

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA**

**Pieza de Medidas Cautelares [PMC] nº: 4 /000188/2021-
N.I.G: 46250-33-3-2021-0001397**

Ponente: D. MANUEL BAEZA DÍAZ-PORTALES

Demandante/Recurrente: JOSÉ MARÍA LLANOS PITARCH y MINISTERIO FISCAL

Procurador/Ltrado: MARIA TERESA DE ELENA SILLA /

Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE SANIDAD UNIVERSAL Y SALUD PÚBLICA

Procurador/Ltrado: ABOGADO DE LA GENERALITAT

A U T O N° 209/2021

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Magistrados:

D. MIGUEL ANGEL OLARTE MADERO

D. MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

D. ANTONIO LÓPEZ TOMÁS

En VALENCIA, a cuatro de junio de dos mil veintiuno

Dada cuenta; lo precedente únase, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en este Tribunal con fecha 31.5.2021 se interpuso recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución de fecha 19.5.2021 dictada por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana, por la que se adoptan en el ámbito de esta Comunidad Autónoma determinadas medidas para hacer frente a la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana el 22.5.2021 como consecuencia del auto 195/2021 dictado por esta Sala.

Las medidas que incluye tal resolución de la Consellera, dicho sea ahora en síntesis, son las relativas a (i) la limitación, con todo un elenco de excepciones, en la circulación de personas entre las 01.00 horas y las 6.00 horas; (ii) la limitación, también con un buen número de excepciones, de las agrupaciones o reuniones de carácter familiar y/o social a un número máximo de 10 personas, tanto en espacios públicos como privados; y (iii) la limitación al 75% del aforo en lugares de culto.

De tales medidas únicamente se impugnan las dos primeras.

Junto al escrito de interposición del recurso, se solicitó la medida cautelarísima consistente en la suspensión inmediata adoptada inaudita parte de tales dos primeras medidas.

SEGUNDO.- Por auto dictado el mismo día de la presentación del recurso y solicitud de medida cautelarísima se desestimó la tramitación de la medida como cautelarísima, dando curso al incidente por los trámites de los arts. 131 y ss. LJCA, si bien concediendo el plazo perentorio de hasta el día 3.6.2021 a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que a su derecho conviniera.

Ambas partes (Ministerio Fiscal y Administración demandada) evacuaron el trámite oponiéndose a la medida cautelar y solicitando la desestimación de la misma.

TERCERO.- En la deliberación y votación de este incidente, el ponente del asunto, Ilmo Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos, manifestó disentir de la mayoría, anunciando la formulación de voto particular. Ante ello, se procedió a designar como nuevo ponente del asunto al Ilmo. Sr. D. Manuel José Baeza Díaz-Portales, que es el que expresa el parecer de la mayoría.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2021, su relación con nuestro auto 195/2021 y su eventual incidencia en la decisión a adoptar en la presente pieza de medidas cautelares.

El Tribunal Supremo -en el día de ayer- dictó la precitada sentencia, de la que -a los efectos que aquí interesan- extraemos las siguientes conclusiones:

- La restricción o limitación de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 sin necesidad del estado de alarma no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma (FD 6 y, en especial a modo conclusivo, el párrafo primero del FD 7).
- El artículo 3 de la LO 3/1986 puede utilizarse como fundamento normativo de medidas tan severas e intensas como el “toque de queda” o el máximo de personas en reuniones familiares y sociales siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate, pero sin que basten meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución (penúltimo párrafo del FD 7).
- Se rechaza el motivo del Ministerio Fiscal consistente en que las medidas sanitarias ratificadas en el auto impugnado (“toque de queda” y máximo de personas en reuniones familiares y sociales) sólo podían tomarse al amparo del estado de alarma (primer inciso del párrafo primero del FD 8).
- No obstante todo lo anterior, en el caso concreto no ha quedado acreditada la superación del juicio de proporcionalidad de tales medidas porque ni el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ni la Sala de instancia han justificado que dichas medidas resultasen indispensables, sino que se apoyan sólo en consideraciones de prudencia.

Lo anterior quiere decir, en nuestra modesta interpretación, que el Tribunal Supremo considera que medidas como las que aquí se trata pueden estar amparadas por el art. 3 de la

LO 3/1986, siempre que -eso sí- exista suficiente justificación sustantiva para su adopción de modo que puedan ser juzgadas como proporcionales; siendo que precisamente -y esto nos importa muy mucho- si el Tribunal Supremo entiende que no pueden ratificarse en el caso tales medidas es precisamente porque no ha quedado acreditado el juicio de proporcionalidad y no lo ha sido porque no existe justificación suficiente del mismo ni en la resolución administrativa ni en la judicial (las cuales, dice el TS, se apoyan sólo en consideraciones de prudencia).

Dicho en otras palabras, la razón del signo de la Sentencia del Tribunal Supremo es que no existe suficiente motivación en las resoluciones administrativa y judicial de la proporcionalidad de la medida.

Pues bien, no creemos que esta circunstancia se encuentre presente en nuestro auto 195/2021 (ni en la resolución administrativa e informes -de diverso tipo- adjuntados al escrito por el que se nos solicitó autorización de las medidas del “toque de queda” y máximo de personas en reuniones familiares y sociales).

Así, en la resolución administrativa de referencia: (i) se aportan datos concretos sobre la evolución de la pandemia, niveles de alerta en determinados departamentos y proyección de los mismos a las poblaciones mayores; (ii) patrones temporales de valoración de la incidencia que la situación puede tener en la evolución de la pandemia; (iii) previsible impacto del hecho de haber decaído el cierre perimetral de la Comunidad Valenciana y necesidad de un mínimo tiempo para su valoración; (iv) evidencias de los efectos muy positivos de este tipo de medidas; (v) estado del proceso de vacunación en la Comunidad Valenciana; (vi) concretos avances en el proceso de desescalada -reducción de la duración del “toque de queda” y conexión con la mayor apertura de la actividad económica nocturna-; (vii) concreción de los indicios de cambio de tendencia; (viii) señalamiento de que las actividades que se producen en la franja horaria del “toque de queda” tienen un peso importante en la transmisión del virus aumentando de manera estadísticamente significativa la probabilidad de contagio y multiplicando el efecto exposición comparado con otras actividades de la vida cotidiana en comunidad.

Además de ello, junto a la solicitud de autorización de las medidas se acompañaron informes epidemiológicos que soportaban las consideraciones de la resolución administrativa. También se aportó un Informe del Inspector Jefe, Jefe Adjunto de la Unidad de la Policía Nacional adscrita a la Comunitat Valenciana explicativo de la eficacia a estos efectos del denominado “toque de queda” y el por qué, si bien existen otros medios para intentar minimizar los efectos del ocio nocturno no reglado (principalmente referido a los denominados “botellones”), los mismos distan notablemente de tener la misma eficacia que aquél.

Por otra parte, nuestro auto 195/2021 contiene una motivación *in extenso* del juicio constitucional de proporcionalidad de estas medidas (FD 6), en el que -por cierto- ni se cita el principio de prudencia. En tal pasaje de nuestro auto expresamos con consideraciones concretas el por qué entendemos que queda superado el juicio de proporcionalidad en sus tres vertientes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, después de reproducir la justificación que se contiene en la resolución administrativa, nos pronunciamos en los siguientes términos:

«6.2De acuerdo siempre con la doctrina del TC (véase, por todas, la STC 14/2003, además de la propia STC 173/2011), recordamos que el juicio de proporcionalidad encierra tres aspectos, a saber: (i) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad–, (ii) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia –juicio de necesidad– y (iii) si 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, el examen de la justificación y circunstancias transcritas en el anterior apartado revelan el cumplimiento de tales requisitos. Veamos.

6.2.1Según resulta de las explicaciones plasmadas en la resolución y de los informes técnicos aportados (damos aquí por reproducidos los datos estadísticos y restantes actuaciones e informaciones en que los mismos se basan), las causas más importantes del incremento exponencial comprobado en transmisión del coronavirus SARS-CoV2 atañen al marco de las relaciones sociales y el ocio nocturno no reglado. Las dos primeras medidas que ahora examinamos (limitación de las agrupaciones o reuniones de carácter familiar y/o social a un número máximo de 10 personas y limitación en la circulación de personas entre las 01.00 horas y las 6.00 horas) precisamente, en cuanto inciden en esos ámbitos de riesgo actuando prescripciones específicas para los mismos (en un caso se acota numéricamente las agrupaciones y reuniones sociales, y en el otro se inhabilita el horario y lugares en que con más frecuencia se produce el ocio nocturno no reglado), es claro que presentan aptitud para minimizar esos focos de contagio y -por ende- sus efectos. Esto es, se trata de medidas susceptibles de conseguir el objetivo propuesto, con lo que queda cumplimentado el juicio de idoneidad. Por su parte, y si bien en un ámbito completamente diferente, no cabe duda que reducir la concentración de personas -en el caso, en los lugares de culto- minimiza el riesgo de contagio. Y es que, en definitiva, las medidas que se han mostrado más eficaces son las de distanciamiento social y restricción de la movilidad.

6.2.2También consideramos que las de referencia son medidas necesarias en el sentido de no conocerse otras medidas más moderadas para la consecución del propósito con igual eficacia. La experiencia práctica que ahora tenemos y se pone de manifiesto en las justificaciones de referencia es que medidas más laxas que las que aquí se trata no han funcionado correctamente en relación al objetivo evidente que se persigue. Entendemos también, por tanto, que las medidas son indispensables si se quiere obtener el objetivo de reducir o -al menos- minimizar el incremento de la transmisión del virus (juicio de necesidad).

En particular, y en lo que hace a la medida de limitación de la circulación nocturna entre las 01,00 y las 06,00 horas, queremos remarcar que la superación del canon constitucional del juicio de necesidad lo que requiere es que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia. Obvio es decir que para intentar impedir la actividad de ocio nocturno conocida como “botellón” existen otras medidas distintas de la limitación de la circulación nocturna, pero también nos parece claro que la eficacia es mucho menor que la del denominado “toque de queda”, como fácilmente hemos podido apreciar en la comparativa de lo sucedido en anteriores días entre los lugares en los que existía limitación de la circulación nocturna y aquellos otros en los que no se daba tal limitación. Es lo que se explica en el Informe del Inspector Jefe, Jefe Adjunto de la Unidad de la Policía Nacional adscrita a la Comunitat Valenciana, el que, con base en los datos y explicaciones que contiene tal informe, viene a concluir que “(p)or tanto, lo que es posible afirmar desde el punto de vista policial, en cuanto al control y supervisión de las medidas restrictivas que se han venido aplicando, es que la ya citada de restricción nocturna ha sido una de las más eficaces, y su anulación podría contribuir notablemente a una pérdida de control en cuanto a la multiplicación de contactos sociales ...”. Es también evidente señalar que los “botellones”, más o menos masivos (según su localización geográfica), son susceptibles de producirse en cualquier parte del territorio de la Comunidad.

6.2.3Finalmente, también consideramos que las medidas son proporcionadas en sentido jurídico estricto. Así, además del resto de razones que en relación con este requisito ofrece el acto administrativo (y que aquí, nuevamente, damos por reproducidas), es de observar en relación con la limitación horaria de la circulación de personas (que, quizás, es la medida de mayor intensidad de las que analizamos) que no sólo ofrece las ventajas para el interés general que hemos visto en el apartado 6.2.1, sino que, por la franja horaria que involucra -apenas 5 horas, entre las 01.00

horas a las 6,00 horas- y las muy importantes excepciones que incluye, minimiza su afectación a la actividad económica. Por eso, apreciamos que estas medidas tratan de conjugar o encajar de la mejor manera posible las dos “piezas” más importantes (salud y economía -por este orden-) de este insólito puzle que representa la actual pandemia. Es más, la extensión del inicio de la limitación horaria de movilidad (en la última versión autorizada estaba en las 00,00 horas y ahora va a pasar a las 01,00) va a permitir también la ampliación horaria del cierre de otros establecimientos, singularmente la hostelería y restauración (actualmente a las 23,30 horas y que previsiblemente se ampliará hasta las 00,30 horas).

Y es que de lo que se trata es de evitar una situación fáctica disruptiva que pueda “dar al traste” con la situación epidemiológica que tiene actualmente nuestra Comunidad. Las medidas que se nos proponen van orientadas a una transición más inteligente, procurando una desescalada progresiva y enfocada al corto plazo (si es que los parámetros determinantes de la evolución de la pandemia -y, singularmente, el ritmo del proceso de vacunación- así lo permiten). En este punto apuntamos que, transcurridas las dos semanas previas que autorizamos en nuestro auto 173/2021, las nuevas medidas propuestas siguen avanzando en el proceso de desescalada, sobre todo en lo que hace a la reducción del horario de limitación de la circulación nocturna (más bien cabría decir ya “de madrugada”) y la previsible ampliación del horario de cierre de otros establecimientos, como los de hostelería y restauración.

Además de lo anterior, también apuntamos el dato de que el período temporal al que se contraen las medidas cuya autorización se nos insta viene acotado a dos semanas.

Por ello, conceptuamos estas medidas como equilibradas, por derivarse de ellas más beneficios para el interés general -contención de la pandemia- que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.».

Es por todo lo anterior por lo que concluimos, no sólo que no apreciamos que nuestro precitado auto esté en contradicción con la doctrina que resulta de la STS 788/2021, sino que -por ende- la misma tampoco puede entenderse que incida positivamente en la pretensión contenida en la solicitud de medida cautelar que ahora resolvemos.

SEGUNDO.- Criterios legales a valorar para la adopción -o no- de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa.

La adecuada resolución que hemos de adoptar en el presente incidente cautelar hace conveniente, en segundo término, efectuar una referencia a la regulación legal de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares, así como unos sintéticos apuntes sobre los presupuestos, requisitos y criterios a considerar que resultan de tal regulación legal.

Así, el apartado 1 del art. 130 LJCA señala que “(p)revia valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso”, añadiendo su apartado 2 que “(l)a medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

De tales disposiciones normativas obtenemos ya una primera conclusión, a saber: sólo cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad al recurso puede acordarse una medida cautelar. Es el clásico requisito denominado “periculum in mora” y que, de acuerdo con nuestra doctrina jurisprudencial, viene a traducirse en la necesidad de que, al menos indiciariamente, se constate que la ejecución del acto administrativo objeto de

impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida. De este requisito, y por lo que ahora interesa, solo vamos a añadir que, como enseña nuestro Alto Tribunal, a la hora de valorar la pérdida de la finalidad del recurso debemos referirnos a la finalidad específica o propia de tal recurso, a lo concretamente solicitado en el mismo y no a ningún otro tipo de compensación o equivalente (normalmente económico); esto es, ha de estarse en dicho juicio apreciativo a la satisfacción “in natura” de la pretensión deducida en el recurso. Si efectuando una operación de hipótesis resultase que, caso de no adoptarse la medida cautelar, una eventual estimación del recurso no hiciere factible tal satisfacción “in natura”, ciertamente habría de mantenerse la ineficacia del proceso para su fin propio, con lo que concurriría el requisito de que aquí se trata.

Ahora bien, la concurrencia del “periculum in mora”, aun siendo un requisito ineludible para la adopción de cualquier medida cautelar, no resulta por sí sólo suficiente, pues el primer inciso del apartado 1 del art. 130 LJCA exige una *“previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”* y su apartado 2 permite denegar la medida (no obstante concurrir el “periculum in mora”) cuando de la misma *“pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”*. Quiere ello decir que a la hora de decidir sobre la medida cautelar de que se trate habrá de efectuarse siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego; juicio que, como vienen exigiendo las resoluciones jurisprudenciales (véase, por todas, el ATS de 21.3.2001), debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y requiere una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida. Dicho más claramente, y en síntesis, que no cabe adoptar medida cautelar si no hay “periculum in mora”, y si lo hay, debe efectuarse un juicio comparativo de los intereses implicados para determinar la preponderancia de unos sobre otros y, en su consecuencia, otorgar o denegar la medida cautelar.

TERCERO.-Proyección al caso de las consideraciones legales y jurisprudenciales anteriores.

En el caso de autos, y con independencia ya de que apenas restan tres días a la vigencia de las medidas impugnadas (téngase en cuenta que la fecha de publicación de las mismas es de 22.5.2021 -con un período de vigencia de 14 días-, en tanto que el recurso con solicitud de medidas cautelares es de 31.5.2021 -esto es, presentado 9 días después-), lo cierto es que, aunque podemos reconocer la concurrencia en el caso del requisito del “periculum in mora” (en cuanto que una eventual sentencia estimatoria en un futuro sería ineficaz dado el plazo de vigencia de las medidas recurridas), lo cierto es que entendemos también concurrente la previsión contenida en el apartado 2 del art. 130 LJCA para denegar la medida, consistente en la susceptibilidad (“pudiera”) de producirse una perturbación grave de los intereses generales que pretenden tutelarse con los actos recurridos. El interés general tutelado en el caso por la Administración es el consistente en la protección de la vida y -en general- de la salud, más concretamente con la específica finalidad de reducir el contagio y -por ende- la propagación del virus SARS-CoV-2.

Por lo demás, la justificación ofrecida por la parte en relación a la solicitud de tutela cautelar se centra en la invocación del denominado *fumus boni iuris*, el que -a su vez- pretende apoyarse en la afirmación de que existe “una clara y evidente apariencia de buen derecho que se desprende del cuerpo del escrito de interposición donde se justifica que las medidas adoptadas por la Generalitat Valenciana carecen del necesario amparo legal y no son proporcionadas”.

Pues bien, estas dos afirmaciones en que pretende sustentarse la concurrencia del *fumus boni iuris* quedan contradichas por todo lo razonado en el primero de los razonamientos jurídicos de este auto.

Todo lo anteriormente razonado conduce, en lógica consecuencia, a la desestimación de la tutela cautelar instada.

Vistos los fundamentos legales y razonamientos jurídicos expresados,

LA SALA ACUERDA:

No dar lugar a la medida cautelar solicitada por la representación procesal de D. J. [REDACTED]

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de reposición en el plazo de CINCO DÍAS ante este Tribunal.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos Sres. Magistrados anotados.

VOTO PARTICULAR QUE SE FORMULA POR EL ILMO. SR. MAGISTRADO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA D. MANUEL J. DOMINGO ZABALLOS, CONFORME AL ARTÍCULO 260 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985 DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, FRENTE AL AUTO n.º 209/2021 DE CUATRO DE JUNIO , RESOLVIENDO MEDIDA CAUTELAR EN EL PO 188/2021

Discrepo respetuosamente del parecer jurídico de mis compañeros, por lo que emito voto particular basado en los razonamientos siguientes.

Primero.-Formada la voluntad de la Sala por mayoría en el presente incidente cautelar, el auto desestima la solicitud de suspensión ceñida a dos de las tres medidas recogidas en *resuelto* del acto administrativo dictado por la titular de la Consellería de Sanitat, objeto del recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, a saber:

a) Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno entre la 1:00 y las 06 horas en todo el territorio de la Comunidad Valenciana, con las excepciones que enuncia, ninguna de ellas relativa al dicho ámbito territorial, y

b) Limitación a la permanencia de grupos de personas -no más de 10- en espacios de uso público tanto cerrados como al aire libre, salvo que se trate de personas convivientes, así como en domicilios y espacios de uso privado, tanto en el interior como en el exterior salvo que se trate de personas convivientes o no más de dos grupos de convivencia, también con las excepciones enunciada en los números 3 y 4 del *resuelto* segundo en los antecedentes de hecho y con las salvedades también transcritas.

Sustenta la representación del actor la procedencia de adoptar la medida cautelar -Otrosí segundo del escrito de interposición- afirmando que se da el *periculum in mora*, que existe apariencia de buen derecho y que la ponderación de los intereses en juego es evidente que debiera llevar a la suspensión pedida.

En respuesta de la Sala la parte actora, plasma el auto los criterios legales a valorar para la adopción -o no- de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa y, proyectándolos al caso de autos, la *ratio decidendi* que conduce a la denegación de la suspensión cautelar. Ello así teniendo en cuenta también (F.J. primero del auto) la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, sección cuarta, dictada en el día de ayer (R.C nº 226/2021).

Segundo.-Nada que objetar al contenido del razonamiento jurídico segundo del auto pues reproduce prácticamente lo que vienen recogiendo otros de este órgano, dictados en los numerosos incidentes cautelares tramitados con causa en los recursos que vienen planteando ciudadanos y entidades contra las distintas resoluciones autonómicas – casi todas de la Consellería de Sanitat- adoptando medidas de distinto alcance y para períodos concretos como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid -19.

También en esta ocasión considera la Sala concurrente el primero de los requisitos que impone la ley procesal para poder adoptar cualquier medida cautelar, art. 130.1 LJCA (razonamiento jurídico tercero del auto). En efecto existe *periculum in mora* porque, cuando la sentencia llegue a dictarse, habrá dejado de producir efectos la resolución de la Consellería de Sanitat -a las 23.59 horas del próximo lunes, 7 de junio de 2021- de modo que en el supuesto de una eventual resolución estimatoria del recurso (total o parcialmente), tal pronunciamiento resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida.

En mi modesta opinión yerra la Sala en la proyección del régimen cautelar al caso de autos, partiendo de los presupuestos fácticos que documenta la pieza incidental y del carácter y alcance general de las medidas adoptadas por la Consellería de Sanitat.

Tercero. Por auto 195/2021, de 21 de mayo, la Sala ha decidido prestar autorización a las medidas adoptadas precisamente en la resolución de 19 de mayo de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, que el actor ha pretendido -sin éxito- fuera suspendida parcialmente. De ahí el alegato perfectamente entendible recogido en el escrito de oposición a la medida cautelar: la existencia de *fumus boni iuris* decae por la argumentación jurídica recogida en el auto de autorización de las medidas; argumento que acoge el auto del que discrepo.

Pasa por alto, sin embargo, el abogado de la Generalitat que la representación del actor invoca la sentencia del Tribunal Supremo nº 719/2021 de 24 de mayo (RC 3375/2021), dictada conociendo recurso de casación contra auto de la Sala de lo contencioso-advo del TSJ de Canarias (sala de Santa Cruz de Tenerife), que había denegado la ratificación de medidas aprobadas por el Gobierno de Canarias (entre ellas, tocantes a libertad de circulación); sentencia del T.S. que desestimó la casación interpuesta por el Gobierno autonómico canario. Tal sentencia se obvia en el informe del Fiscal así como en el propio auto mayoritario.

El voto particular formulado por este mismo magistrado en el citado auto 195/2021 en el entendimiento de que, con base en dicha sentencia del Tribunal Supremo (anunciada oficialmente el mismo 21-5-2021), no cabía la autorización que sí concedió este órgano. Pues bien, una segunda sentencia del más alto Tribunal viene a ratificar, en mi opinión, la falta de cobertura de las dos medidas adoptadas en la resolución de 19 de mayo de 2021 de la Consellería de Sanitat (DOGCV del día 22).

Cuarto.- Conviene anotar que, finalizada la vigencia del estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2 declarado por Real Decreto 956/2020, de 20 de octubre, prorrogado hasta las 00 horas del día 9 de mayo de 2021 por R.D. 956/2020, de 3 de octubre, se ha venido cuestionando que las Comunidades autónomas puedan decidir la adopción de medidas condicionando, o afectando al menos, el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución Española. En concreto la Consellería de Sanitat adopta las medidas cuya suspensión se insta al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, así como de la legislación sectorial – estatal y autonómica- sobre Salud Pública, de innecesaria cita.

En el auto de 7-5-2021 – y en otras resoluciones recientes citadas en el mismo- esta Sala ha considerado distintas medidas de la Administración sanitaria amparadas en el ordenamiento jurídico; esencialmente porque no alcanzan la categoría de suspensión de derechos o libertades públicas, al ser limitaciones de los mismos justificadas para combatir eficientemente la pandemia y amparada su imposición en la legislación sanitaria, con *norma cabecera* la L.O 3/1986, de 14 de abril. Ahora bien, no es menos cierto que en autos números 185/2021 y 186/2021, ambos de 14 de mayo, hemos salido al paso de alegatos sobre concurrencia de *fumus boni iuris* que conducirían a la suspensión cautelar instada por los recurrentes de la resolución de la Consellería de Sanidad de 6 de mayo de 2021; aunque negada la apariencia de buen derecho postulando la nulidad, recogen ambos autos literalmente: << *La Sala, como es obvio, conoce la existencia en la academia y en los propios Tribunales Superiores de Justicia de posiciones jurídicas encontradas acerca de la cobertura normativa o no para adoptar las decisiones administrativas objeto del recurso.*

Por el momento el Tribunal Supremo no ha fijado criterio conforme- es de prever- tendrá ocasión de hacerlo a la vista de lo previsto en el art. 87 ter de la LJCA, redacción por Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo. >>. En otras palabras, este Tribunal viene siendo consciente de la complejidad jurídica del problema, albergando la esperanza de que el supremo órgano jurisdiccional español en breve habría de dar luz al mismo en su misión fundamental de fijación de doctrina.

El caso es que, a fecha de hoy, ya existe asentada tal doctrina por las dos recientes sentencias de referencia, dictadas por la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-advocado en fechas 24 de mayo y 3 de junio del corriente.

En la primera de las reseñadas sentencias, F.J. cuarto, se adentra el Tribunal *en el contexto del recurso de casación* introducido en el art. 15 del R.D.-Ley 8/2021, siendo de interés por lo que aquí concierne el apartado D), “el marco constitucional y legislativo”, expresando que no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por Ley orgánica (SSTC 76/2019, 86/2017 Y 49/1999), de manera que la Administración competente dispone de título habilitante para la adopción de medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de enfermedades carácter transmisible; tal habilitación en los términos de las leyes sectoriales sobre salud. En el propósito del T.S. de clarificar los contornos de la intervención de la Administración con la adopción de medidas, expresa la sentencia : “ Según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenares o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, *en el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general*”. Transcritos en la resolución jurisdiccional los artículos 26 de la Ley 14/1986 y el art. 54 de la Ley 33/2011, continúa expresando : “Este artículo 54 vuelve a circunscribir el supuesto de hecho, siempre de extraordinaria gravedad y, urgencia, exige motivación a la Administración, contempla medidas y deja abierta la puerta a otras que, no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que exige que sean temporales y proporcionadas.

Por tanto, este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan *restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto la libertad de circulación*, las cuales, de otro lado, no pueden determinarse siempre – ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia nº14/2021.”

La sentencia dictada en el día de ayer complementa a la recaída en el RC 3375/2021, como nos dice su propio F.J. quinto, en tanto que el tema entonces debatido era la limitación de viajes entre islas de la Comunidad Autónoma de Canarias, siendo que *otras medidas y otros derechos fundamentales pueden suscitar dificultades entonces no abordadas y, por consiguiente conducir a la Sala desarrollar y precisar los criterios básicos establecidos en la referida sentencia nº 719/2021*(las cursivas son nuestras).

Coincido con el ponente y los otros dos compañeros que integran esta Sala en que la sentencia de 3 de junio de 2021 sienta criterio acerca de que: a)la restricción o limitación de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 sin necesidad del estado de alarma no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma (FD 6 y, en especial a modo conclusivo, el párrafo primero del FD 7), b).El artículo 3 de la LO 3/1986 puede utilizarse como fundamento normativo de medidas tan severas e intensas como el “toque de queda” o el máximo de personas en reuniones

familiares y sociales siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate, pero sin que basten meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución (penúltimo párrafo del FD 7). También resulta de la sentencia el rechazo del motivo del Ministerio Fiscal – que formuló el recurso de casación- consistente en que las medidas sanitarias ratificadas en el auto impugnado (“toque de queda” y máximo de personas en reuniones familiares y sociales) sólo podían tomarse al amparo del estado de alarma (primer inciso del párrafo primero del FD 8).

Quinto.-Llegados a este punto, el desacuerdo con mis compañeros se ciñe, como he dicho, a la proyección al caso del marco jurídico y del criterio jurisprudencial que disciplinan la adopción de medidas como las recogidas en la resolución administrativa impugnada cuya suspensión insta la parte actora.

No tenemos al alcance, obviamente, el expediente o documentación elevado por la administración autonómica balear al TSJB para justificar las medidas de “toque de queda” entre las 24 horas y las 6 horas (una hora más que en la medida adoptada por la Generalitat) y la limitación del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales, en espacios interiores y en espacios abiertos, (6 y 8 personas respectivamente, menos que en la resolución aquí impugnada); medidas, como hemos dicho, autorizadas por el Tribunal y Sala homónimos de Baleares en auto revocado por el Tribunal Supremo, igual suerte que las adoptadas por la administración autonómica de Canarias.

Con todo, mi posición no supone negar la justificación por la Consellería de Sanidad, tanto la medida del llamado *toque de queda* como la de limitación a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.

Lo que sostengo es que medidas sanitarias tan restrictivas de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar y de reunión – núcleo duro de nuestro sistema de libertades públicas y derechos fundamentales- haya quedado en autos acreditado que sean indispensables precisamente en su imposición con carácter general. Si bien se centró en la limitación de circulación de personas, me permito reproducir lo que ha sido el voto particular en el auto 195/2021 de constante referencia: <<**Tercero.-** En el caso de autos, lo cierto es que la resolución de la Conselleria que se ve autorizada por el auto mayoritario contempla limitaciones muy lejos de ser *puntuales* desde la libertad de circulación, por cuanto se extiende a la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma, comprendiendo el tiempo a todos los residentes en el mismo (aunque, naturalmente recoja excepciones, como no podría ser de otro modo) . Pues bien, en la solicitud de autorización presentada por la Abogada de la Generalitat —ordinal tercero— se reproducen los antecedentes de hecho de tal resolución, partiendo de que la situación epidemiológica de la Comunidad ha evolucionado favorablemente, manteniendo *el nivel de alerta 1 o riesgo bajo*, como refleja el informe de la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de 19 de mayo de 2021, con datos a fecha de 18 de mayo. Transcribiendo parte del mismo, se reseña que “hay dos departamentos de salud en nivel de alerta 4 (frente a cuatro del informe anterior) y a siete departamentos en nivel de alerta 3 (frente a uno del informe anterior), lo que significa que en la última semana hay 9 zonas geográficas con curvas epidémicas de tendencia creciente y un riesgo elevado de seguir manteniendo esta tendencia si no se llegan a cortar las cadenas de transmisión. Paralelamente, en la evolución del riesgo a nivel municipal, se observan algunos municipios en nivel de alerta 4 o alerta 3. Entre ellos, preocupan especialmente aquellos que tienen poblaciones superiores a 10.000 habitantes, y muy especialmente aquellos cuya población supera los 25.000 habitantes, por cuanto a mayor tamaño mayor es la probabilidad de interacción social y, por tanto, de exposición”.

Informes anteriores de la misma Subdirección General han merecido crédito a esta Sección, incluido al firmante del presente voto. Con todo, del propio Informe en que se apoya la resolución y refiere la solicitud de autorización, resulta que la Conselleria de Sanidad no motiva ni justifica la medida de limitación de circulación, aunque sea de solo cinco horas (en la resolución anterior, fueron 6), y alcanzando a todo el territorio de la Comunidad y a toda su población, cinco millones de habitantes; por consiguiente, sin atender al número de enfermos y a su localización. En cuanto al límite temporal, se concreta en quince días (haciendo coincidir con el plazo al que se limitó en el anterior auto de la Sala), si bien no se justifica suficientemente teniendo en cuenta lo que es notorio: no solo que el territorio de la Comunidad valenciana es actualmente el de menor incidencia Covid – con casi la totalidad de los indicadores- sino el ritmo acelerado de vacunaciones, de lo que, por cierto, se dejó apuntado como condicionante en el fundamento jurídico séptimo del auto nº 177/2021 acerca de la duración de las medidas (“La evolución de la pandemia —y, en particular, el ritmo de vacunación—, serán los que determinen la necesidad —o no— de su prórroga, o la adopción por la autoridad sanitaria competente de medidas de mayor laxitud en la afectación a derechos fundamentales”).>>.

En la presente pieza de medidas cautelares, el escrito de oposición del abogado de la Generalitat acompaña “ Nota Informativa” sobre incidencia de las restricciones de movilidad nocturna en el control de la pandemia que se firma por el Inspector Jefe adjunto de la unidad de la Policía Nacional Adscrita a la Generalitat. El informante aboga por la oportunidad de la medida, afirmando que desde el punto de vista policial *en cuanto al control y supervisión de las medidas restrictivas que se han venido aplicando es que la ya citada restricción nocturna ha sido de las más eficaces, y su anulación podría contribuir notablemente a una pérdida de control en cuanto a la multiplicación de contactos sociales, en un momento en que el porcentaje de población vacunada no parece aun suficiente incorporando datos acerca del incumplimiento de medidas anticovid*. Precede a tal conclusión una serie de datos sobre propuestas de sanción en el conjunto de la Comunidad Valencia, sin la menor distinción de términos municipales, comarcas, ni siquiera provincias, como tampoco por grupos de municipios atendiendo a su población (por ejemplo, hasta diez mil habitantes, entre es mismo y 50.000 etc). También se acompañó el informe de la situación actual de la pandemia suscrito por la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de 19 de mayo de 2021, tomado en consideración a la hora de emitir el voto particular, al que nuevamente remito. Es por todo ellos que, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, no encuentro justificada la superación del juicio de proporcionalidad precisamente por los términos y alcance general de las medidas restrictivas adoptadas.

Sexto.- No se me escapa al firmante que estamos en un incidente cautelar y que, por consiguiente, la Sala no se manifiesta, ni podría hacerlo, acerca de la cuestión de fondo con carácter definitivo, tampoco el auto que autorizó la resolución de la consellería, por cierto(F.J cuarto de la STS 719/2021). En cualquier caso la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto puede conducir a la denegación de la solicitud cautelar – aunque concurra *periculum in mora*, como es el caso- si de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales.

Pues bien, a mi juicio la Consellería de Sanitat no demuestra esa perturbación grave de los intereses generales en caso de satisfacer la medida cautelar instada. Repito, teniendo en cuenta que limitaciones de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos se han impuesto con carácter general en todo el territorio de nuestra Comunidad autónoma : de Vinaroz a Orihuela y de Calpe al Rincón de Ademuz; por consiguiente, decidido al

margen de lo que ya constituye doctrina fijada por el Tribunal Supremo ex artículo 87 ter de la LJCA.

Por todo lo expuesto y en conclusión: el auto mayoritario ha debido satisfacer la solicitud de suspensión de la resolución impugnada, por concurrir los presupuestos fácticos y jurídicos que deben conducir a la adopción de la medida cautelar que se instó en debida forma.

En Valencia, a cuatro de Junio de dos mil veintiuno