

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33011840

NIG: 28.079.00.3-2020/0018463

Procedimiento Ordinario 1300/2020 E - 01

De: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

MINISTERIO FISCAL



(01) 32824074707

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1300/2020

SOLICITUD DE AUTORIZACION/RATIFICACION MEDIDAS SANITARIAS CAM

SOLICITUD: Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid

MINISTERIO FISCAL

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

AUTO nº 134/2020

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente: Don Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados/as:

Doña Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Don Rafael Botella García Lastra

Doña Juana Patricia Rivas Moreno

Doña Dolores Galindo Gil

Doña María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a 15 de octubre de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 13 de octubre de 2020 se ha recibido en esta Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, escrito de los servicios jurídicos de dicha Comunidad Autónoma por el que solicita la ratificación de las medidas sanitarias adoptadas por la Orden 1322/2020, de 9 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica. La ratificación solicitada se limita a las medidas del apartado segundo de la Orden que suponen restricción de los derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Recibida la solicitud anterior, por diligencia de ordenación de esa misma fecha, 13 de octubre de 2020, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.8 y 122 quater 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 termino de veinticuatro horas para que presentara alegaciones al ser parte en este procedimiento.

El Ministerio Publico ha presentado escrito recibido en esta Sección en fecha 15 de octubre de 2020 en el que considera que procede la ratificación de la medida sanitaria que dispone el apartado Segundo 2 de la Orden 1322/2020, de 9 de octubre, 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.

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

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicita la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos, la ratificación por esta Sala de las medidas ya acordadas en la Orden 1322/2020, de 9 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas

temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica, limitando su solicitud a las medidas del apartado segundo de la Orden que suponen restricción de los derechos fundamentales.

La Orden citada dispone textualmente:

Primero *Objeto y ámbito de aplicación*

DISPONGO

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 los núcleos de población correspondientes a las siguientes zonas básicas de salud:

— Municipio de Colmenar Viejo: • Zona básica de salud de Colmenar Viejo Norte.

— Municipio de Arganda del Rey: • Zona básica de salud de Arganda del Rey.

— Municipio de Coslada:

- Zona Básica de salud de Valleaguado.

— Municipio de Collado Villalba:

- Zona básica de salud Sierra de Guadarrama

2. Las medidas establecidas en la presente Orden serán de aplicación a todas las personas que se encuentren o circulen, así como a aquella persona que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público o abierto al público ubicado en las zonas básicas de salud afectadas.

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.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Para desplazarse a entidades financieras y de seguros.
- g) Para realizar actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Para realizar renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Para realizar exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente 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 básicas de salud 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 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 al cincuenta por ciento, tanto en espacios interiores como exteriores, no estando permitido el consumo en barra.

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

La ocupación máxima será de seis personas por mesa o agrupación de mesas, no pudiendo admitir nuevos clientes a partir de las 22:00 horas, y tenderán como hora de cierre la legalmente autorizada, no pudiendo superarse en ningún caso las 23:00 horas, a excepción de servicios de entrega a domicilio y la recogida de comida por clientes para consumo fuera del local.

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 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, 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 gestionada y/o financiada 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. 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 suspende temporalmente la actividad de los parques infantiles de uso público.

SEGUNDO. Como acabamos de señalar en nuestros Autos de 24 de septiembre de 2020 (PO 1070/2020 de ratificación de medidas sanitarias), y de 1 de octubre de 2020 (PO 1180/2020) y ahora repetimos: en el examen de la anterior solicitud se ha de hacer ante todo una precisión previa atinente al cometido de esta Sala en la ratificación solicitada; o, dicho de otro modo, sobre cuál es el alcance del control jurisdiccional que nos compete y que se nos pide al amparo de lo dispuesto en el art. 10.8 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa en su relación con el art. 122 quarter de dicha ley procesal, preceptos que, tras la entrada en vigor de la ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén expresamente la competencia de esta Sala para la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Sobre dicha cuestión, nos hemos pronunciado recientemente en la Sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto de 2020, dictada en resolución del recurso de apelación nº

907/2020, adoptando un criterio que ahora no podemos sino mantener y reproducir.

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

“...Delimitado el objeto, **la cognición judicial respecto de las medidas indicadas por las autoridades sanitarias, se extenderá a los aspectos que entrañan el juicio de legalidad y proporcionalidad**, como finalidad del procedimiento y, por tanto,

- La competencia objetiva del órgano administrativo.

- Principio de necesidad.

La concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.

-Principio de adecuación.

La prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción. - Principio de razonabilidad.

La adecuación a su necesidad y finalidad, en el bien entendido de no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos informados a modo de antecedente y se introduzcan límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria. ...”

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

Desde esta precisión previa, resulta ya posible delimitar cual es el alcance de la ratificación de medidas solicitada. No es nuestro cometido la revisión de la oportunidad de las medidas acordadas. Nuestra función es analizar cuáles de dichas medidas limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si tal limitación encuentra, primero, cobertura legal, siendo o no competente la Administración que las acuerda, y además si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en la restricción o limitación de dichos derechos esenciales.

No se extiende, por el contrario, a revisar aquellas recomendaciones o consejos dirigidos a la población que no constituyen limitación o restricción de ningún derecho fundamental sino meras indicaciones desprovistas de fuerza imperativa alguna.

TERCERO. Y, comenzando por la cuestión relativa a la cobertura legal de las medidas acordadas en relación con la competencia de la Administración Autonómica para adoptarlas, reiteramos también lo que sigue, que ya señalábamos en nuestros Autos de 24 de septiembre y 1 de octubre de 2020.

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 los previstas en la ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

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

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

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

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

Finalmente debe recordarse que la propia reforma operada sobre la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la reciente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, evidencia también una previsión del legislador estatal respecto de la utilización en el ámbito de las Comunidades Autónomas de este instrumento legal en la eventual adopción de medidas que puedan restringir derechos fundamentales, aunque sus destinatarios no estén identificados individualmente; previsión legislativa que se encuentra implícita en la propia regulación legal del control y revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de su ejercicio en el ámbito autonómico, como pone de manifiesto la redacción dada al artículo 10.8 de la Ley Jurisdiccional, que atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una competencia residenciada hasta entonces en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

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

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

CUARTO. Sentado lo anterior, examinaremos el apartado segundo de la Orden cuya ratificación se solicita, ya transcrito más arriba y en el que, esta Sala únicamente encuentra concernido el derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas (consagrado en el art. 19 CE) en los ámbitos territoriales recogidos en el apartado primero de dicha Orden (Municipio de Colmenar Viejo: zona básica de salud de Colmenar Viejo Norte; Municipio de Arganda del Rey: zona básica de salud de Arganda del Rey; Municipio de Coslada: zona básica de salud de Valleaguado; Municipio de Collado Villalba: zona básica de salud Sierra de Guadarrama) y durante el periodo de 14 días naturales prorrogables que se recoge en su apartado sexto.

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

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

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

“...En el artículo 4 del Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, se indica que a los efectos del estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno y en su artículo 6 se dispone que cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en el citado Real Decreto.

La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, en ejercicio de su responsabilidad como autoridad sanitaria de la comunidad autónoma y en el ámbito de sus competencias, debe adoptar con urgencia una serie de medidas concretas y actuaciones preventivas a aplicar en determinados ámbitos territoriales no afectados por las medidas determinadas en el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, **debido a la concurrencia de razones sanitarias de urgencia o necesidad justificadas por las circunstancias derivadas de la crisis sanitaria causada por el COVID-19.**

Las medidas restrictivas recogidas en la presente Orden **son similares a las adoptadas previamente por la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, y la Orden 1226/2020, de 25 de septiembre, de la Consejería de Sanidad**, ambas ratificadas judicialmente por la sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, habiéndose observado una mejoría en la tasa de contagios en la mayoría de las zonas básicas de salud objeto de las mismas, lo que determina su idoneidad para lograr los objetivos perseguidos.

Pese a la mejoría, **el índice de contagio continúa situado 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,** siendo preciso para ello limitar de manera temporal los desplazamientos personales y adoptar medidas específicas de limitación en cuanto a aforo y horario de determinadas actividades a aplicar en determinadas zonas básicas de salud con una elevada incidencia en la propagación del virus.

Los datos epidemiológicos actuales en las zonas básicas de salud objeto de la presente Orden determinan la necesidad de adoptar determinadas medidas limitativas con carácter **temporal para lograr una mayor reducción del índice de transmisión, para mejorar el control de los casos y una mayor reducción del número de hospitalizaciones.** Para ello, resulta inevitable y necesario restringir temporalmente el acceso y entrada a determinadas zonas básicas de salud de municipios de menos de cien mil habitantes, así como establecer la limitación de aforos u horarios permitidos para la realización de determinadas actividades y servicios.

Las medidas recogidas en esta Orden resultan idóneas, proporcionales, necesarias y justificadas, ya que su finalidad es controlar la transmisión y propagación de la enfermedad con el fin de garantizar y proteger el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de la población en su conjunto, tanto la de los ámbitos territoriales afectados como la del resto de la Comunidad de Madrid, y con ellas se pretende dar una respuesta adecuada al escenario que se plantea ante la evolución de la crisis sanitaria en determinadas áreas geográficas concretas con la finalidad de reducir el número de nuevos contagios y aliviar la presión asistencial del sistema sanitario.”

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

Los derechos fundamentales no tienen un contenido esencial absoluto y pueden y deben ceder en ocasiones en su confrontación con otros derechos esenciales para cuya garantía puede ser necesario restringirlos. En el supuesto que nos ocupa, es la protección de la salud pública (ex art. 15 CE) lo que se identifica en la ley habilitante como justificación de interés general que opera como límite del derecho fundamental consagrado en el art. 19 CE que ha de ceder ante el primero.

La finalidad de impedir la propagación de la pandemia y por tanto de protección de la salud pública se fundamenta en la solicitud que nos ocupa a través del Informe de la

Dirección General de Salud Pública, de 9 de octubre de 2020, que se acompaña, en el que se hace expresa alusión al criterio técnico de incidencia acumulada en 14 días y en las 4 nuevas zonas básicas de salud a las que afecta la Disposición, de más de 750 casos por cada 100.000 habitantes cuando la media de la Comunidad de Madrid es de 550 casos por cada 100.000 habitantes, a lo que añade el impacto registrado en la ocupación hospitalaria y en el de ingreso en las UCI con una incidencia acumulada mantenida o con crecimiento en dicho periodo de tiempo, destacando asimismo que dicho aumento de incidencia aparece motivada también por una relajación en el cumplimiento de las medidas de prevención de propagación de la infección, con la consiguiente tendencia progresiva de casos positivos y repercusión en la atención en los hospitales de referencia en dichas zonas.

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

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

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

Por último, consideramos que examinada la limitación que implica la medida desde la perspectiva del principio de proporcionalidad antes aludido, en su sentido más estricto,

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

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

Por todo ello procede ratificar la medida acordada en la Orden 1322/2020, de 9 de octubre de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en su apartado segundo, como se hará en la parte dispositiva de la presente resolución.

No procede pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1. Ratificar las medidas acordadas en el apartado segundo de la Orden 1322/2020, de 9 de octubre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud --Municipio de Colmenar Viejo: zona básica de salud de Colmenar Viejo Norte; Municipio de Arganda del Rey: zona básica de salud de Arganda del Rey; Municipio de Coslada: zona básica de salud de Valleaguado; Municipio de Collado Villalba: zona básica de salud Sierra de Guadarrama-- como consecuencia de la evolución epidemiológica.

2. La Comunidad Autónoma de Madrid deberá solicitar la ratificación de la prórroga de dichas medidas si fuese acordada por la Administración Sanitaria indicando el número del presente procedimiento 1300/2020 en dicha solicitud.
3. Sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Contra este Auto cabe recurso de reposición a interponer ante esta Sala en el plazo de cinco días, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2582-0000-93-1300-20 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2582-0000-93-1300-20 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

Notifíquese por vía telemática la presente resolución.

Fdo: Juan Pedro Quintana Carretero

Fdo.: Amparo Guilló y Sánchez Galiano

Fdo.: Rafael Botella y García-Lastra

Fdo.: Juana Patricia Rivas Moreno

Fdo.: María Dolores Galindo Gil

Fdo.: María del Pilar García Ruiz

VOTO PARTICULAR

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 frente al Auto de fecha 15 de octubre de 2020, dictado en el seno del Procedimiento Ordinario número 1300/2020.

En esta nueva ocasión, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a través del Letrado de sus Servicios Jurídicos, insta la ratificación judicial de la ORDEN 1322/2020, de 9 de octubre, 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 (BOCM, número 247, de 10 de octubre de 2020).

Por medio de este Voto Particular, siempre desde el máximo 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 1322/2020 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 inicialmente ya expresados en los votos particulares elaborados en los Autos número 115/2020, de 24 de septiembre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1070/2020) y número 125/2020, de 1 de octubre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1180/2020), que serán traídos a colación en lo que resulte pertinente para, a continuación, ampliarlos 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 cualificada 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 1322/2020, 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 del apartado Segundo que suponen una restricción de los derechos fundamentales.”*

De conformidad con el Dispongo Primero,

“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 los núcleos de población correspondientes a las siguientes zonas básicas de salud:

— *Municipio de Colmenar Viejo:*

- *Zona básica de salud de Colmenar Viejo Norte.*

— *Municipio de Arganda del Rey:*

- *Zona básica de salud de Arganda del Rey.*

— *Municipio de Coslada:*

- *Zona básica de salud Valleaguado.*

— *Municipio de Collado Villalba:*

- *Zona básica de salud Sierra de Guadarrama.”*

Y tal como refiere su Punto 2, las medidas establecidas serán 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 las zonas básicas de salud afectadas, 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).

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

“Se modifica el apartado segundo que queda redactado de siguiente forma:

«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.

e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.

f) Para desplazarse a entidades financieras y de seguros.

g) Para realizar actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.

h) Para realizar renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.

- i) Para realizar exámenes o pruebas oficiales inaplazables.*
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.*
- k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.*

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

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

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

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

4. Todos los establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público no podrán superar el cincuenta por ciento del aforo permitido y tendrán como hora de cierre la legalmente autorizada, no pudiendo superarse en ningún caso las 22:00 horas.

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 será de seis personas por mesa o agrupación de mesas, no pudiendo admitir nuevos clientes a partir de las 22:00 horas y tendrán como hora de cierre la legalmente autorizada, no pudiendo superarse en ningún caso las 23:00 horas, a excepción de servicios de entrega de comida a domicilio.

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 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, 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 gestionada y/o financiada 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 suspende temporalmente la actividad de los parques infantiles de uso público»”

SEGUNDO.- Solicita el Letrado de la Comunidad de Madrid la ratificación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales contenidas en aquella Orden 1322/2020, 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 viene 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 no son 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 1322/2020, de 9 de octubre 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 aborda 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 1322/2020 y que concreta en los siguientes textos legales,

- Artículos Primero y Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública;
- Artículo veintiséis.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad;
- Artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y
- Artículo 55.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de 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 las Ordenes 1178/2020 y 1266/2020, 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 1322/2020, no fueron objeto de aquel debate procesal.

CUARTO.- Las medidas restrictivas que contiene la Orden 1322/2020, son una reiteración de las contenidas en las Ordenes 1178/2020, 1226/2020 y 1274/2020, para aumentar el número de habitantes, *de facto*, confinados perimetralmente por zonas básicas de salud. Limitan, 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 descomulgada 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 1322/2020, 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, 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 *“segunda oleada”* - bastan a tal conclusión 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 su Orden 1322/2020, de 9 de octubre, 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 1322/2020.

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, 1 junio que, a estos efectos considero, ley especial, habida cuenta la situación real de alteración grave de la normalidad causada por la denominada, coloquial y oficialmente, *“segunda oleada”*.

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 1322/2020, 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”* -las acordadas en la Orden no tienen tal carácter como se encarga de aclarar en su parte introductoria- 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 Orden 1322/2020 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 mas aproximación que la gramatical, es una clausula 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 1322/2020 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 publica 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 1322/2020 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, 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, en esta “*segunda oleada*”, desde principios del mes de agosto, 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 clausula 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.

Continuando con el análisis, la Introducción de la Orden 1322/2020 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 1322/2020, 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 mas 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 1322/2020- 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 ordenes 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 1322/2020.

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 insuficiente 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 cual 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, introduje 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, la ampliación del alcance y contenido de mis previos votos particulares, para concluir que los textos legales que, como fundamento de las medidas acordadas cita la Orden 1322/2020, 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.

En el Informe de Situación y Justificativo de la Necesidad de la Adopción de las Medidas de Control de la Transmisión en Cuatro Zonas Básicas De Salud de la Comunidad de Madrid (Municipios de Colmenar Viejo, Arganda del Rey, Coslada y Collado-Villalba) de 9 de octubre de 2020, la Directora General de Salud Pública, 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.”

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 quince de octubre de dos mil veinte.

Fdo. María Dolores Galindo Gil

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA. SRA. D^a MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ AL AUTO DE FECHA 15 DE OCTUBRE DE 2020, DICTADO EN EL PO 1300/2020

Con pleno respeto a la posición mayoritaria de la Sala y 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 15 de octubre de 2020, dictado en el Procedimiento Ordinario nº 1300/2020; discrepancia que alcanza a los extremos a los que haré referencia más adelante, previa exposición de los antecedentes y datos que resultan imprescindibles para enmarcar mis razonamientos y las ampliadas conclusiones que también expondré.

ANTECEDENTES

La Orden 1322/2020, de 9 de octubre, 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, es la disposición de cuya ratificación se trata en este proceso. Ha sido dictada varios días después de la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de

Madrid de las anteriores Órdenes 1178/2020 y 1226/2020. Y ello para aplicar en 4 nuevas zonas básicas de salud que se especifican en el apartado Primero de la propia disposición las mismas medidas que ya se dispusieron para las 49 zonas básicas inicialmente afectadas por la anterior Orden citada, y tras haberse declarado parcialmente sobre el territorio de nueve municipios de esta Comunidad Autónoma el estado de alarma por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre.

Dado que, más allá de las epidemiológicas en que se dice basada la Orden de la que ahora se trata, ni las circunstancias concurrentes, ni los argumentos jurídicos expresados por el Letrado de la Comunidad de Madrid sobre la base de los motivos expuestos en la Orden, han variado, como tampoco el criterio mayoritario de la Sala, me veo en la necesidad de formular este nuevo Voto Particular discrepante con base en los mismos razonamientos ya expresados en el formulado al Auto de 24 de octubre de 2020, concretado en lo procedente que expresaré, habida cuenta de las nuevas circunstancias ahora concurrentes.

He de insistir, sin embargo, en que -como ya apunté en mis anteriores Votos Particulares y reiteraré en éste al identificar el contexto a considerar- por virtud del principio de eficacia al que está vinculada la Administración Pública en su actuación (artículo 103.1 de la Constitución), y porque ante una grave crisis sanitaria que no es precisamente local sino internacional, el ordenamiento jurídico español contiene normas sectoriales (en concreto, la Ley General de Salud Pública) que prevén que la protección de la salud pública (artículo 43.1 de la Constitución) se garantice de manera coordinada a nivel estatal, es por lo que entiendo que la adopción de medidas cuya implementación es meramente local resulta, para empezar, contraria al espíritu de estas normas legales. Recordemos ahora, como haré más adelante, que el legislador de 2011 ya explicó en la Exposición de Motivos de la Ley General de Salud Pública que *“Muchas de las acciones que perfilan la salud de la población son competencia de las comunidades autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y los municipios; sin embargo, hay determinantes de la salud cuya modificación sólo puede hacerse en el ámbito nacional o supranacional”* y que añade cómo *“hay acciones de salud pública cuya eficacia y eficiencia social se multiplican cuando se implantan o se ejercen de forma coordinada a nivel estatal”*. En todo caso, cuando las medidas, como las que aquí nos ocupan, afectan a los derechos fundamentales concernidos cobra aún más relevancia esta previsión del legislador haciendo necesario interpretar las normas bajo tal consideración.

En definitiva, el ordenamiento vigente prevé que la solución a una crisis sanitaria que no es local, provocada por un virus que no conoce de fronteras -ni locales, ni nacionales, ni internacionales- se busque con medidas que tampoco lo sean; menos aún con las que restringen derechos fundamentales, ampliándolas no en cuanto a su contenido sino para afectar a nuevos grupos poblacionales cada pocos días mediante disposiciones generales que no sólo se integran en el ordenamiento jurídico sino que lo saturan con evidente afectación del principio de seguridad jurídica; especialmente, cuando se amparan, como entiendo que ocurre en este caso, en normas legales genéricas, inespecíficas, carentes de certeza jurídica, que no sirven a dar cobertura a una actuación administrativa restrictiva de derechos individuales, como la libre circulación, que gozan en la Constitución de una protección reforzada y para cuya posible afectación en situaciones de “crisis sanitarias, tales como epidemias” (pandemia, en este caso) la Ley Orgánica 4/1981 consagra los correspondientes instrumentos jurídicos dotados de las correlativas garantías; garantías de las que, como explicaré más adelante, carece en absoluto la Orden de cuya ratificación se trata. Unos instrumentos que, como es notorio, ya se han puesto en marcha a través del Real Decreto

900/2020, de 9 de octubre, creándose en la práctica una duplicidad de regímenes jurídicos para los habitantes de una misma Comunidad Autónoma, con diferentes niveles de tutela del mismo derecho fundamental afectado.

1.- SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO

El Auto dictado en el proceso de referencia responde a la solicitud formulada por la representación procesal de la Comunidad de Madrid para que por esta Sala y Sección se proceda a la ratificación del apartado segundo de la Orden 1322/2020, de 9 de octubre, 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 4 nuevos núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica. Ratificación que se solicita de modo limitado a las medidas a las que, dentro de este apartado, “suponen una restricción de los derechos fundamentales”.

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

“Segundo

Medidas específicas preventivas a aplicar

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

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

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

Se permite la circulación de personas residentes dentro de los ámbitos territoriales afectados, siempre respetando las medidas de protección individual y colectiva establecidas por las autoridades sanitarias competentes, si bien se

desaconseja a la población los desplazamientos y realización de actividades no imprescindibles.

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

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

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

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

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

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

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

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

La infección por SARS-CoV-2 activa el sistema inmune innato induciendo la generación de anticuerpos neutralizantes en títulos elevados en la mayor parte de los casos, aunque aún no está clara la duración de la inmunidad. No obstante, a la luz de los

resultados del Estudio Nacional de Seroprevalencia ENE-COVID, solo el 5% de la población española ha tenido contacto con el virus y presenta anticuerpos, lo que descarta a corto plazo la inmunidad de grupo.

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

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

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

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

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

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

"Los servicios sanitarios resultan imprescindibles para dar respuesta a los problemas de salud de la colectividad, pues consiguen atenuar los perjuicios de las enfermedades y permiten que se pueda recobrar la salud perdida y mejorar la calidad de vida de las personas enfermas. Pero no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud, la salud se gana y se pierde en otros terrenos: (...). Las acciones de gobierno, a cualquier nivel, las intervenciones

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

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

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

Y continúa explicando el legislador en esta norma legal que

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

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

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

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

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

La competencia deriva de lo dispuesto en el artículo 10, apartado 8, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; apartado introducido en este texto legal por la muy reciente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

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

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

“Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

(...)

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

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

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

Ambos preceptos ponen énfasis en la afectación (“limitación o restricción”), por las medidas de cuya ratificación se trataría, “de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”. Se supera con ello la controversia, esencialmente doctrinal, acerca de la idoneidad del ya antiguo (porque también ha sido

modificado por la Ley 3/2020) artículo 8.6 de la Ley Jurisdiccional bajo cuyo amparo y, ante la inexistencia de norma legal específica, tuvieron que resolver anteriormente los Juzgados de lo Contencioso Administrativo sobre ratificación de medidas restrictivas de derechos individuales, que, lejos de afectar a una persona concreta, lo hacían sobre un número amplio de personas indeterminadas. Sin embargo, que la modificación legislativa producida ahora -determinando la competencia de esta Sala para resolver sobre la ratificación de las medidas que aquí nos conciernen- haga referencia a la restricción o limitación de derechos fundamentales de destinatarios que “no estén identificados individualmente” no podría llevar nunca a la confusión de considerar al común de los ciudadanos afectados como una colectividad a la que se traspasaría en bloque, por así decirlo, la titularidad del derecho fundamental afectado -muy en particular, el de libre circulación por el territorio nacional (artículo 19 de la Constitución). El mismo número de personas afectadas por la Orden 1322/2020 es el que ha de considerarse como de derechos fundamentales restringidos. Y es, por tanto, el mismo número de derechos fundamentales, ni uno menos, aquél de los que la Sala se convierte en garante último a través del especial procedimiento que se ha instado bajo el amparo del nuevo artículo 10.8 de la Ley Jurisdiccional.

Por esta primera razón, porque la afectación tan numerosa de ciudadanos que residen en las áreas afectadas no permite, en este procedimiento especial, diluir su individualidad -en tanto que titulares, cada uno, de derechos fundamentales-, y porque, en contrapartida, la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico cuentan con instrumentos concretos y específicos para permitir la afectación, entre otros de reforzada protección por el artículo 55 CE, del derecho a la libre circulación por el territorio nacional- de manera colectiva pero con las correspondientes garantías individuales para los ciudadanos (en materia de responsabilidad patrimonial, sin ir más lejos), es por lo que también en este proceso discrepo respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala. Y ello unido al hecho, quizás más relevante, de que las medidas limitativas que se adoptasen mediante otros instrumentos constitucionales integrados en el llamado “Derecho de excepción”, adoptadas por el Poder Ejecutivo -como ya ha ocurrido siquiera parcialmente- que es investido de tal potestad por la Constitución contarían con el contrapeso de otro Poder del Estado. Comparto en este sentido la afirmación que se contiene en el Auto acerca de la existencia de otros instrumentos constitucionales a utilizar si el derecho a la libre circulación tuviese eventualmente que ser suspendido para hacer frente con medidas más intensas a la grave crisis sanitaria en que nos hallamos, pero considero que la conclusión alcanzada no es completa ya que no contempla que, junto al estado de excepción, una Ley Orgánica a la que el artículo 116 de la Constitución se remite (la Ley 4/1981), configura el estado de alarma como instrumento idóneo para la “limitación” del derecho a la libre circulación ante situaciones graves y excepcionales de crisis sanitarias provocadas por epidemias. El Derecho de excepción no puede, pues, entrar en juego sólo para la declaración del estado de excepción.

4.- LA DECISION MAYORITARIA DE LA SALA EN LOS ANTERIORES AUTOS DE 24 DE SEPTIEMBRE Y 1 DE OCTUBRE DE 2020

En su Parte Dispositiva, el Auto dictado acuerda ratificar las medidas acordadas en el apartado Segundo de la Orden 1322/2020, de 9 de octubre, que ya se ha reproducido más arriba.

En esencia, para fundamento de tal decisión, la Sala se remite a lo razonado y resuelto en los Autos anteriores dictados (entre ellos, en los PO 1070/2020 y 1180/2020) y, de este modo, delimita en primer lugar el objeto sobre el que recae el proceso para, a continuación, pasar a hacer las consideraciones previas que ahora resumo:

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

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

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

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

Añade, por último, que la reciente reforma operada en la Ley Jurisdiccional por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, evidencia una previsión del legislador estatal respecto a la utilización en el ámbito de las Comunidades Autónomas de este instrumento legal en la eventual adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

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

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

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

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

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

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

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

Para la regulación específica del procedimiento de autorización procedimiento de ratificación de medidas sanitarias en que nos encontramos, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 122 quater. Este precepto ha sido introducido ex novo por la muy reciente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, para imponer, como es lógico y preceptivo al estar concernidos derechos fundamentales, la intervención en él del Ministerio Fiscal, así como para declarar que su tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un

plazo máximo de tres días naturales. Más allá de ello, ninguna otra regulación legal se ha hecho, en particular sobre el alcance que haya de tener el examen que el órgano jurisdiccional competente debe hacer para pronunciar una decisión sobre la ratificación, o no, de las medidas sanitarias adoptadas

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

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

Delimitado el objeto, la cognición judicial respecto de las medidas indicadas por las autoridades sanitarias, se extenderá a los aspectos que entrañan el juicio de legalidad y proporcionalidad, como finalidad del procedimiento y, por tanto,

- La competencia objetiva del órgano administrativo.*
- Principio de necesidad.*

La concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.

- Principio de adecuación.*

La prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción.

- Principio de razonabilidad.*

La adecuación a su necesidad y finalidad, en el bien entendido de no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos informados a modo de antecedente y se introduzcan límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria”.

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

En este caso, como he anticipado, mi discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala radica en la conclusión alcanzada acerca de la competencia de la Consejería de Sanidad para limitar los desplazamientos dentro de determinados ámbitos territoriales de la Comunidad Autónoma, coincidentes con las zonas básicas de salud que se identifican concretamente en la Orden 1322/2020, limitando de este modo el derecho de los ciudadanos a circular libremente por el territorio nacional, pudiendo hacerlo exclusivamente en dichas circunscripciones sanitarias.

Es precisamente esta circunstancia -la de que la Orden permite la libre circulación, aunque sea por esta reducida parte del territorio nacional, pues los residentes de las zonas no han sido confinados en sus domicilios- la que impide considerar que el derecho fundamental a la libre circulación haya sido suspendido sino tan sólo limitado o restringido geográficamente. La Orden 1322/2020 (como antes, la Orden 1178/2020) establece una restricción para la entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales que identifica, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los motivos que detalla y se dejaron reproducidos más arriba. Se establece, a continuación, en la Orden lo siguiente:

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

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

Siguiendo el criterio de la Sentencia de 28 de agosto de 2020 (Rec. Apel. 907/2020) de este Tribunal, la mera recomendación de evitar el ejercicio de un derecho fundamental no puede considerarse como una suspensión del mismo y, por tanto, en la medida en que en la Orden 1322/2020 no se restringe por completo la libertad ambulatoria, quedando sin afectar [la redacción indicando permisión (“Se permite”) podría, en principio, aportar otro matiz mucho más restrictivo pero lo entiendo como un defecto en la técnica de redacción] en el interior de las zonas perimetralmente delimitadas y entre las propias zonas afectadas (límites, se entiende), no se puede considerar que el derecho fundamental concernido haya sido suspendido sino meramente limitado.

La diferencia entre una y otra decisión (suspender o limitar) no es menor si partimos de la consideración de que el derecho del que tratamos goza de la protección propia de todos los derechos fundamentales y de la especial, reforzada, que le concede, como a otros concretos y determinados que ahora no vienen al caso, el artículo 55.1 de la Constitución. Recuérdese que este precepto constitucional encabeza el Capítulo Quinto del Título Primero de la Norma Suprema, dedicado aquél a la “Suspensión de los Derechos y Libertades” y recordemos al tiempo que el derecho primordialmente concernido en este caso es el de libre circulación por el territorio nacional, garantizado en el párrafo primero del artículo 19 del mismo Texto Fundamental y, que para tal reforzada protección, el repetido artículo 55.1 establece lo siguiente:

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

Por consiguiente, como apuntaba anteriormente, no creo estéril la puntualización hecha en el sentido de que el derecho a la libre circulación no se suspende en la Orden

1322/2020. Coincido en este punto con el criterio mayoritario de la Sala que así lo reconoce en el Auto aunque discrepo, sin embargo, con la posibilidad que, a reglón seguido se apunta, de que sea un criterio de “intensidad” en la afectación del derecho el que pudiera, incluso pro futuro, llevar a plantearse la idoneidad de la medida adoptada puesto que se acercaría, entonces y no ahora, todavía no, a uno de los supuestos en que habría de entrar en juego el llamado “Derecho de excepción”. Entiendo que tal modo de resolver, con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, no encuentra apoyo jurídico expreso en la normativa vigente y crea, en la práctica, una insostenible situación de inseguridad jurídica que alcanza tanto a la Administración solicitante -que no llega a conocer hasta dónde alcanzarían sus facultades para la adopción de medidas como las que nos ocupan, ni qué grado de “intensidad” sería admisible por la Sala en orden a su eventual ratificación si aquella se viese, como ya se está viendo que ocurre, en la necesidad de ampliar las adoptadas por el agravamiento de la situación sanitaria- como a los ciudadanos, que verían cómo la tutela de sus derechos fundamentales queda al arbitrio de un órgano jurisdiccional que puede decir “hasta aquí, sí y más allá, no”, sobre la base de una mayor o menor “intensidad” en la afectación del derecho.

En el texto introductorio de sus disposiciones, aunque la Orden en cuestión menciona a la Orden comunicada del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, es lo cierto que, cuando cita el marco normativo en el que encuadra las medidas que en ella se adoptan, lo hace mencionando expresamente preceptos de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; normas legales que, por otra parte, son las aceptadas por la Sala en el Auto dictado en este proceso, para concluir que la autoridad sanitaria autonómica puede, por tener competencia para ello, dictar una medida restrictiva de la libre circulación de los ciudadanos de las áreas ahora delimitadas en la Orden 1322/2020.

A.- LOS FUNDAMENTOS DE LA ORDEN 1322/2020 PARA JUSTIFICAR LA COMPETENCIA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD EN ORDEN A LIMITAR EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

a.- En primer lugar, se acoge la Orden a las ratificaciones que, sobre idénticas medidas a las contenidas en ella, se han dado por esta Sala y Sección en Autos de 24 de septiembre y 1 de octubre de 2020.

b.- En segundo lugar, la Orden 1322/2020 se acoge a lo previsto en el artículo Veintiséis, apartado 1, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dice así:

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

Dado que el precepto invocado en la Orden contiene una cláusula abierta en su inciso final (“...cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”) la interpretación del mismo -y de aquí también deriva mi respetuosa discrepancia con la posición mayoritaria de

la Sala- debe realizarse en relación al resto del contenido del precepto que, como se ha visto, refiere para las autoridades sanitarias, no la posibilidad sino la obligación (“adoptarán”), de adoptar medidas preventivas, pero relativas a la incautación o inmovilización de productos, suspensión de actividades, cierres de empresas o instalaciones, e intervención de medios personales y materiales. Como se comprueba con la mera lectura del texto reproducido, ninguna referencia a limitación de derechos fundamentales -menos aún al concreto que aquí nos concierne- se hace en él como para entender que sirve de norma habilitante para que la autoridad sanitaria pueda (deba, si aceptamos el carácter imperativo del precepto) imponer una limitación de la libertad ambulatoria. Todo ello asumiendo, como afirma el Auto, que los derechos fundamentales pueden ser limitados o regulados en su ejercicio mediante una norma con rango de ley, aunque, añadido, con las garantías reforzadas, a través de su aprobación por mayoría absoluta del Congreso en votación final sobre el conjunto del proyecto, que impone el artículo 81.1 de la Constitución, al exigir que sea por medio de Ley Orgánica. Y, evidentemente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, es una Ley ordinaria y no de las reguladas en el artículo 81.1 del Texto Fundamental, por lo que, ello unido a la cláusula abierta que contiene debieron llevar a entender que no existía a partir del tenor del precepto una posible habilitación legal para que por la Comunidad Autónoma se pudieran adoptar las medidas limitativas de derechos y se ratificasen por la Sala.

b.- Lo hasta aquí explicado sobre la insuficiencia del artículo Veintiséis.1 de la Ley General de Sanidad para habilitar a la Consejería de Sanidad en orden a imponer limitaciones al derecho a la libre circulación, por no ser una ley orgánica, entiendo que resulta predicable para la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, texto legal del que ya traté en líneas anteriores para traer al caso, allí, el criterio interpretativo que ofrece en el ámbito de la actividad administrativa sectorial que nos ocupa. Una norma legal que, junto con el uso de una cláusula tan inconcreta como ser verá, tampoco cubre los requerimientos de ley orgánica para fundar una posible atribución de facultades a la Consejería de Sanidad a fin de quedar facultada para limitar el derecho fundamental aquí concernido. Y ello por más que permita en su artículo 54, y así lo invoque la Orden en cuestión, que, “con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la autoridad competente de las Comunidades Autónomas puede adoptar, mediante resolución motivada, entre otras medidas la suspensión del ejercicio de actividades”. Dado que la repetida Orden 1322/2020 contiene medidas restrictivas de aforos respecto a actividades de hostelería, restauración, juegos y apuestas, etc. es a ellas a las que ha de entenderse referida la habilitación legal que contiene el precepto invocado en su exposición de motivos, y no a la relativa a la limitación del derecho, de los ciudadanos residentes en las zonas básicas de salud afectadas, a la libre circulación más allá de la frontera virtual creada a tal efecto.

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

Comunidad de Madrid, a la Autoridad en Salud Pública mencionando, eso sí, en su apartado 1.a) que

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

Aunque el texto legal autonómico incurre en el error de no mencionar que la 3/1986, de 14 de abril, es una Ley Orgánica, lo cierto es que lo es y, en este caso, es la norma que, entiendo que por superar las objeciones expuestas anteriormente a las leyes ordinarias citadas, la Sala considera particularmente relevante para fundar la imprescindible habilitación de la Consejería de Sanidad en cuanto a la imposición de la limitación de la libertad ambulatoria que contiene la Orden 1322/2020. Haré, por ello, referencia a esta Ley Orgánica en el apartado siguiente no sin antes recordar que, tal como el Auto del que respetuosamente discrepo, refiere en aplicación de la jurisprudencia constitucional, la afectación de derechos fundamentales es posible por medio de una Ley -ya ordinaria, ya orgánica- siempre que la norma legal sea cierta y previsible, esto es, siempre que esté *“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) lo que no parece que concurra en las normas legales –ordinarias ni orgánicas, citadas en la Orden autonómica de la que aquí se trata- cuando la única previsión que contienen, según se ha explicado, son simplemente cláusulas abiertas, carentes de previsibilidad alguna en cuanto al límite de afectación del derecho fundamental concernido, facilitando un posible ejercicio arbitrario de las facultades derivadas de tan amplias cláusulas.

Recuérdese, por último, en el mismo sentido ya apuntado, que es el propio Tribunal Constitucional el que en la ya citada STC 169/2001 nos enseña que

“... las disposiciones alegadas deben ser examinadas desde la triple condición que exige nuestra Constitución sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales: la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica”.

Veamos, pues, la “calidad” de la Ley Orgánica 3/1986 -especialmente de su artículo 3- para servir de fundamento legal, continuo y continuado, de una progresiva limitación (cada semana más y más) de los derechos fundamentales, particularmente del regulado en el artículo 19 de la Constitución.

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

por cierto, carece de una siempre útil Exposición de Motivos que pudiera haber dado una clave añadida para su interpretación. Dicen así:

“Artículo primero.

Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo segundo.

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo tercero.

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Sobre la concurrencia de razones sanitarias de urgencia o necesidad para la adopción de medidas sanitarias previstas en el mismo texto legal, no he hecho ni haré cuestión, no sólo por la evidencia de que se dan a causa de la grave pandemia global que padecemos desde hace meses, sino, especialmente, porque, la representación procesal de la Comunidad de Madrid ha acreditado de modo suficiente que la incidencia acumulada de casos confirmados en los últimos 14 días se producía en las áreas de los hospitales de referencia, aunque con especial intensidad en determinadas zonas básicas de salud a las que afecta esta nueva Orden. Considero acreditado, pues, que adoptar medidas sanitarias es preciso por razones de urgencia dada la progresión de los contagios en esta segunda ola. Ahora bien, que las medidas sean necesarias y urgentes no determina que las que, como aquella que afecta a la libertad de desplazamiento, puedan ser adoptadas por cualquier autoridad sanitaria sino sólo por la competente, teniendo presente, en este concreto particular, que sólo puede entenderse por tal la que, en virtud de la habilitación necesaria por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, resulte serlo. Y es que, íntimamente ligado a los derechos a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE), la protección de la salud es uno de los derechos que han de ser protegidos en el marco de los principios rectores de la política social y económica que consagra el Texto Fundamental, pero con pleno respeto de las garantías que la propia Norma Suprema establece, a su vez, para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Máxime cuando reciben en la Constitución, como el del artículo 19 que nos ocupa, una protección reforzada, según expondré más adelante.

Por la remisión del artículo 55.1 de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, aunque hace referencia expresa a la adopción por la autoridad sanitaria competente de “medidas (...) de control”, entiendo que el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 tampoco habilita a la Consejería de Sanidad madrileña para la limitación de la libertad de desplazamiento cuya ratificación ha solicitado a la Sala. De nuevo, ante una

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

El último precepto a examinar es el artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, en el que la mayoría de la Sala ha puesto énfasis para concluir que habilita a la Consejería de Sanidad a la hora de adoptar la medida limitativa de la que venimos tratando. El artículo en cuestión contiene, ciertamente, unas previsiones que podrían, a priori, enmarcar jurídicamente la competencia de la Consejería de Sanidad para limitar la libre circulación acordada en la Orden 1322/2020. Ello es así por cuanto la finalidad que exige el precepto legal, de “controlar las enfermedades transmisibles”, puede considerarse concurrente en este caso. Sin embargo, atendiendo a los presupuestos exigidos por el propio precepto para su aplicación, creo que, en la interpretación de una norma que, eventualmente, pudiera autorizar restricciones a la libertad ambulatoria, no cabe tanta amplitud como para entender que el incremento de la incidencia acumulada de contagios implica que todas y cada una de las personas que residen en el territorio que abarcan las zonas básicas de salud delimitadas en la Orden “estén o hayan estado en contacto” con personas enfermas por coronavirus. La propia tasa de incidencia concretada en los Informes aportados por el Letrado autonómico, impediría, de entrada, considerarlo así por el concreto número de personas contagiadas por cada 100.000 habitantes. En el uso de este precepto fallaría, pues, en mi opinión, el presupuesto para establecer una medida de control tan intensa como es la limitación del derecho fundamental del que venimos tratando.

Descartado, sin embargo, todo lo anterior, la única posibilidad que quedaría para poder considerar que el ordenamiento jurídico habilita a la Comunidad de Madrid sería, dentro del propio artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, la disposición contenida en su

último inciso, esto es, la facultad concedida a la autoridad sanitaria de adoptar las medidas “que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Y es, de nuevo, una cláusula abierta el único instrumento jurídico en que se habría apoyado la Consejería de Sanidad a fin de poder justificar su competencia, como autoridad sanitaria, para imponer la medida restrictiva de la libertad ambulatoria de miles de titulares innominados de este derecho fundamental.

Debe recordarse en este punto que, en su doctrina jurisprudencial -en la que, precisamente, la posición mayoritaria de la Sala se apoya-, el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 169/2001, de 16 de julio, ya citada) enseña que cualquier injerencia de los Poderes Públicos en el ámbito de los derechos fundamentales, ya sea para su desarrollo o para su limitación, precisa de una habilitación mediante norma con rango de ley que garantice la seguridad jurídica a través de las exigencias propias de la legalidad y la certeza del Derecho, debiendo la norma ser, además, previsible, esto es, definidora de las modalidades y extensión del poder de interferir en el ejercicio del derecho fundamental. En este sentido, la STC 76/2019, de 22 de mayo, citando la anterior 292/2000, de 30 de noviembre, recuerda que

“... aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (STC 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada en el F.J. 8 y que aquí ha de darse por reproducida. Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, F.J. 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, F.J. 15; 142/1993, de 22 de abril, F.J. 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 7). De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica”.

Entiendo que, aplicando dicha doctrina, la cláusula abierta del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (adopción de las medidas “que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”), aun tratándose de unas que fuesen proporcionadas, no integraría el exigible canon constitucional de previsibilidad y certeza pues la norma no sólo no prevé la limitación de la libertad ambulatoria expresamente sino que deja a la voluntad de la Autoridad sanitaria, autonómica en este caso, la adopción, sin límites, de cualquier medida que “considere necesaria”. Máxime cuando, como aquí ha ocurrido indudablemente, se ha puesto en pie de igualdad la limitación del aforo de un local de juegos y apuestas con la restricción, nada menos, que del derecho fundamental a la libre circulación, afectando con ello al contenido esencial de éste último, no sólo por haberse rebajado su naturaleza y consideración de derecho fundamental, haciéndolo irreconocible como tal, sino

imposibilitando su ejercicio más allá de las fronteras virtuales de la zona básica de salud de la que se trate en cada caso.

Todo ello considerando que, como ya adelanté, existe en nuestro ordenamiento jurídico, con enlace directo en un precepto constitucional, una normativa específica que, según entiendo, es la que hace derivar la competencia para imponer medidas restrictivas de la libre circulación a los ciudadanos, titulares de este derecho fundamental, cuando la medida, por su alcance, y como es el caso, habría de afectar a un gran número de personas ante una situación de crisis sanitaria, como es también el caso. Veamos cuáles son estos preceptos y normas integrados en el llamado “Derecho de excepción”.

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

Los concretos preceptos de los que hay que partir para estudiar el posible recurso al Derecho de excepción, son los siguientes:

a.- El artículo 55.1 de la Constitución dispone que

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

Al hilo de la exposición que se ha venido realizando, he manifestado en diversas ocasiones que el derecho a la libre circulación, consagrado en el artículo 19, goza, por la mención que de él se hace en el precepto que se acaba de reproducir -que introduce el Capítulo Quinto del Título Primero de la Constitución, denominado “De la suspensión de los derechos y libertades”-, de una protección reforzada. Y es que no todos los derechos y libertades fundamentales precisan para su suspensión de la previa declaración del estado de excepción o de sitio. Sin embargo, como también quedó expuesto y a ello me remito ahora, en la Orden 1322/2020 no puede entenderse producida una suspensión de la libre circulación de los ciudadanos sino tan sólo una “limitación” de este concreto derecho fundamental en la medida que en que, aun cuando impide -salvo las excepciones establecidas- a los ciudadanos residentes en las zonas básicas de salud afectadas traspasar la línea perimetral marcada en la propia disposición, sí “permite” a los mismos la libre circulación dentro del ámbito territorial en el que se extienden tales zonas, apuntando meramente como recomendación (“se desaconseja a la población”) que se eviten los desplazamientos y la realización de actividades no imprescindibles. Sobre la “limitación” acordada volveremos más adelante.

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

“1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”.

c.- En cumplimiento del mandato constitucional, se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En lo que al objeto del proceso interesa, resulta necesario reproducir ahora los artículos siguientes de esta Ley Orgánica:

“Artículo cuarto.

El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

(...)

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias (...).”

“Artículo quinto.

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

“Artículo once.

Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”.

No es, desde luego, irrelevante que el legislador haya introducido en este artículo once una descripción tan clara -con un verbo que expresa una acción tan específica, [**“limitar** la circulación (...) de personas o vehículos en horas y lugares determinados”]- de una de las medidas a acordar previa declaración del estado de alarma -medida que coincide plenamente con la adoptada por la Consejería de Sanidad en la Orden 1178/2020, en la 1226/2020 y ahora, en la 1322/2020- ni tampoco lo es que haya sometido tal limitación del derecho fundamental afectado a los controles y garantías que, por su inclusión, en el artículo 55 CE debe tener de modo reforzado, a diferencia de otros derechos fundamentales no incluidos en ese precepto.

En cuanto a la previsión normativa del artículo Cuarto, apartado b) creo evidente que su ámbito natural de aplicación se encuentra en una situación como la contemplada en la propia Orden 1322/2020 (y antes en las 1178/2020 y 1226/2020), que asienta la justificación de las medidas adoptadas en el agravamiento, en determinadas zonas básicas de salud de la Comunidad Autónoma, de la crisis sanitaria que se viene padeciendo a nivel nacional como consecuencia de la pandemia global a causa del coronavirus SARS-CoV-2. Se da, por tanto,

la alteración grave de la normalidad que exige el precepto legal del que tratamos. Pero, es más. En el texto introductorio de las disposiciones contenidas en la Orden 1322/2020 se explica que, atendiendo a la situación epidemiológica localizada en determinados núcleos de población que, dice, se corresponden con otras zonas básica de salud más (además de las 49 ya afectadas por las Órdenes 1178/2020 y 1226/2020). Resulta, por tanto, innegable que la Consejería de Sanidad considera que se dan las circunstancias extraordinarias que determinan la adopción de medidas, también excepcionales, como lo es la limitación de los desplazamientos, pero sólo de los dirigidos al exterior de la zona perimetralmente delimitada y no en el interior de la misma, aunque en esta última se “desaconsejen”.

Ya se ha explicado anteriormente que para, la limitación del derecho fundamental ahora estudiado, la Consejería de Sanidad invoca una normativa de cobertura que resulta ser inespecífica, inconcreta e insuficiente según los cánones constitucionales de previsibilidad y certeza del Derecho. Tal cobertura, ya se ha apuntado, pretende fijarse, a la postre, en la redacción de una mera cláusula abierta (la final del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/2020) que ninguna previsión específica contiene respecto a la posibilidad de limitar un derecho fundamental cuya afectación sí que encuentra respaldo expreso en una norma especial y explícita que es la Ley 4/1981, de 1 de junio. La consecuencia que de ello puede extraerse es que una genérica habilitación en la normativa sectorial en materia sanitaria, inespecífica para con un derecho fundamental de reforzada protección constitucional, no resulta suficiente para permitir a una autoridad sanitaria autonómica adoptar una medida limitativa de la libertad ambulatoria que, siendo, quizás, necesaria e idónea para lograr el objetivo declarado, tan sólo podrían ser acordadas por quien, según esta norma legal especial, sí tiene competencia para ello, esto es, por el Gobierno, tal como recientemente ha ocurrido en el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre.

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

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

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

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

- La Orden 1322/2020 (como antes la Orden 1178/2020 y la 1226/2020) limita la libre circulación de los ciudadanos al no poder traspasar la línea perimetral marcada en función del ámbito territorial de su zona básica de salud, pudiendo acceder, como mucho, al de otra zona también afectada por la misma disposición. Y esto, precisamente, es lo que prevé el artículo Once.a) de la Ley Orgánica 4/1091 como posible medida a acordar en el decreto de declaración de estado de alarma y lo que se ha hecho en el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, con el cierre perimetral de los términos municipales de nueve Ayuntamientos esta misma Comunidad Autónoma.
- La Orden 1322/2020 (como antes la Orden 1178/2020, la 1226/2020 y la 1724/2020) contempla, como base de la medida limitativa de la libre circulación, la existencia de una alteración grave -en realidad, un agravamiento- de la normalidad. Y esto, precisamente, es lo que establece el artículo Cuarto.b) de la Ley Orgánica 4/1981 como requisito para la declaración del estado de alarma y es también lo que se ha hecho en el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, con el cierre perimetral de los términos municipales de nueve Ayuntamientos de esta misma Comunidad Autónoma.
- La Orden 1322/2020 (como antes la Orden 1178/2020, la 1226/2020 y la 1724/2020) limita el ejercicio del derecho a la libre circulación a una parte del territorio de la Comunidad Autónoma. Y la declaración parcial del estado de alarma es permitida por el artículo Cuarto de la Ley Orgánica 4/1981 y, de hecho, es lo que se ha declarado para otros concretos territorios de esta misma Comunidad Autónoma en el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre.
- La Orden 1322/2020 (como antes la Orden 1178/2020, la 1226/2020 y la 1724/2020) prevé que la duración de las medidas impuestas, por tanto, también la limitación de la libertad ambulatoria, “por un periodo inicial de catorce días naturales, pudiendo ser prorrogado si así lo requiriese la evolución de la situación epidemiológica de mantenerse las circunstancias que motivan su adopción”. Y esta limitación temporal inicial es, prácticamente, la misma que prevé el artículo 116.2 de la Constitución que, sin embargo, y no es una cuestión menor, exige al Gobierno la autorización del Congreso para la prórroga de la limitación de los derechos fundamentales concernidos en el Decreto de declaración del estado de alarma, ya se haya declarado éste sobre la totalidad del territorio nacional o tan sólo en una parte del mismo.

A partir de aquí, no hace falta, creo, mayor disquisición para concluir que, por esta indirecta vía de la suspensión limitada del derecho a la libre circulación se subvierte el orden constitucional de garantías y contrapesos frente a la afectación del derecho fundamental concernido pues la Consejería de Sanidad termina pudiendo hacer lo que ni el propio Gobierno ya puede hacer, en el mismo territorio autonómico para otros distintos cierres perimetrales, sin autorización del Parlamento: prorrogar la limitación del derecho de libre circulación.

Dicho lo anterior y para concluir con este apartado, tan sólo restaría añadir que la elección por la Comunidad Autónoma de acudir o no al recurso del Derecho de excepción no podría entenderse nunca como una facultad incondicionada para, superando los límites constitucionalmente establecidos para la posible afectación de los derechos fundamentales

del artículo 55.1 de la Constitución -por tanto, el que nos ha venido ocupando hasta ahora-, adoptar medidas limitativas de la libre circulación bajo el amparo de una norma legal (la Ley Orgánica 3/1986) que, a estos efectos, resulta ser ley general y no especial, como sí lo es la Ley Orgánica 4/1981, directamente entroncada con el artículo 116 de la Constitución.

Asumir sin más que la coexistencia de ambas normas legales no requiere la aplicación de principios tales como el de que la ley general, e inconcreta, cede ante la regulación específica contenida en una ley que, por ello, es ley especial, permitiendo a la Administración acudir a una o a otra, según la “intensidad” de las circunstancias concurrentes en cada momento, es tanto como dar carta de naturaleza a la inseguridad jurídica y a una eventual decisión arbitraria que podría, en su caso, llevar a una Administración autonómica a ampararse siempre en la norma inconcreta que ni contiene restricciones ni contiene garantías específicas frente a la afectación de un derecho fundamental de reforzada protección, desconociendo así su contenido esencial. Y todo ello imponiendo a los numerosísimos ciudadanos afectados el sacrificio, si no total, sí en gran medida, de su derecho a la libre circulación, sin observar el pulido sistema que la Constitución establece, de garantías para los titulares del derecho fundamental y de contrapeso del Poder del Estado que sí está facultado para imponer en esta situación tal limitación. Recuérdese que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el contenido esencial de un derecho fundamental “*se rebasa o se desconoce*” no sólo cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, sino también cuando tales limitaciones lo dificultan más allá de lo razonable “*o lo despojan de la necesaria protección*” (STS 11/1981, de 8 de abril). Y esto, entiendo, es lo que ocurre en este caso.

C.- CONCLUSIÓN

Tras la exposición de lo anterior, contrariamente al criterio mayoritario de la Sala, considero que, por las razones explicadas, la cláusula abierta del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986 es insuficiente en su contenido, imprevisible en la limitación del derecho y, además, carente de certeza, por lo que no habilita a la Consejería de Sanidad, en el caso que nos ocupa, para adoptar la medida restrictiva de limitar el derecho fundamental a la libre circulación de los numerosísimos ciudadanos residentes en las zonas básicas de salud incluidas en el apartado 1 de la Orden 1322/2020, a los que, por la misma vía, habría que sumar los ya afectados por las anteriores Órdenes 1178/2020 y 1226/2020, alcanzando ya a un total de, alrededor, un millón cien mil personas.

Una opción que en las actuales circunstancias se ha revelado incluso discriminatoria para los titulares del citado derecho fundamental pues, mientras los millones de ciudadanos incluidos en el ámbito territorial al que alcanza el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, que declara el estado de alarma parcial para determinados municipios de la Comunidad de Madrid, tienen, entre otras garantías, la certeza de que la prórroga de tal limitación de sus respectivos derechos fundamentales debería -en caso de considerarse preciso prolongar la vigencia de esta medida- de ser autorizada por el Congreso de los Diputados o, si no, decaerá, mientras esto es así, decía, los demás titulares del mismo derecho fundamental, afectados en su ejercicio a través de las Órdenes autonómicas dictadas, carecen no sólo de tal certeza sino de la garantía que representa el contrapeso que la Constitución establece para el Poder Ejecutivo que lo ha impuesto, quedando aquéllos en manos, de nuevo, del criterio de oportunidad -no dejaría de ser tal por venir apoyado en informes técnicos sanitarios, como

doy por supuesto que tendría que concurrir por parte de ambas Administraciones, estatal y autonómica, que han limitado, por un mecanismo u otro, el derecho fundamental- que adopte la propia Consejería autonómica de Sanidad.

El título legal habilitante que confiere el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986 lo sería, en todo caso, para la posible afectación de otros derechos fundamentales que, aunque dignos también de tutela, no cuentan con la protección reforzada que, junto a otros concretos, le concede a éste su inclusión el artículo 55.1 de la Constitución.

Esta Magistrada no desconoce, sino todo lo contrario, la grave situación de crisis sanitaria en cuyo marco se suscitan las dudas jurídicas a las que la Sala ha de enfrentarse en los procesos de ratificación de medidas sanitarias adoptadas por la Comunidad de Madrid, cuando las mismas afectan directamente a derechos fundamentales como el que nos ha ocupado en particular. Sin embargo, sosteniendo, como reitero ahora, la insuficiencia del título legal que la Sala mayoritariamente entiende habilitante (el del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986), también afirmo -con base en lo que la propia Sala expresamente y por unanimidad mantuvo en su Auto 128/2020, de 8 de octubre (PO 1224/2020)- que el no tener que recurrir al derecho de excepción sólo podría evitarse si el ordenamiento jurídico se hubiese provisto, o se proveyese por el legislador (nunca será tarde para ajustarlo a una realidad social que, indiscutiblemente, ha desbordado la jurídica) con una norma especial, concreta, previsible y cierta, que habilite legalmente a la Autoridad sanitaria autonómica en orden a ejercitar, con plenitud de poderes pero también con las correlativas garantías para los ciudadanos, las potestades derivadas de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación sanitaria básica, cuando el ejercicio de tales potestades hubiera de resultar, eventualmente, limitativo de derechos fundamentales. Y es que, como dijo unánimemente la Sala en el citado Auto de 8 de octubre pasado: *“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”*.

Por todo lo hasta aquí expuesto y razonado, considero que la ratificación de la medida de limitación de la libre circulación impuesta, ahora, a otro gran número de ciudadanos afectados por ella, con las normas legales con las que en la actualidad contamos, debió ser rechazada por la Sala en el Auto dictado en fecha 15 de octubre de 2020.

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

Abordar someramente el contenido del derecho fundamental que, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, entiendo afectado por la Orden 1322/2020 (al igual que ocurre en las zonas a las que alcanzan las Órdenes 1178/2020 y 1226/2020), nos exige partir de lo dispuesto en el artículo 9 (“Libertad de pensamiento, de conciencia y religión”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dice así el apartado 1 del precepto:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

“Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

(...)

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales”.

A partir de tal regulación, considero que, pese a que el Letrado de la Comunidad de Madrid no lo expuso así, en el Auto debió haberse contemplado que la necesidad de ratificación judicial de las medidas limitativas adoptadas en la Orden también alcanzaba a la previsión hecha respecto del derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución.

Así, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, del que respetuosamente vuelvo a discrepar en este punto, entiendo que la Orden 1322/2020 vuelve a afectar (como antes la Orden 1178/2020, que ahora se prorroga, y la Orden 1226/2020), 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”.

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

En su texto introductorio, la Orden expone que

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

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

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

En Madrid, a quince de octubre de dos mil veinte.

Fdo.: María del Pilar García Ruiz

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.