución en los ámbitos territoriales objeto de la presente Orden determinan la necesidad de adoptar determinadas medidas limitativas con catéter temporal para lograr una mayor reducción del índice de transmisión, para mejorar el control de los casos y lograr una mayor reducción del número de hospitalizaciones.

Para ello resulta inevitable y necesario restringir temporalmente el acceso y entrada en determinados núcleos de población, así como establecer temporalmente una mayor limitación de aforos u horarios permitidos para la realización de determinadas actividades y servicios.

En particular, la razón de la limitación de la movilidad concretada en la restricción de la entrada y salida de dichos ámbitos territoriales salvo causa justificada, resulta necesaria para evitar una mayor propagación de una enfermedad contagiosa, como el COVID-19, tanto en los ámbitos afectados como respecto a otras zonas con menor incidencia.”

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 también en la solicitud que nos ocupa a través del Informe de la Dirección General de Salud Pública, de 31 de abril de 2021, que se acompaña, en el que se hace expresa alusión al criterio técnico de incidencia acumulada en 14 días y en las zonas a las que afecta la Disposición, de más de 500 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 acompañado también por una mayor presión sobre el sistema sanitario al haberse incrementado la ocupación de la Unidad de Cuidados Intensivos de los diferentes Hospitales de hasta un 30% .

A lo que debe añadirse la mención que se contiene en el citado Informe acerca de los resultados positivos de que ya se tiene constancia como consecuencia de medidas



acordadas con anterioridad por la Comunidad de Madrid, similares a las presentes y que tuvieron como consecuencia una reducción en el número de ingresos hospitalarios y de casos diagnosticados.

Asimismo, se aporta el “Plan de respuesta temprana por fin de la Pandemia por Covid-19” elaborado por el Ministerio de Sanidad y acordado en el Consejo Interterritorial 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-COVID 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 en 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, 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 (art. 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 artículo 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.

Si bien no queremos concluir esta resolución sin dejar de hacer constar que en este examen de la proporcionalidad de la medida o medidas concretas cuya autorización



o ratificación se solicite en cada caso concreto, se habrá de considerar en cada supuesto la intensidad y naturaleza de la limitación y el alcance que para los derechos fundamentales afectados pueda tener la misma, no siendo extrapolables las conclusiones aquí alcanzadas a todos los casos que pudieran plantearse.

Por todo ello procede ratificar la medida acordada en la Orden 550/2021, de 30 de abril, 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 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 550/2021 de 30 de abril, 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 determinados núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020 de 3 de noviembre.
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 977/2021 en dicha solicitud.
3. Sin que proceda hacer expresa imposición de costas procesales causadas.

Contra la presente resolución será procedente la interposición de Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo a tenor de lo dispuesto en la DT 3ª LJCA y según dispone ART. 87 apartados 1 bis, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) tras su modificación operada por el Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo, publicado el BOE de 5 de mayo y cuya entrada en vigor tendrá lugar el día 9 de mayo de 2021; recurso a presentar ante dicho Tribunal Supremo en el plazo de 3 días hábiles contados desde la fecha de la notificación de esta resolución.

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

Notifíquese por vía telemática la presente resolución.



VOTO PARTICULAR

Al amparo de los artículos 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**, como quedó anunciado en el acto de deliberación, formula el presente Voto Particular al Auto número 93/2021, de 7 de mayo de 2021, dictado en el seno del Procedimiento Ordinario número 977/2021 sobre Autorización o Ratificación de Medidas Sanitarias.

La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a través del Letrado de sus Servicios Jurídicos, insta la ratificación judicial de la ORDEN 550/2021, de 30 de abril, 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 determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. (BOCM, número 103, de 1 de mayo de 2021).

Por medio de este Voto Particular, siempre desde el respeto a la posición mayoritaria, vengo a expresar mi discrepancia con la parte dispositiva del Auto recaído y su fundamentación jurídica, en los extremos concretos y por los motivos de los que hice partícipes a los restantes magistrados componentes de la Sala en el acto de deliberación y que me llevan a denegar la ratificación de las medidas restrictivas de desplazamientos contenidas en el Dispongo Segundo de la Orden 550/2021 y no sólo la medida limitativa de la libertad de culto prevista en su Punto 2.

Es por ello que, mi disidencia se plasma en razonamientos ya expresados en otros votos particulares elaborados en los Autos número 115/2020, de 24 de septiembre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1070/2020), número 125/2020, de 1 de octubre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1180/2020) y Auto número 134/2020, de 15 de octubre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1300/2020), en que la Comunidad de Madrid sometió a ratificación judicial las medidas específicas por razón de salud pública, con ocasión del dictado y publicación de las Ordenes 1178/2020, de 18 de septiembre; 1226/2020, de 25 de septiembre; 1274/2020, de 1 de octubre y 1322/2020, de 9 de octubre, por las que, como ahora sucede, la Consejería de Sanidad, acordaba la adopción de medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica y que serán traídos a colación en lo que resulte pertinente, en cumplimiento de mi deber de fundamentar la totalidad de los motivos por los que me aparto del criterio mayoritario.

Mi divergencia se centra en los siguientes extremos y por las razones que, sintéticamente, avanzo y desarrollaré en los siguientes Expositivos,

1.- Las medidas acordadas restrictivas del derecho a la libertad de circulación y desplazamiento por el territorio nacional que garantiza el artículo 19 C.E, suponen una



cualicada injerencia en el contenido esencial de un derecho fundamental de protección reforzada desde el artículo 55 C.E y no simples modulaciones en su ejercicio.

Por esta razón, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, invocadas por la Orden 550, no otorgan cobertura legal para su adopción dado que contienen una habilitación legal insuficiente e inidónea.

2.- La limitación a un tercio del aforo en lugares de culto, en cuanto carece de motivación, no resulta respetuosa con el principio de proporcionalidad, por lo que lesiona el contenido esencial a la libertad de culto garantizada en el artículo 16 C.E.

PRIMERO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid, ha suplicado, la ratificación judicial de *“las medidas que suponen una restricción de los derechos fundamentales.”*

La parte introductoria de la Orden 550/2021, explica que su finalidad, de un lado, es cumplir la obligación que incumbe a las autoridades sanitarias de adopción de las medidas preventivas pertinentes para proteger la salud pública, dentro del marco legal de las competencias que tienen reconocidas, ante la pérdida de vigencia del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE número 282, de 25 de octubre), acordado en Consejo de Ministros y de la normativa dictada en su desarrollo, desde las 00.00 horas del próximo 9 de mayo.

De otro lado, es el punto 1, del Dispongo Primero *“Objeto y ámbito de aplicación”*, de la propia Orden, el que nos ofrece la siguiente aportación,

“La presente Orden tiene por objeto establecer, con carácter temporal y excepcional, medidas adicionales específicas de contención y prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ante su evolución en determinados núcleos de población.”

Las *Medidas específicas preventivas a aplicar* (Dispongo Segundo), restringen el derecho fundamental a la libertad de circulación y salida de personas, salvo desplazamientos, adecuadamente justificados por los motivos que enumera y de la libertad de culto, si bien este último exigirá de matizaciones de las que me ocupare en el momento adecuado.

A tenor del punto 2, del citado Dispongo 1, *“Las medidas previstas en la presente Orden se aplicarán desde la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, hasta las 00:00 horas del día 17 de mayo de 2021, sin perjuicio de su prórroga si la situación epidemiológica lo aconseja, (...)”*.

Los ámbitos territoriales afectados, definidos como en ocasiones anteriores por Zonas Básicas de Salud - *“que constituyen la unidad geográfica de referencia del sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, según la parte introductoria-*, son las siguientes,



- En el municipio de Madrid:
 - En el distrito de Ciudad Lineal:
 - Zona básica de salud Daroca.
 - En el distrito de Hortaleza:
 - Zona básica de salud Vicente Muzas.

- En el municipio de Getafe:
 - Zona básica de salud Las Ciudades.

- En el municipio de Las Rozas de Madrid:
 - Zona básica de salud Las Rozas, siendo posible el acceso hacia la zona perimetralmente delimitada por la vía de servicio de la A6, la avenida de los Bomberos y el camino de las Ceudas y hacia la zona perimetralmente delimitada por la carretera M-505, autovía de circunvalación M-50, calle Castillo de Fuensalida y su continuación en calle Castillo de Atienza, avenida Nuestra Señora del Retamar y avenida de Pino Redondo.

- En el municipio de San Sebastián de los Reyes:
 - Zona básica de salud Reyes Católicos.

Y tal como refiere su Punto 3, las medidas establecidas en la Orden son de aplicación a todas las personas que se encuentren o circulen, así como a aquellas personas que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público o abierto al público ubicado en los núcleos de población afectados, a las que cabe añadir quienes circulen por carretera y viales que transcurran o atraviesan aquellos ámbitos territoriales, dado que tan solo se les permite la circulación cuando tenga origen y destino fuera de los mismos (párrafo segundo, Punto 1, Dispongo Segundo).

La justificación de la limitación de la movilidad concretada en la restricción de la entrada y salida de dichos ámbitos territoriales salvo causa justificada, resulta del Informe de la Dirección General de Salud Pública, de 30 de abril de 2021, del siguiente modo,

“En este sentido, y siguiendo la estrategia de aplicar “medidas quirúrgicas” en las ZBS con mayor transmisión del COVID-19, utilizando la misma metodología que durante las olas segunda y tercera, se han ido adoptando medidas más restrictivas con carácter temporal en función del riesgo de transmisión en la Comunidad de Madrid (IA 14d 415 casos/100.000 en la semana epidemiológica que finaliza el 18 de abril), así con proporcionalidad se fija el criterio técnico en IA a 14 días > 500 casos/100.000, con transmisión comunitaria y presentando tendencia creciente, para la adopción de medidas de limitación de la movilidad y de restricción de la actividad social adicionales a la labor de diagnóstico y aislamiento de casos e identificación y cuarentena de contactos estrechos.

(...)

En consecuencia se procede a adoptar medidas específicas en las ZBS o municipios que superan este umbral de transmisión por un periodo mínimo de 14 días al considerarse que este debe ser el tiempo que debe mantenerse la medida coincidiendo con el periodo de incubación de la enfermedad. Entre estas ZBS con mayor incidencia al



día de la fecha se encuentran las ZBS de Daroca, Vicente Muzas, las Ciudades, las Rozas y Reyes Católicos. (...).

La mayor transmisión, y por tanto la incidencia de la enfermedad en estas zonas geográficas también es visible en la carga asistencial de los servicios asistenciales a los que corresponde la población censal de estas zonas, observándose desde la última semana del mes de marzo un aumento en los ingresos hospitalarios por COVID-19, que oscila en estos momentos entre el 12-20% en las camas de lo H Puerta de Hierro-Majadahonda, La Princesa e Infanta Sofía, hasta alcanzar una ocupación de las UCI que mantienen una tendencia al alza entre un 30-90% (30% en el H Puerta de Hierro-Majadahonda, del 38% en el H Getafe, un 40% en el H Ramón y Cajal, un 53% en el H La Princesa, al 93% del Hospital infanta Sofía). (...).

La situación de transmisión contagio en estas zonas básicas de salud (IA) en 14 días, es superior a 500 casos/100.000 habitantes, cuando la media de la Comunidad de Madrid es de 404 casos/100.000 habitantes, con tendencia mantenida en la aparición de nuevos casos en los periodos previos y con impactos en los hospitales de referencia que suponen una ocupación de camas en la UCI de hasta un 30% de incremento (dependiendo de las características del Hospital). Esta tendencia creciente unida a la experiencia de la rápida propagación del virus vivida, especialmente en estos momentos en que las variantes de COVID-19 que circulan mayoritariamente en la Comunidad de Madrid son más transmisibles que en las periodos anteriores, obliga a adoptar medidas más estrictas de prevención y control que las aplicadas hasta la fecha en estas zonas específicas de la Comunidad de Madrid, precisamente para contener y frenar la transmisión en estos núcleos poblacionales donde todavía persiste una mayor transmisión no controlada del COVID-19 y proteger la salud de la población. (...).

Un alto nivel de amenaza supone una mayor presión sobre el sistema sanitario y por tanto requiere una intervención de salud pública más enérgica en una zona concreta como la limitación de las entradas y salidas a lo estrictamente indispensable en evitación de la extensión de la infección a otras zonas o municipios, evitando la posible expansión descontrolada del COVID-19. (...).”

Cuales sean las medidas específicas adoptadas, se contienen en el Dispongo Segundo, Apartado 1,

“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, institucionales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.



g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.

h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.

i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.

j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

k) Asistencia a los entrenamientos, competiciones o ligas organizadas por las federaciones deportivas madrileñas, que se acreditarán mediante licencia deportiva o certificado federativo. Los menores de edad podrán ser acompañados por un adulto.

l) Asistencia a centros deportivos para recibir servicios deportivos desarrollados por preparadores físicos bajo prescripción facultativa.

m) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente 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 las zonas afectadas, 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 mas- carilla.

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.

Esta limitación horaria no será de aplicación a los establecimientos farmacéuticos, médicos, veterinarios, de combustible para la automoción y otros considerados esenciales, entendiéndose como tales aquellos que prestan o realizan servicios imprescindibles e inaplazables.

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 por mesa será de cuatro personas en espacios interiores y de seis personas en terrazas al aire libre y deberán cerrar, como máximo, a las 23:00 horas, no pudiendo en ningún caso admitir nuevos clientes para consumir en el establecimiento a partir de las 22:00 horas.



Estas mismas limitaciones de aforo y horario son aplicables 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 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, podrá impartirse de forma presencial siempre y cuando no supere una capacidad del cincuenta por ciento respecto al máximo permitido, debiendo garantizarse en todo momento el respeto a la distancia de seguridad interpersonal.

Estas medidas serán también aplicables a las actividades formativas presenciales del ámbito de la formación para el empleo gestionadas y/o financiadas por la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad.

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 en espacios interiores y el sesenta por ciento en espacios exteriores. La práctica deportiva en grupos se limita a un máximo de seis personas.

En las competiciones oficiales de ámbito estatal y carácter no profesional y las competiciones internacionales que estén bajo la tutela organizativa de las Federaciones deportivas españolas que se desarrollen en los municipios previstos en el apartado 1.1, será de aplicación el Protocolo de actuación para la vuelta de competiciones oficiales de ámbito estatal y carácter no profesional en la temporada 2020/2021, elaborado por el Consejo Superior de Deportes.

8. Se extremará la vigilancia y control de la indicación de aislamiento para casos positivos de infección activa y la cuarentena en contactos estrechos señaladas desde los dispositivos asistenciales o de salud pública, cuando no se requiera hospitalización, de acuerdo con el punto 9 del apartado séptimo de la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad.”

SEGUNDO.- Solicita el Letrado de la Comunidad de Madrid la ratificación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales contenidas en la Orden 550, 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 disposición final Segunda de 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.

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 zonas básicas de salud ahora afectadas y que resultan destinatarios de las denominadas “*Medidas específicas preventivas a aplicar*” que se relacionan en el Dispongo Segundo.

La ausencia de identificación individual de los destinatarios de las medidas cuya ratificación se solicita, exige un cuidadoso análisis de la incidencia que las mismas tienen en sus derechos fundamentales, pues los destinatarios no determinados, que solo vienen identificados por razón de su residencia o ejercicio de actividad económica, no dejan por ello de ser titulares individuales cada uno de ellos de sus derechos fundamentales. Es esta indeterminación de destinatario la que cualifica, a mi juicio, la decisión a adoptar; y es tal circunstancia la que justifica este voto particular, por ser mi juicio diverso al parecer común de la Sala.

Aporto una doble orden de motivos.

Primero. La titularidad individual de los derechos y libertades fundamentales que resultan restringidos por las medidas aprobadas, no se debe solapar con porcentajes respecto del total de la población censada en la Comunidad de Madrid, a que aluden los informes de la autoridad sanitaria, relativizando la trascendencia de las medidas limitativas, pues resulta patente, como se expuso anteriormente que, por muy limitado cuantitativamente (volumen de población) que sea el colectivo afectado por las medidas, no por ello sus integrantes dejan de ser titulares de los mismos derechos fundamentales que aquellos no afectados por la Orden, como expuse anteriormente.

De otro lado, además de aquel colectivo, destinatario directo, la restricción de desplazamientos afecta, como destinatarios mediatos, a quienes pretendan acudir a aquellas circunscripciones geográficas y lo hace, asimismo, de forma indiscriminada e indistinta.

Segundo. Las libertades y derechos fundamentales objeto de restricción con las medidas acordadas por la Orden 550 son la libertad de circulación y desplazamiento y la libertad ideológica, religiosa y de culto, respectivamente proclamadas en los artículos 19 y 16 de la Constitución Española.

El propio Texto Fundamental, concede a la libertad de circulación y desplazamiento el carácter de derecho o libertad fundamental de protección reforzada, a través de su artículo 55 que, condiciona su suspensión a la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución, remisión que trae a colación el artículo 116 C.E y su desarrollo normativo que realiza la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, con las consideraciones que luego desarrollaré al abordar la habilitación legal que cita la Orden sometida a ratificación judicial y que concreta en los siguientes textos legales,

“El marco normativo que sirve de fundamento a las medidas que se adoptan se encuentra conformado, en primer lugar, por lo previsto en el artículo primero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública,



según el cual las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, pueden adoptar las medidas previstas en la citada Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

En virtud de lo establecido en el artículo tercero del mismo cuerpo legal, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, puede 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.

De conformidad con el artículo veintiséis.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 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 y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 54, prevé 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.

El artículo 55.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, dispone que la función de Autoridad en Salud Pública incluye la adopción, cuando proceda, de las medidas previstas en la Ley Orgánica 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, así como la adopción de cualquier otra medida necesaria en función del análisis de los determinantes del proceso salud-enfermedad en la Comunidad de Madrid.”

TERCERO.- Como se razonó en la Sentencia número 594/2020, de 28 de agosto de 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, idoneidad 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.”



Quedó, igualmente, razonado (Fundamento Jurídico Séptimo), que el órgano jurisdiccional no está llamado a revisar la oportunidad de las medidas concretamente adoptadas sino a determinar si las sometidas a nuestra autorización han sido adoptadas por órgano competente y cumplen los mencionados parámetros. Es por ello que quedan extramuros, como también se dijo entonces, las sugerencias y recomendaciones que se dirijan a la población destinataria, por carecer de carácter imperativo.

Más allá de estas cuestiones generales, me interesa incidir en cuales fueron las medidas sobre las que la Sala de Vacaciones debió pronunciarse, tras anular el auto dictado por el juez de instancia, habida cuenta que una de ellas, limitaba las salidas de los residentes en centros sociosanitarios *“en función de la situación epidemiológica de la Comunidad y de las características serológicas del centro.”*

Se concluyó, entonces, que no era precisa su autorización por no tratarse de *“una limitación general de la movilidad de los residentes, sino de una mera previsión sobre la eventual limitación de sus salidas y, por ende, de la movilidad que, con independencia de reputarse necesaria, adecuada al fin que se persigue y proporcional, no constituye per se una limitación o restricción de derecho fundamental”*, en atención a los términos condicionados en que quedó configurada.

Considero, por tanto, que el pronunciamiento que con ocasión del dictado de la Orden 550/2021, ha debido realizar la Sección Octava, difiere del que ahora se ha suscitado, pues entonces no quedó concernida la libertad ambulatoria por alguna de las medidas a ratificar. Y no solo esto, sino lo que resulta esencial y funda mi discrepancia en este momento, sus destinatarios eran determinados.

Por ello concluyo que la cuestión relativa al alcance y suficiencia de la habilitación legal proporcionada desde los textos legales que se mencionan en la introducción de la Orden 550/2021, no fueron objeto de aquel debate procesal.

CUARTO.- Las medidas restrictivas que contiene la Orden actual, son una reiteración de las contenidas en las Ordenes 1178/2020, 1226/2020 y 1322/2020, para *de facto*, confinar perimetralmente a cada uno de los titulares del derecho a la libertad deambulatoria que residen en las zonas básicas de salud que cita. Limita, sistemática y progresivamente, la libertad de desplazamiento de cada persona del colectivo de destinatarios directos que residen en las circunscripciones calificadas por la Comunidad de Madrid como zonas de alto impacto.

Su finalidad confesada es controlar que la evolución epidemiológica de la crisis sanitaria global y generalizada, presente en todo el territorio español, desemboque en una expansión desmedida de la enfermedad COVID-19. El medio empleado es el sacrificio -por razones de salud pública- del derecho de protección reforzada, insisto, a circular libremente por el territorio nacional.

Lo expuesto, intensifica la afectación de la libertad de desplazamiento y nos sitúa en el concreto escenario de una alteración grave de la normalidad debida a una crisis sanitaria global, no local, derivada de una pandemia y una realidad social dominada por la grave singularidad del contagio, persona a persona, del coronavirus



SARS-CoV-2, del que se desconoce su patrón estacional y la variada sintomatología con la que puede cursar la infección o incluso, cursar asintomática (Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19, acordado en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el día 16 de julio de 2020).

El Auto dictado, realiza un profundo y detallado análisis de las medidas que ratifica, acude a los parámetros constitucionales exigibles para la restricción de derechos fundamentales y concluye sobre su observancia para ratificar la medida de restricción de movilidad impuesta por la Orden, por entender que el conjunto normativo que aquella menciona en la parte introductoria, como fundamento de las medidas acordadas, otorgan habilitación legal y cobertura plena a la intervención administrativa.

Sin embargo, desde el respeto que me merece el criterio de los restantes Magistrados, disiento del mismo, por entender que la habilitación legal sectorial resulta inidónea, por insuficiente, para dar cobertura a la situación *de facto* de intensa afectación del derecho a la libertad de circulación y desplazamiento causada por las medidas limitativas adoptadas por la Administración autonómica.

QUINTO.- Retomando el marco legal en que, según mi criterio, deberían ampararse las medidas restrictivas a la libertad de circulación y desplazamiento que contiene el Dispongo Segundo de la Orden, habiendo afirmado que deben tener por premisa su condición de derecho fundamental de protección reforzada, por *mor* del artículo 55 C.E, transcribo su literalidad,

“1. 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.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

Dicho precepto, nos deriva al artículo 116 C.E que, abordando el derecho de excepción, remite a una ley orgánica la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio y las competencias y limitaciones correspondientes. No en vano, se ubica sistemáticamente, en el Título V, rubricado *“De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales.”*

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, materializa el desarrollo normativo y, en su artículo 1.1 perfila el supuesto de hecho del derecho de excepción, por la concurrencia de circunstancias extraordinarias que



“hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.”

No obstante, la anormalidad constitucional que integra el supuesto general, se gradúa desde otros de gravedad modulada. Así el artículo 4, en lo que ahora interesa, cuando la alteración grave de la normalidad derive de crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves (letra b), prevé que el Gobierno pueda declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional.

Y, para el caso de que *“los supuestos a que se refiere el artículo anterior”*, afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el artículo 5, a su vez, habilita a su Presidente para solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma.

En coherencia con aquella alteración grave de la normalidad derivada de los supuestos previstos en la mencionada letra b), el artículo 11 introduce que el decreto de declaración del estado de alarma o, en su caso, los sucesivos que durante su vigencia se dicten, puedan acordar medidas y, entre ellas, letra a) *“Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.”*

De este modo, siendo un hecho notorio que estamos ante una pandemia que se prolonga desde el año 2020, que se ha venido manifestando con sucesivas oleadas -los informes sanitarios aportados hablan de “cuarta ola”- así como las propias declaraciones institucionales y manifestaciones en medios de comunicación realizadas desde los poderes públicos, tanto del Estado como de la Comunidad de Madrid, la habilitación legal invocada en la actual Orden, es insuficiente como fundamento de las medidas acordadas de contenido restrictivo de la libertad ambulatoria, pues su incidencia en este derecho, además de creciente es absoluta, lo que no queda desvirtuado por el hecho de que, en determinados supuestos, se permita una circulación a la persona más allá de los límites territoriales determinados por las zonas básicas de salud.

SEXTO.- Reitero que, desde el respeto que me merece el pronunciamiento de la Sección, expondré mis razones para denegar la ratificación de las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria, desde el análisis de los textos legales citados en la Orden 550/2021.

Se invocan los artículos Primero y Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y comienzo por su análisis por ser la norma jurídica considerada relevante por la Sala y porque, enlazando con lo razonado previamente, es ley general que, en clave de jerarquía normativa, debe ceder frente a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio que, a estos efectos considero, ley especial, habida cuenta la situación real de alteración grave de la normalidad causada por esta persistente pandemia que se prolonga y recrudece en periodos temporales determinados como la experiencia pasada y actual nos viene demostrando.

El artículo primero faculta (*“podrán”*) a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas, para adoptar, dentro de sus ámbitos competenciales, las medidas que prevé el propio texto legal, fundadas en la concurrencia de razones



sanitarias de urgencia y necesidad. Por tanto, su alcance no va más allá de una previsión general.

La cita en la Orden, del artículo Tercero es lógica pues sienta un presupuesto de hecho compatible con el actual, “control de enfermedades transmisibles” y autoriza para, “además de las medidas preventivas”, adoptar las siguientes posibles,

(i) “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”, y

(ii) “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”

La redacción de la parte introductoria de la y del Dispongo Segundo, avoca a que ninguna de las que relaciona se identifiquen con la primera (i) de las mencionadas. Es de advertir que se nos solicita la autorización de unas medidas restrictivas de la libertad deambulatoria de un conjunto de destinatarios no identificados individualmente, cuando el mencionado precepto alude, contrariamente, a personas identificadas o identificables. Cabe recordar que, con las medidas acordadas, la injerencia de la Consejería de Sanidad sobre el derecho fundamental opera sobre los residentes, indistintamente considerados, de las zonas básicas de salud y municipios que relaciona, así como, de los no residentes, como dejé apuntado y más adelante explicaré.

Así las cosas, la habilitación legal se procuraría desde el segundo bloque (ii) que, sin más aproximación que la gramatical, es una cláusula amplia, general, abierta y de contenido no definido, aspectos que no podemos relativizar. Y ello porque, con carácter general, cualquier intervención de los poderes públicos sobre derechos fundamentales se legitima desde la observancia de los cánones constitucionales (principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad) y, descendiendo al caso concreto, porque se está restringiendo la libertad de circulación y desplazamiento cuya condición de derecho fundamental de protección reforzada, impone, necesariamente, una interpretación restrictiva la mencionada cláusula.

Dando un paso más. Las restricciones a la movilidad afectan, directamente, a quienes residen en las zonas básicas de salud que identifica la Orden y, de modo mediato, a otros tantos destinatarios no identificados -cada uno de ellos, no cabe olvidar, titulares individuales del derecho a la libertad deambulatoria- que pretendan acudir a tales circunscripciones geográficas, porque solo podrán hacerlo en los supuestos previstos, debidamente justificados. Con ello, aumenta y generaliza el colectivo de quienes, con las medidas acordadas, ven restringida su libertad de desplazamiento y se intensifica la intromisión de la autoridad sanitaria sobre el derecho fundamental. Y todo ello, al amparo de una cláusula que, a modo de “cajón de sastre”, ni determina supuestos, ni establece fines, que doten a la intervención pública de previsibilidad y certeza para alejarla de la improvisación y el riesgo de arbitrariedad, como es preceptivo de una disposición legal de habilitación.

En otros términos, la indefinición de la expresión legal <<las que se consideren necesarias>> impiden que el citado epígrafe (ii) del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Publica pueda dar



cobertura legal suficiente a una limitación de un derecho fundamental como la libertad deambulatoria (artículo 19 de la CE), máxime cuando sus destinatarios no están individualizados.

Otra interpretación podría llegar a vaciar *de facto* el contenido esencial del citado derecho fundamental al amparo de una norma de contenido indefinido e impreciso que, además, contrasta notablemente con la regulación por la que se rige el derecho de excepción antes expuesto, que sí delimita claramente los derechos fundamentales que pueden verse afectados, las causas que justifican su limitación, el período que dura ésta, estableciendo, por ejemplo, rigurosos requisitos para caso de prórroga del de alarma al tener que solicitarse la misma y, en su caso concederse por el Congreso de los Diputados que podrá modalizar las medidas inicialmente adoptadas, y el procedimiento de adopción de tales medidas.

Por lo demás, que la Orden omita la cita del artículo Segundo, es obvio, por no contener habilitación alguna, pues su espectro se constriñe a *“la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.”* y, por tanto, ajeno a supuestos de transmisión comunitaria, en el marco de una crisis sanitaria, provocada por una epidemia.

Remitiéndome a los datos que aporta el Plan de Respuesta inmediata acordado el 16 de julio de 2020 y restantes informes aportados por la Comunidad de Madrid, no puedo cuestionar la concurrencia de razones sanitarias de urgencia, como tampoco la necesidad de adoptar las medidas precisas para frenar los contagios, en progresión ascendente, ni que estas necesarias medidas deban conllevar limitaciones de derechos fundamentales justificadas en la protección de otros derechos y bienes constitucionales.

Cuestión distinta es que una cláusula de contenido abstracto e inconcreto, habilite a la Administración autonómica para acordar medidas limitativas de un derecho fundamental de protección reforzada del que son titulares los residentes en las zonas básicas afectados y otros tantos no susceptibles de contabilización, que aun no siendo residentes en las mismas, son sus destinatarios mediatos, pues la injerencia que suponen, y en esto me separo respetuosamente del criterio de la Sala, no está acotada sino, por el contrario, generalizada por indiferenciada, de modo que, *de facto*, la Comunidad de Madrid, amparándose en una disposición legal de habilitación imperfecta, estandariza confinamientos perimetrales o cuasi suspensiones de la libertad ambulatoria, en una espiral ascendente, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 22 de marzo de 2021, emitió, por unanimidad, el dictamen con referencia CE-D-2021-213 que ratifica lo que acabo de razonar. Por su claridad, transcribo parte del contenido relativa a este juicio crítico sobre el carácter de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril,

“La Ley Orgánica 3/1986 contiene una regulación en extremo genérica de las medidas especiales en materia de salud pública limitativas de derechos fundamentales y



libertades públicas y no efectúa remisión alguna al legislador autonómico. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que se trata de una ley aprobada hace casi cuarenta años que no contiene una regulación acabada de su núcleo orgánico, como se desprende de la lectura de sus tres primeros artículos -consta únicamente de cuatro- líneas arriba transcritos, por lo que podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes.”

Continuando con el análisis, la Introducción de la Orden 550 invoca, como fundamento de las medidas limitativas adoptadas, el artículo veintiséis.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone,

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

Más allá de las medidas preventivas que describe -ninguna de las cuales faculta restricciones de la libertad de desplazamiento- el inciso final, por tratarse de otra cláusula genérica y abierta, tampoco otorga fundamento para ello. Me remito a las razones antes expuestas que ahora doy reproducidas.

La Orden de constante referencia, alude al artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Amparado en motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, las administraciones territoriales podrán adoptar, entre otras medidas que cita el apartado 2, “d) La suspensión del ejercicio de actividades”, “suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de la esta ley” (letra f).

Sin perjuicio de otras, la objeción fundamental para ambos textos legales, deriva de su común condición de ley ordinaria. La afectación del derecho a la libre circulación y desplazamiento que comportan las medidas adoptadas, implican restricciones esenciales y directas. Es decir, van más allá de la simple modulación de su ejercicio *por mor* de circunstancias concretas. Entiendo, por ello, que de conformidad con el artículo 81 C.E, debe entrar en juego la reserva de ley orgánica.

En definitiva, decae que tales textos legales supongan una habilitación suficiente y, en la medida en que así se considera en el Auto del que, respetuosamente, disiento, me aparto del criterio mayoritario.

Para finalizar, en la medida en que el artículo 55.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid -también mencionada en la Introducción de la Orden - es trasunto de los artículos Segundo y Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril -que menciona en su letra a)- nada nuevo añade a lo razonado hasta el momento.



SÉPTIMO.- Recapitulando lo que llevo razonado hasta el momento, desde mi criterio, **la** Comunidad de Madrid está haciendo un uso reiterativo de una habilitación legal, que extrae de los textos legales analizados, que entiendo insuficiente para acordar limitaciones de movilidad generalizadas e indiscriminadas en sus destinatarios, utilizando su potestad reglamentaria.

Esta es la realidad que nos ofrece el goteo constante de órdenes que prorrogan, amplían otras o bien, modifican, hasta hacerlo difícilmente reconocible, el instrumento inicial que supuso la Orden 688/2020, de 19 de junio y del que parten las posteriores sometidas a ratificación, para afirmar la insuficiencia de las medidas de prevención y control e imponer la adopción de *“otras adicionales, en función de la evaluación epidemiológica”*, creando, prorrogando y ampliando confinamientos perimetrales que suponen, no modulaciones en su ejercicio, sino restricciones directas y esenciales del derecho a la libertad deambulatoria de un colectivo indeterminado -destinatarios inmediatos y mediatos- que ven cuasi suspendido aquel derecho fundamental del que, cada uno, es titular.

Cual sea la trascendencia de este modo de proceder, y desde el respeto al criterio mayoritario del que disiento, se traduce en que la Comunidad de Madrid ha creado una falta de certeza y de previsibilidad en los límites que impone a la libertad de desplazamiento y en su modo de aplicación que, indiscutiblemente cualifica la intensidad de su afectación. Llegamos a un resultado, de hecho y de derecho, que va más allá de una interpretación razonable y constitucionalmente compatible, de la cláusula general que contienen el inciso final de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril y restantes leyes citadas en la Orden.

Este conjunto de disposiciones legales, están llamadas a cumplir una función de garantía del derecho fundamental, ahora sacrificado por razones de salud pública. Sin embargo, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, amparándose en unas habilitaciones legales insuficientes por indeterminadas, reemplaza con su propia voluntad aquella función legal, infringiendo el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E) que, quiero resaltar por su importancia en el debate de la acomodación a parámetros constitucionales de las restricciones a derechos y libertades fundamentales, otorga certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y, con incidencia de suma importancia en el caso concreto, una expectativa fundada, tanto de los ciudadanos que residen en las zonas básicas de salud y municipios afectados como de los no residentes, sobre cuál sea la actuación de la autoridad sanitaria cuando aplica aquel bloque normativo para aislar las circunscripciones geográficas en que residen.

Se está obviando o, se trata de obviar, que el ordenamiento jurídico ofrece otros instrumentos jurídicos proporcionados a la situación de hecho que vivimos a nivel general y no local, y que se contienen en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que ofrecerían las garantías necesarias y adecuadas que la habilitación legal derivada del bloque normativo analizado, no ofrece, ni puede ofrecer. Y además con un factor adicional que, asimismo, introduce en mis anteriores votos particulares: el control reforzado que deriva del sistema de contrapesos en el equilibrio de los poderes ejecutivo y legislativo, cuya adopción resulta más correcta e idónea con arreglo a



parámetros constitucionales pues es rasgo esencial que la injerencia en los derechos fundamentales sea controlada, en su caso aprobada y delimitada por el poder legislativo.

Lo expuesto y razonado justifica, siempre desde la consideración y respeto a los restantes miembros de la Sección que han integrado y definido el parecer mayoritario, cada uno de nosotros acogidos al principio de independencia judicial, el mantenimiento del alcance y contenido de mis previos votos particulares en relación con anteriores Ordenes que la Comunidad de Madrid sometió a la ratificación a la Sala, para concluir que los textos legales que, como fundamento de las medidas acordadas cita la Orden 550, otorguen una habilitación legal idónea y suficiente.

Desde la fiscalización del principio de legalidad, considero que las medidas restrictivas o limitativas de la libertad de desplazamiento y circulación adoptadas, carecen de cobertura legal y, por tanto, su ratificación debe ser denegada.

OCTAVO.- En línea con lo sostenido en mis anteriores votos particulares y reitero en este entiendo, asimismo, concernido el derecho a la libertad de culto que garantiza el artículo 16 de la Constitución Española.

El Informe de la Dirección General de Salud Pública, de 30 de abril de 2021, refiere lo siguiente,

“Como medida excepcional para detener la progresión de la incidencia se establecen límites de aforo para las actividades de grupo que se desarrollan en lugares cerrados, en las que los participantes no mantienen la distancia de seguridad. Particularmente en la celebración del culto debido a que los fieles interactúan, cantan o llevan a cabo diversos ritos o costumbres que podrían facilitar la transmisión, por lo que se ha estimado necesario reducir el número de participantes en cada acto para facilitar el distanciamiento interpersonal como medida de contención.

La reducción del aforo a un tercio de la capacidad del templo en una medida que ha sido adoptada tanto por otras CCAA ante el incremento de la incidencia como en la Orden SND/339/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, donde se establece que se permitirá la asistencia a lugares de culto siempre que no se supere un tercio de su aforo y que se cumplan las medidas generales de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias.”

Resaltar, en primer término, que el párrafo transcrito es el mismo, sin variación alguna, ni aportación de datos adicionales al contenido en el Informe de Situación y Justificativo de la Necesidad de la Adopción de las Medidas de Control de la Transmisión en Tres Zonas Básicas De Salud de la Comunidad de Madrid (Municipios de San Sebastián de los Reyes, Humanes, Moraleja de En medio, Villa del Prado y Aldea del Fresno) de 1 de octubre de 2020, aportado con la Orden 1274/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se prorroga y modifica la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en



determinados núcleos de población en ejecución de actuaciones coordinadas en salud pública frente al COVID-19, como consecuencia de la evolución epidemiológica (BOCM, número 240, de 2 de octubre de 2020).

Es por ello que no puedo sino disentir, una vez más, utilizando el mismo razonamiento que emplee, entonces, para fundamentar mi criterio disidente del mayoritario alcanzado en la Sala.

Entiendo que esta exposición, no permite tener por cumplido el deber reforzado de motivación que incumbe a la Comunidad de Madrid. En efecto, no se trata de explicar las causas que conllevan a limitar el aforo -por todos sabidas- sino a justificar, con exposición de razones y causas, que la asistencia a lugares de culto no pueda 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, establecimiento de hostelería y restauración), se autorice alcanzar el 50 por ciento del aforo permitido, cuando es notorio el mayor reclamo de estos últimos para concitar la reunión de personas, la interacción entre ellas y, por tanto, la presencia de un mayor riesgo 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, fin último del sacrificio de este derecho fundamental.

Frente a lo anterior, resulta inocua aquella recapitulación y así lo califico porque entiendo, que la Consejería de Sanidad viene a hacer supuesto de la cuestión. Intenta que sea motivación, en clave jurídica, lo que es evidente y de dominio público, esto es, la necesidad de limitar aforos. Este proceder no es nimio pues, si bien en los supuestos de limitación de aforo de los puntos 4 y 5 del Dispongo Segundo, no se concierne libertad o derecho fundamental alguno, sí sucede en el primero de los casos, ya que la medida específica supone una injerencia en el derecho a la libertad de culto del artículo 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, como refiere en su exposición el informe mencionado. 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 la Sala, 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 autonómica.

En Madrid, a siete de mayo de dos mil veintiuno.



**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA. SRA.
D^a MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ AL AUTO DE FECHA 7 DE MAYO DE
2021, DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO SND 977 /2020**

Con pleno respeto a la posición mayoritaria de la Sala y con la mayor consideración a los Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as que la representan en este caso, 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 discrepancia con el Auto de fecha 7 de mayo de 2021, dictado en el Procedimiento Ordinario nº 977/2021; discrepancia que alcanza a los extremos a los que haré referencia, tras exponer determinados antecedentes de necesaria consideración para enmarcar las conclusiones que, finalmente, detallaré:

ANTECEDENTES

Se somete a la ratificación de esta Sala la Orden 550/2021, de 30 de abril, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica, una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

En concreto, la citada Orden se dicta, según expresa su preámbulo, para “restringir temporalmente el acceso y entrada a determinados núcleos de población, así como establecer una mayor limitación de aforos y horarios permitidos para la realización de determinadas actividades y servicios”. Y ello porque, añade, “resulta necesaria para evitar una mayor propagación de una enfermedad contagiosa, como el COVID-19, tanto en los ámbitos afectados como respecto a otras zonas con menor incidencia”. Se califican, pues, las adoptadas de “medidas preventivas” para asegurar la protección de la salud y se afirma en el mismo texto introductorio que tales medidas se han de adoptar “pese a la pérdida de vigencia del estado de alarma y de la normativa dictada para su desarrollo desde las 00:00 horas del próximo 9 de mayo”. En definitiva, entiende la Orden de la que aquí se trata que es necesario, de nuevo, adoptar idénticas medidas restrictivas de derechos fundamentales a las que han estado vigentes (aún lo están al tiempo de dictarse el Auto de la Sala) todo el tiempo en que ha regido el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre; esto es, durante los seis meses y quince días a los que, a las 00:00 horas del próximo 9 de mayo, se habrá extendido tal situación excepcional, amparada por lo previsto en los artículos 116.2 de la Constitución y Once, a) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Es cierto, como se recoge en el propio texto introductorio de la Orden, que, con anterioridad a esta última declaración del estado de alarma y su prórroga, se sometieron a ratificación de esta Sala diversas Órdenes que adoptaban medidas de orden sanitario que suponían una restricción de los derechos fundamentales mencionados; medidas que, salvo el ámbito territorial de la zona de salud y municipios afectados, eran totalmente coincidentes con las que se fueron adoptando después (éstas, sin necesidad de



ratificación judicial) con amparo en los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, y que son coincidentes con las adoptadas en la Orden 550/2021. Y es también cierto que la Sala decidió mayoritariamente ratificar aquellas medidas en Autos de fechas 24 de septiembre, y 2 y 15 de octubre de 2020.

Debo recordar, sin embargo, que respecto a aquéllas decisiones ya hice constar mi respetuosa discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala en otros tantos Votos Particulares formulados a los citados Autos. Una discrepancia en la que, con el paso del tiempo y a la vista de las circunstancias de índole jurídica acaecidas durante este periodo de seis meses y quince días, no puedo sino mantenerme y, además, reforzar con las razones que expondré más adelante.

1.- CONTENIDO DE LA ORDEN 550/2021, DE 30 DE ABRIL

Como las anteriores dictadas, antes y durante la vigencia del estado de alarma, en la Orden 550/2021, de 30 de abril (publicada en el BOCM nº 103, de 1 de mayo), se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica. Esta vez, sin embargo, ante el conocido próximo decaimiento del estado de alarma prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

La ratificación de la Orden se solicita por el Letrado de la Comunidad de Madrid de modo limitado a las “medidas restrictivas de derechos fundamentales”. Son éstas:

“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 universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Asistencia a los entrenamientos, competiciones o ligas organizadas por las federaciones deportivas madrileñas, que se acreditarán mediante



licencia deportiva o certificado federativo. Los menores de edad podrán ser acompañados por un adulto.

- l) Asistencia a centros deportivos para recibir servicios deportivos desarrollados por preparadores físicos bajo prescripción facultativa.
- m) 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 LAS DISCREPANCIAS YA EXPRESADAS EN MIS ANTERIORES VOTOS PARTICULARES

Al haber formulado ya tres extensos votos particulares respecto a sendos Autos (de 24 de septiembre, y de 2 y 15 de octubre de 2020) en los que la Sala decidió mayoritariamente ratificar medidas restrictivas de derechos fundamentales idénticas a las que ahora se vuelven a tomar en la Orden 550/2021, de 3 de abril -ahora por estar en puertas el decaimiento del estado de alarma- no puedo sino remitirme a lo allí expresado. Dado que la Administración que solicita ahora la ratificación es la misma, y que la única intervención que se ha producido en este proceso, no contradictorio, de ratificación ha sido, por disposición legal, la del Ministerio Fiscal, consideraré que las razones que expresé en aquellos tres Votos Particulares les son sobradamente conocidas y las daré aquí íntegramente por reproducidas.

No obstante, a modo de resumen y para fundamento de lo que a continuación expondré como ampliación a mis anteriores Votos Particulares, considero necesario recordar que mi respetuosa discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala esencialmente giraba, y gira aún, en torno a la existencia o no de cobertura legal suficiente, fuera de la aplicación del Derecho de excepción y de la normativa dictada bajo su amparo, para que la Consejería de Sanidad de la Administración Autonómica, -actuando en ejercicio de sus competencias en materia de sanidad (artículo 148.1.21ª de la Constitución y, en el caso de la Comunidad de Madrid, artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía), pudiera válidamente dictar una Orden que impone restricciones de derechos fundamentales como son la libertad de culto y la libre circulación, éste último de reforzada protección constitucional. La Sala, mayoritariamente, entendía que la



interpretación que hacía de la cláusula residual contenida en el artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, junto al resto de leyes, no orgánicas, estatales o autonómicas citadas para fundamento de las Órdenes sometidas allí a ratificación, podía actuar como norma de cobertura con el rango exigible para “afectar” derechos fundamentales al modo restrictivo en que lo hacían las medidas a ratificar. La posición mantenida en los Votos Particulares anteriores, es evidente al ser discrepantes, era la contraria, explicando que, en la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico sólo ofrece cobertura legal con suficiente rango normativo para restringir los derechos fundamentales a través de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Sobre los múltiples antecedentes legales que consideré, y sigo considerando, tan sólo recordaré ahora que la aplicación del principio de eficacia (artículo 103.1 de la Constitución) y que la perspectiva derivada de una crisis sanitaria plenamente desenvuelta ya -y persistente, sin precedentes- a nivel mundial, requieren la adopción e implementación de medidas sanitarias de modo coordinado a nivel estatal. Así se deriva, entiendo, del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, conforme al artículo 43.1 de la Constitución, y de lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley General de Salud Pública; una ley que, salvando las acciones que en materia de salud corresponden a las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, dice que *“hay acciones de salud pública cuya eficacia y eficiencia social se multiplican cuando se implantan o se ejercen de forma coordinada a nivel estatal”*. Especialmente, me permito añadir, cuando las acciones a implementar pasan por una restricción “en masa” (y no de pequeño volumen precisamente) del ejercicio de derechos fundamentales como los aquí afectados, obviando, para empezar, que los titulares de los mismos son todas y cada una de las personas afectadas -individualmente- y también, para seguir, que la restricción colectiva de derechos fundamentales sólo es posible mediante los mecanismos ofrecidos por el Derecho de excepción, o por una, hasta ahora inexistente, norma con suficiente rango jerárquico para ello. Una norma que resulte directamente aplicable, por la relevancia de los derechos fundamentales afectados, sin necesidad de interpretaciones extensivas, laxas, y, sobre todo, forzadas hasta el límite, y más allá, por una situación en la que, innecesariamente, se ha desembocado en el falso dilema de que la denegación de la ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales, por carecer de cobertura legal suficiente, favorece la transmisión de un virus que, está más que comprobado, resulta letal en todos los sentidos posibles del término, por lo que, en consecuencia, no quedaría más solución que ratificar. Un dilema que, además de falso, como digo, sería en todo caso evitable si, según ya se ha expuesto en diversas resoluciones judiciales y ha clamado un amplio sector de la doctrina, se introdujese en nuestro ordenamiento jurídico una norma con el rango constitucionalmente exigible y con una regulación explícita y clara para amparar, con las debidas garantías, tales medidas restrictivas en la dilatada -y, por ahora, interminable- situación de pandemia que sufrimos; evitando así que se tuviera que recurrir periódicamente a mecanismos constitucionales de excepción que, como tales y por los efectos que conllevan, estarían diseñados para un uso temporalmente limitado. Y ello, en fin, contemplando que, lamentablemente, la limitación temporal de sus efectos no es, por el momento, una característica predicable del virus SARS-Cov-2. Recuérdese que, como explica el Tribunal Constitucional en su STC 83/2016, de 18 de abril, la *“legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de*



determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar”. Entiendo, por tanto, que sería más ajustado a las previsiones constitucionales para el recurso del Derecho de excepción no tener que acudir con frecuencia y de modo prolongado al mismo y sí, por el contrario, dar cobertura suficiente a medidas limitativas de derechos fundamentales mediante una norma con rango de ley que, expresamente, amparase con las debidas garantías lo que no deja de ser una injerencia en tales derechos. Pero, como digo, tal norma, hasta la fecha, no existe aun siendo conocida, como expondré, la insuficiencia de las que, en materia sanitaria, ya existían antes de la pandemia.

Finalmente, y con una finalidad puramente informativa pues no resulta vinculante para este Tribunal, he de destacar que, junto a las resoluciones de los tribunales y a las aportaciones de la doctrina, también ha emitido su opinión, aunque dubitativa, el Consejo de Estado en el Dictamen recientemente emitido por su Comisión Permanente en sesión de fecha 22 de marzo de 2021 (publicado en BOE con referencia de Documento CE-D-2021-213). En dicho Dictamen, ante la posible interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, a propósito de la suficiencia o no de la cobertura jurídica que ofrece el artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986 para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales ha dicho lo siguiente:

“La Ley Orgánica 3/1986 contiene una regulación en extremo genérica de las medidas especiales en materia de salud pública limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas y no efectúa remisión alguna al legislador autonómico. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que se trata de una ley aprobada hace casi cuarenta años que no contiene una regulación acabada de su núcleo orgánico, como se desprende de la lectura de sus tres primeros artículos - consta únicamente de cuatro- líneas arriba transcritos, por lo que podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes”.

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

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 Disposición Final Decimotercera de 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.

El contenido del precepto es el siguiente:

“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”.

Debo reiterar también lo razonado en los Votos Particulares que preceden al que aquí formulo e insistir de nuevo en que la referencia que hace este precepto 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 mera colectividad a la que se traspasara en bloque, por así decirlo, la titularidad del derecho fundamental a la libre circulación por el territorio nacional que se ha limitado en la Orden ratificada. Los titulares de derechos fundamentales son cada uno de los miles de ciudadanos afectados por las restricciones que la Sala por mayoría ha ratificado; y en garante de cada uno de ellos, individualizadamente, debíamos constituirnos en este proceso especial.

Añadiré, tan sólo que no carece precisamente de relevancia el hecho de que, recientemente, por Providencia de fecha 16 de febrero de 2021 el Tribunal Constitucional haya admitido a trámite la Cuestión de Inconstitucionalidad nº 6283/2020, planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón por Auto de fecha 3 de diciembre de 2020 (PO 332/2020) en el que se suscitaba la duda sobre el ajuste del artículo 10.8 que se ha reproducido, a lo dispuesto en los artículos 103, 106 y 117.3 de la Constitución “*al conferir a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una función pre-jurisdiccional, consultiva vinculante, como apéndice judicial de un procedimiento administrativo de elaboración de una disposición administrativa, cuando ésta tiene por objeto la adopción de medida en materia sanitaria que potencialmente impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, y se dirijan a una pluralidad indeterminada de ciudadanos.* Y ello explicando la misma Sala en la Providencia de 4 de noviembre de 2020, en la que sometió a la consideración de las partes la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad aduciendo, entre otras cosas, que “*El artículo 10.8 de la LJCA propone en estos casos una solución de “cogobierno” –o veto devolutivo, evocando esa pseudo-jurisdiccional de los Parlamentos del Antiguo Régimen- que excede de las funciones propias de la jurisdicción, conforme a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la C.e., y la hace partícipe en un proceso de toma de decisiones que sólo compete, por principio, a la Administración, tal y como se desprende del artículo 106.1 de la C.e.*”

Recuérdese que, por aplicación del artículo Treinta y siete de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, el Tribunal Constitucional podrá “rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada”. Lo que, *sensu contrario*, implica que la cuestión suscitada por la Sala aragonesa tiene fundamento para su consideración y decisión por el Tribunal Constitucional.

4.- RAZONAMIENTOS COMPLEMENTARIOS A MIS ANTERIORES VOTOS PARTICULARES

Además de la ya mencionada admisión por el Tribunal Constitucional de la citada Cuestión de Inconstitucionalidad, que recoge las dudas de esta naturaleza de uno de los órganos jurisdiccionales llamados por nuestra ley procesal a decidir sobre



medidas limitativas “en masa” de derechos fundamentales, a lo largo de estos últimos siete meses se han revelado otras consideraciones jurídicas que me llevan a reafirmarme en la discrepancia que ya razoné, y tengo por reproducida, en mis anteriores Votos Particulares. Paso a explicarlas.

A.- Los anteriores Autos de esta Sección Octava ratificaron las medidas de restricción del derecho fundamental a la libre circulación (artículo 19 de la Constitución) en municipios y zonas básicas de salud sobre la base de la suficiencia de cobertura legal que ofrecía, en particular, de la cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de salud pública. Dicho precepto dice así:

“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”.
(Énfasis añadido)

Dichas decisiones fueron fruto de la extensiva y laxa interpretación que hizo mayoritariamente la Sala de un precepto legal que, como se comprueba, en modo alguno, se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de que la autoridad sanitaria pueda restringir, menos aún suspender, derechos fundamentales como los concernidos en este caso. Especialmente porque en su primera parte lo que autoriza el precepto es, con el fin de controlar enfermedades transmisibles, la adopción de “*medidas oportunas*” para el control “*de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos*”. Una “presunción de enfermedad” o “de contacto” que se traslada en la Orden 550/2020, como en las anteriores sobre las mismas medidas, a todos los vecinos de unos concretos municipios o unas determinadas zonas de salud. Es ajustado a Derecho, pues, y hasta lógico, que se puedan establecer medidas de control, incluso de movilidad, si resulta proporcional, de quienes estén (en presente) enfermos y de quienes estén (en presente) o hayan estado (en pasado, con la extensión fijada en los protocolos médicos correspondientes) en contacto con dichos enfermos.

Sin embargo, lo que, en mi interpretación, no cabe en absoluto es entender que, por la aplicación de un precepto que no lo prevé así, que se pueda restringir, en masa y de modo indiscriminado, además de sin las garantías constitucionales correspondientes, el derecho a la libre circulación de ciudadanos que ni están enfermos, ni han estado en contacto con otros que sí lo estén o lo hayan estado. Sistemáticamente, pues, no considero posible interpretar que la cláusula residual utilizada por la Sala (“las que se consideren necesarias”) alcance a la medida de restricción de la libertad ambulatoria de ciudadanos cuya movilidad, por no estar enfermos, ni siquiera crea, en palabras del propio precepto, “*un riesgo de carácter transmisible*”.

Junto a lo anterior, entiendo que la suficiencia que la Sala declara sobre la cobertura que ofrecería tal cláusula residual no sólo choca con la interpretación literal, lógica y sistemática que he expuesto sino también con las propias garantías de la Constitución y del bloque de constitucionalidad frente a la posible restricción de derechos fundamentales como la libre circulación, además de con otras normas que, desde la primera declaración del estado de alarma, por Real Decreto 463/2020, se



pronunciaron sobre la legislación sanitaria existente (entre la que se encontraba ya, es evidente, la Ley Orgánica 3/1986) y su declarada insuficiencia para hacer frente a las restricciones de la libertad ambulatoria que se consideraban necesarias para contener la transmisión del COVID-19.

Para explicar esta afirmación habrá de recordarse en este punto que la primera declaración del estado de alarma, una vez que se consideró desenvuelta la pandemia en España, se llevó a cabo por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, asumiendo en su exposición de motivos que las medidas temporales de carácter extraordinario que se habrían adoptado ya para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos *“deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico”*. Se dijo también en dicha exposición de motivos que *“[P]ara hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma”*. Y así se hizo, imponiendo en su artículo 7 la *“limitación de la libertad de circulación de las personas”* por las vías o espacios de uso público con las excepciones que allí se previeron y que, examinadas desde la distancia y el tiempo ya transcurrido, permiten afirmar que son sustancialmente coincidentes con las que se siguen adoptando, por ejemplo, en la Orden 550/2021, cuya ratificación ha acordado la Sala por mayoría. Literalmente, se produjo con dicho estado de alarma una *“limitación”*, que no suspensión, del derecho fundamental en cuestión. Y ya estaba en vigor la Ley 3/1986.

Al decaer dicho estado de alarma y sus prórrogas, se promulgó el 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 el COVID-19; una norma legal derogada recientemente por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. No obstante lo anterior, conviene recordar que, para explicar su presupuesto habilitante, en el citado Real Decreto-Ley se vinculó su urgencia con la necesidad de hacer frente a los *“posibles riesgos que pudieran derivarse de la pérdida de vigencia automática de dichas medidas”* de contención, *“incluidas las limitativas de la libertad de circulación”*, adoptando entonces medidas preventivas que afianzasen comportamientos de prevención en el conjunto de la población. Y así se incluyeron las previstas en el artículo 5 relativas a *“Planes y Estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias”*; un precepto sobre el que volveré a continuación tras reproducir lo que, de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, vigente hasta abril de 2021, considero imprescindible destacar con carácter previo:

“Adicionalmente, la amplitud y gravedad de esta crisis sanitaria han puesto de manifiesto determinadas carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria, al margen de la declaración del estado de alarma, para hacer frente a crisis sanitarias de esta o similar naturaleza. Por ello se considera también necesario acometer una serie de modificaciones puntuales de la legislación sanitaria de modo que se garantice a futuro la articulación de una respuesta eficaz y coordinada de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis”. (Énfasis añadidos)

Por tanto, la insuficiencia (más bien *“carencias”*) de la legislación sanitaria vigente se deriva no sólo de la necesidad declarada en el Real Decreto 463/2020, de 14



de marzo, de hacer entrar, para limitar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos, al Derecho de excepción mediante la primera declaración del estado de alarma y de sus prórrogas, sino más aún, de la necesidad urgente -presupuesto habilitante del Decreto-Ley (artículo 86.1 CE)- derivada del decaimiento del estado de alarma, de modificar un régimen jurídico vigente, y deficitario, en materia sanitaria para, acudiendo a lo previsto por el artículo 65 de la Ley 16/2003 -modificado, a su vez, por el Real Decreto-Ley 21/2020-, establecer planes y estrategias mediante “*actuaciones coordinadas*” en salud pública “*atendiendo a los distintos niveles de riesgo de exposición y de transmisión comunitaria de la enfermedad COVID.19*”.

Fue con tales antecedentes y con el citado amparo legal del Real Decreto-Ley 21/2020 como se llegó al Acuerdo del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de la misma fecha indicada, sobre Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública. Pleno que acordó, recuérdese, como actuaciones coordinadas, entre otras, las de restricción, con las excepciones de siempre, y de ahora también, de los desplazamientos para entrada y salida de municipios y comunidades autónomas que superasen el nivel de incidencia previsto en su artículo 1, obligando al tiempo a las comunidades autónomas a adoptar, al menos, tales medidas. De nuevo, se decidió la limitación de la libre circulación de los ciudadanos, esta vez por vía del Acuerdo del Pleno del Consejo Interterritorial de Salud con la cobertura del modificado artículo 65 de la Ley 16/2003 al que se remitía el artículo 5 del Real Decreto 21/2020, de 9 de junio, para imponer medidas de contención, limitación de libre circulación, tras el estado de alarma y por las manifiestas “*carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria*”. La conclusión a la que conduce lo anterior es que, de haber entendido que ofrecía suficiente cobertura, y no carencias, la cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, tampoco en aquellos meses pasados se habría considerado imperativo declarar el estado de alarma, menos aún intentar acudir a las actuaciones coordinadas obligatorias para las comunidades autónomas en orden a la restricción del derecho a la libre circulación de los ciudadanos, intentando crear un paraguas normativo con la modificación del artículo 65 de la Ley 16/2003 y para hacer uso del mismo a la hora de imponer medidas limitativas de la libre circulación.

Pero, es más. Aprobada y ya en vigor la modificación legislativa de la Ley Jurisdiccional introduciendo por la Ley 3/2020 el artículo 10.8 del que ya he tratado también, conforme al Acuerdo de 30 de septiembre de 2020, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid dictó la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, que adoptaba las medidas impuestas de limitación del derecho a la libre circulación en los términos acordados por el Pleno del Consejo Interterritorial de Salud, y puestos en su conocimiento por la Orden comunicada del Ministerio de Sanidad, también de 30 de septiembre de 2020, bajo el amparo del modificado artículo 65 de la Ley 16/2003, al que se decidió -una vez más lo he de recordar- en el artículo 5 del Real Decreto 21/2020 que debía acudirse por las carencias que presentaba la legislación sanitaria vigente para, tras decaer el estado de alarma, poder adoptar medidas de contención de la población en evitación de los riesgos de contagio del virus.

B.- Como es sabido, ante dicha solicitud de ratificación en el PO 1224/2020, esta Sala y Sección dictó Auto en fecha 8 de octubre de 2020, decidiendo denegarla por las razones que allí expresamos y que ahora tendré por reproducidas, destacando, no obstante, la conclusión a la que esta Sala llegó acerca de que la declarada finalidad de la reforma



legal del artículo 65 de la Ley 16/2003 para garantizar la adecuada coordinación entre autoridades sanitarias y reforzar el conjunto del sistema nacional de salud ante crisis sanitarias, no alcanzaba a la autorización de *“medidas limitativas de la libertad de circulación, como muestra el hecho de que asocie de forma reiterada las mismas a la declaración de estado de alarma”*. Es decir, que en el Auto de 8 de octubre de 2020 decidimos denegar la ratificación de las medidas así adoptadas porque la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en concreto su artículo 65, no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Habiendo firmado aquel Auto no puedo, por ello, dejar de resaltar que del mismo modo que la Sala explicó en él la conclusión que acabo de reproducir, tras exponer detalladamente la intención declarada en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 21/2020, también dijo lo siguiente:

“Resulta llamativo que ante el escenario sanitario descrito no se abordara una reforma de nuestro marco normativo más acorde con las confesadas necesidades de combatir eficazmente la pandemia del Covid-19 y afrontar la grave crisis sanitaria que padece el país, pese al consenso doctrinal existente acerca de que la regulación actual de los instrumentos normativos que permiten la limitación de derechos fundamentales, con el objeto de proteger la integridad física (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE), íntimamente conectados entre sí, resulta ciertamente deficiente y necesitada de clarificación”.

Ciertamente, la Sala no dijo expresamente nada en ese Auto sobre la suficiencia o no de la cobertura legal ofrecida por la cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, pero sí partió de la idea -porque reprodujo la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 21/2020 ya examinado-, de que existían carencias. Y es también por ello por lo que, junto con los antecedentes jurídicos ya expuestos, me sigue resultando imposible convenir con el criterio mayoritario de la Sala que decide ahora, otra vez, ratificar las medidas acordadas en la Orden 550/2020, de 30 de abril, tan sólo al amparo de una cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986; cláusula que en su tenor [*“... las (medidas) que se consideren necesarias...”*] es imprecisa y deficiente, contraria a la seguridad jurídica y a la necesaria certeza del derecho.

Con el respeto que siempre muestro a mis compañeros/as de Sección cuyo criterio no comparto en esta ocasión, entiendo que el suyo, expresado en el Auto al que formulo este Voto Particular, resulta no sólo contradictorio con el razonamiento que he reproducido sino también contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional que, con detalle, también quedó recogida en el repetido Auto de 8 de octubre de 2020 y que ahora he de recordar.

Declara el Tribunal Constitucional en su STC 169/2001, de 16 de julio, con una doctrina reiterada en la STC 76/2019, de 22 de mayo, que la seguridad jurídica se caracteriza *“como una suma de legalidad y certeza del Derecho”*. Por tanto, la injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales requiere una autorización o habilitación en norma con rango de Ley, debiendo la norma habilitadora reunir las condiciones mínimas requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho que ya he mencionado anteriormente, y debiendo, además, ser



previsible en cuanto a la afectación que produzca en el derecho fundamental. El canon de previsibilidad que identifica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que recoge la ya citada STC 169/2001, de 16 de julio, determina que

“(…) una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad” (STC 169/2001, de 16 de julio)”.

Aplicando, entonces, tal doctrina para determinar la existencia, o no, de cobertura legal suficiente para imponer bajo su amparo las medidas acordadas en la Orden 550/2021, restrictivas de derechos fundamentales, en mi opinión, debió concluirse que no existía tal y, por tanto, denegarse la ratificación solicitada. Y ello, en fin, porque la cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986 dista mucho de cumplir con dicho canon, tampoco con las exigencias de la seguridad jurídica, certeza del derecho y demás derivadas de las garantías constitucionales para el libre ejercicio, sin injerencias no justificadas, de los derechos fundamentales por los ciudadanos.

C.- Finalmente, en el examen del devenir administrativo sobre la imposición de medidas restrictivas, el final del camino es conocido pues por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, fue declarado de nuevo el estado de alarma hasta las 00:00 horas del día 9 de noviembre, siendo prorrogado por seis meses más, hasta las 00:00 de este próximo día 9 de mayo, por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

En el Real Decreto 926/2020 se justificó la decisión adoptada en la necesidad de *“intensificar (...) medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno”*; y, pese a que, entre ellas, se incluían (artículo 6) las de limitación de entrada y salida de Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto, con las excepciones que nos son sobradamente conocidas por reiteradas en todas las medidas adoptadas desde el primer estado de alarma, también previó como de necesaria inclusión en tal estado excepcional, lo siguiente:

“2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, la autoridad competente delegada que corresponda podrá, adicionalmente, limitar la entrada y salida de personas en ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, con las excepciones previstas en el apartado anterior”.

La previsión así contenida en el citado Real Decreto 926/2020, de declaración de estado de alarma, habilitando, bajo el paraguas garantista del Derecho de excepción, a la autoridad sanitaria delegada para adoptar medidas de limitación de la libre circulación *“en ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma”* -es decir, las mismas que ahora, para cuando decaiga el estado de alarma, se han sometido a ratificación de esta Sala- tal previsión, digo, no deja de ser sorprendente por las dos posibles conclusiones opuestas a las que conduce: una, que para restringir la libre circulación de los ciudadanos en estos ámbitos inferiores al territorial de la Comunidad Autónoma (los de municipios o, incluso, zonas básicas de salud, como es



aquí el caso) era imperativo declarar el estado de alarma porque la normativa sanitaria vigente no ofrecía la cobertura legal suficiente para adoptar tales medidas limitativas de derechos fundamentales; dos, que, por el contrario, la medida limitativa de la libre circulación de los ciudadanos en el ámbito territorial inferior a la Comunidad Autónoma podía adoptarse sin necesidad de la activación del estado de alarma con esta concreta finalidad y con lo que de injerencia en los derechos fundamentales conlleva. Personalmente, con base en los razonamientos hasta aquí expuestos, he de inclinarme por la primera explicación pues, además, la opción por la contraria nos conduciría a la paradoja jurídica en que la limitación del derecho fundamental a la libre circulación pueda realizarse, de modo indiferente, tanto con amparo en un Real Decreto de declaración del estado de alarma como con amparo en la cláusula imprecisa, residual y falta de certeza jurídica que, según la posición mayoritaria de la Sala, ofrece el artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986. Y todo ello considerando por último y no por ello con menor relevancia que lo ya expuesto, que los contrapesos constitucionalmente previstos para el control de tales decisiones en uno y otro caso, y de sus efectos, no son en absoluto equiparables ya que, en el primer caso, dicho control se ejerce por el Poder Legislativo, y en el segundo, por el Poder Judicial.

5.- SOBRE LA VULNERACIÓN 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, sí entiendo afectado por la Orden 550/2021, 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, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, del que respetuosamente vuelvo a discrepar en este punto, entiendo que la Orden 550/2020 afecta de manera no proporcional e inmotivada, al derecho fundamental mencionado. Lo hace cuando en el 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”. (Énfasis añadido)

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, no considero



razonada, razonable ni proporcional, la justificación ofrecida, no en la Orden en cuestión, sino en el informe que reproduce el Letrado de la Comunidad de Madrid en su escrito de solicitud; informe en el que se lee que la restricción de este derecho fundamental se acuerda porque los “*fieles interactúan, cantan o llevan a cabo diversos ritos o costumbres que podrían facilitar la trasmisión*”, como si, por ejemplo, en un bar, en el que el aforo puede completarse hasta el 50%, no se llevase a cabo de ordinario igual o superior grado interacción entre los clientes (quienes, por poner un ejemplo trivial y notorio, comparten el mismo plato de una tapa servida en común para todos los reunidos en una misma mesa). No entiendo, por tanto, justificada la medida limitativa del aforo, a un 33,3%, de los lugares de culto cuando para la asistencia a otras actividades que no implican propiamente el ejercicio de un derecho fundamental se ha establecido un máximo del 50% del aforo permitido para el local o establecimiento. Y todo ello, sin que la justificación ofrecida acerca de que la misma medida se habría adoptado, con el mismo porcentaje de aforo del 33,3%, en otras Comunidades Autónomas, sea razón suficiente para ratificar tal restricción tal como se ha hecho.

A mayor abundamiento, prescindiendo, incluso, de la anterior consideración lo cierto es que tal medida limitativa del derecho a la libertad de culto carece de justificación alguna cuando, vigente ya el estado de alarma, al día siguiente de su declaración se dictó el Decreto 29/2020, de 26 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, acordando en su artículo 4 la posibilidad de asistencia a los lugares de culto en un 50% de su aforo. Una decisión luego mantenida durante el estado de alarma, entre otros, por Decretos de la Presidencia 3/2021, de 15 de enero; 4/2021, de 22 de enero; 5/2021, de 5 de febrero; 7/2021, de 12 de febrero; 9/2021, de 26 de febrero; 22/2021, de 12 de marzo, 27/2021, de 9 de abril y 32/2021, de 23 de abril.

Entiendo, pues, que la regla común establecida por la Orden 550/2021, de 30 de abril, para lugares públicos cerrados es que pueden llenarse hasta el 50% de su aforo, 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 siete de mayo de dos mil veintiuno.

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.

