

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33094690

NIG: 28.079.00.3-2021/0020351



(01) 33186439317

**Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias 1024/2021 P - 01**

**De:** Abogacía General de la Comunidad de Madrid - Contencioso-administrativo

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

**A U T O N° 98/2021**

**ILMO. SR. PRESIDENTE:**

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D./Dña. AMPARO GUILLÓ SÁNCHEZ- GALIANO

D./Dña. JUANA PATRICIA RIVAS MORENO

D./Dña. ANA MARIA JIMENA CALLEJA

D./Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

D./Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** En fecha 11 de mayo de 2021 se ha recibido en esta Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, solicitud de los servicios jurídicos de dicha Comunidad Autónoma por la que solicita la ratificación de las medidas sanitarias adoptadas en la **Orden 573/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad**, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

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, 11 de mayo de 2021, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.8 y 122 quarter de la LJCA, modificada por ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, se ha dado traslado al Ministerio Fiscal por término de veinticuatro horas para que presentara alegaciones al ser parte en este procedimiento.



El Ministerio Público ha presentado escrito en el que considera que procede la ratificación de las medidas sanitarias acordadas en el apartado Segundo de la Orden 573/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad por la que se disponen medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

Alega el Ministerio Fiscal que esta Sala ya se ha pronunciado en los Autos que relaciona (asuntos 1070/2020, 1180/2020 y 977/2021) dictados en la presente materia en el sentido de ratificar medidas similares a las presentes y que se remite a sus informes en dichos procedimientos si bien comparte, para mayor seguridad jurídica, la conveniencia de previsiones normativas expresas con sujeción a las garantías constitucionales, pero concluyendo que la actual situación de la pandemia que resulta de los informes que se adjuntan debe llevar a la ratificación de las medidas propuestas.

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

Siendo ponente en este trámite la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Ana María Jimena Calleja, que expresa el parecer de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** Solicita la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos, la ratificación por esta Sala de las medidas ya acordadas en la Orden 573/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, limitando su solicitud a las medidas del apartado segundo de la Orden que suponen restricción de los derechos fundamentales.

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

### ***“Primero Objeto***

*1. La presente Orden tiene por objeto establecer, con carácter temporal y excepcional, la restricción de entrada y salida de personas de determinados ámbitos territoriales como medida adicional específica de contención y prevención necesaria para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.*

***Segundo Limitación de la entrada y salida por razón de salud pública en determinados núcleos de población***

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

- a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.*
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.*



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

2. *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.*

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

### **Tercero Ámbito de aplicación**

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

— *En el municipio de Madrid:*

- *En el distrito de Arganzuela:
  - **Zona básica de salud Chopera**, siendo posible el acceso hacia la zona perimetralmente delimitada por el paseo de Santa María de la Cabeza, el paseo de la Chopera, calle del Vado de Santa Catalina y el río Manzanares.*
- *En el distrito de Barajas:
  - **Zona básica de salud Barajas**.*
- *En el distrito de Ciudad Lineal:
  - **Zona básica de salud Gandhi**.*
- *En el distrito de Latina:*



- **Zona básica de salud General Fanjul**, siendo posible el acceso hacia los Centros Deportivos y Socioculturales Militares “La Dehesa” y “San Jorge”, así como hacia la zona perimetralmente delimitada por la avenida de los Poblados, calle Luis Chamizo, calle Guareña y avenida de Las Águilas.

• En el distrito de Salamanca:

- **Zona básica de salud Castelló.**

— En el municipio de Getafe:

• **Zona básica de salud Las Margaritas.**

— En el municipio de Móstoles:

• **Zona básica de salud La Princesa.**

— En el municipio de Majadahonda:

• **Zona básica de salud Majadahonda** (“Cerro del Aire”), siendo posible el acceso hacia la zona perimetralmente delimitada por el norte de la M-509 y el oeste de la M-50.

2. La medida prevista en la presente Orden se aplicará **desde las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2021 hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2021**, sin perjuicio de su prórroga si la situación epidemiológica lo aconseja, en el siguiente ámbito territorial:

— En el municipio de Leganés:

• **Zona básica de salud Leganés norte.**

3. La medida establecida en esta Orden será de aplicación a todas las personas que se encuentren o circulen, así como a aquellas personas que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público o abierto al público ubicado en los ámbitos territoriales afectados.”

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

Esta Sala ya se pronunció sobre tal cuestión, inicialmente en la Sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto de 2020, dictada en resolución del recurso de apelación nº 907/2020, y ha mantenido y reproducido tal criterio en sus posteriores Autos de 24 de septiembre de 2020 (procedimiento de ratificación de medidas nº 1070/2020), Auto de 1 de octubre de 2020 (PRM nº 1180/2020), Auto de 8 de octubre de 2020 (PRM 1224/2020), Auto de 15 de octubre de 2020 (PRM 1300/2020) y Auto de 7 de mayo de 2021 (PRM 1040/2021).

Dijimos en aquella Sentencia inicial (fundamento jurídico séptimo) por lo que ahora interesa y sobre el alcance de nuestra función lo siguiente:

“...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....”.*

Esta delimitación del alcance de nuestro cometido ha sido posteriormente reafirmada en las otras resoluciones ya reseñadas en las que hemos repetido que el alcance de la ratificación que se nos solicitaba no era la revisión de la oportunidad de las medidas acordadas y que no se extendía tampoco a enjuiciar 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.

Y en este sentido hemos afirmado que nuestra función es analizar respecto de aquellas medidas cuya ratificación se nos solicita por la Administración, y solo respecto de las mismas, 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.

Dijimos también en la citada sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto de 2020:

*“(...) 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 (...).”*

En conclusión, en este procedimiento especial nuestra función se restringe a analizar cuáles de dichas medidas cuya ratificación se solicita limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si tal limitación encuentra, primero, cobertura legal, siendo o no competente la Administración que las acuerda, y además si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en la restricción o limitación de dichos derechos esenciales.



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

**TERCERO:** Comenzando por la cuestión relativa a la **cobertura legal de las medidas** acordadas en relación con la **competencia de la Administración Autonómica** para adoptarlas, hemos de recordar que esta Sala ya se pronunció sobre dicha cuestión en la Sentencia de 28 de agosto pasado antes citada en los siguientes términos:

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

*La intervención de los jueces y tribunales será necesaria para aprobar y ratificar aquellas de las acordadas, en condiciones de urgencia y necesidad, cuando puedan implicar privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, según la literalidad del artículo 8.6, párrafo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.*

*Por tanto, cualquier pronunciamiento que vaya más allá de la ponderación de las variables del binomio salud/enfermedad, atendido el contexto y los parámetros de constitucionalidad que definen el contenido de los bienes jurídicos que menciona aquel precepto, supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conllevan para el ciudadano. ...Los citados textos legales permiten afirmar que las autoridades sanitarias en cada comunidad autónoma, a través de sus órganos competentes, pueden intervenir en las actividades públicas y privadas, para proteger la salud de la población y prevenir la enfermedad. Por ello, en situaciones de pandemia como la que atravesamos, para garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio, tienen competencias para adoptar medidas preventivas de contención y otras que supongan limitación de actividades y desplazamiento de personas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales...”*

Por tanto, la cobertura legal y la competencia de las autoridades sanitarias autonómicas para adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar la extensión de la enfermedad y que supongan limitación o restricción de derechos fundamentales en una situación de pandemia como la actual motivada por razones de urgencia o necesidad, ya ha sido afirmada por esta Sala, siempre que dichas medidas lo sean para el control de enfermedades transmisibles, sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales, principio sobre el que se volverá más adelante.



La **habilitación legal**, que se afirmó entonces y que ahora se confirma, deviene esencialmente de lo dispuesto en los arts. 1 Y 3 de la **Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública** al señalar que: “Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Publicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles la autoridad sanitaria, además de realizar las medidas preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas...así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Asimismo, aparece reiterada en los arts. 1 y 28 de la **Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad** que alude expresamente a las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de personas y de los bienes y a cualesquiera otros de los derechos afectados y, finalmente encuentra respaldo en la ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y en la **ley autonómica 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid**.

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

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

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

En el supuesto que nos ocupa estos **presupuestos constitucionales** se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en dicha ley orgánica sobre los **bienes y derechos constitucionalmente protegidos**, la salud pública e integridad física, como por los **supuestos y fines** que aparecen definidos en la ley orgánica habilitante, L.O. 3/1986, especial de salud pública, puesto que en ella se 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 491/1999, FJ 4 y STC 76/2019 de 22 de mayo) y que se resumen en el ámbito material a que se circunscribe, salud



pública; la exigencia de que estas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias y, por lo que ahora nos ocupa, traten de controlar y/o evitar la transmisibilidad una enfermedad; en definitiva, la propia Ley Orgánica delimita las condiciones esenciales que han de concurrir para la adopción de tales medidas limitativas.

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

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

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

Con arreglo a las consideraciones expuestas y con los límites expresados se reafirma la competencia de la autoridad autonómica para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales por razones de salud pública, reiterando así el criterio sostenido por esta Sala en los autos antes citados.

**CUARTO:** Sentado lo anterior, examinaremos el apartado segundo de la Orden cuya ratificación se solicita ya transcrito más arriba y en el que, esta Sala únicamente encuentra **concernido el derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación** de las personas (consagrado en el artículo 19 CE) en los ámbitos territoriales recogidos en el apartado tercero, punto 1, y durante el periodo que se recoge en el punto 2.

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 tercero”, habrá de analizarse en función de los parámetros constitucionales exigibles que, según reiterada jurisprudencia constitucional se contrae a dos exigencia esenciales que dimanen del **principio de proporcionalidad** y han de respetarse en todo caso cuando se trata de la restricción de un derecho fundamental como el que nos ocupa:



- la idoneidad de la medida, en el sentido de que la misma se encuentre justificada para perseguir la protección de otro derecho fundamental o para alcanzar un fin constitucionalmente protegible; y
- que para alcanzar tal fin se haya limitado de la manera menos restrictiva el derecho fundamental del que se trata.

Dicho de otro modo, será preciso analizar si la limitación del derecho fundamental acordada tiene una justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue, que es constitucionalmente protegible y que además que no existe una medida menos gravosa para cumplir con esa finalidad.

O, en palabras del Tribunal Constitucional en su STC 96/2012, de 7 de mayo, “... hemos destacado (SSTC 207/1996, de 17 de diciembre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; 86/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6 y 173/2011 de 7 de noviembre FJ 2, entre otras) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)...”.

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

*“(....)Pese a la **pérdida de vigencia del estado de alarma** y de las disposiciones para su aplicación desde las 00:00 horas del próximo 9 de mayo, debe distinguirse entre la expiración de las medidas limitativas adoptadas durante la vigencia del mismo con el fin de contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, y la **crisis sanitaria** propiamente dicha, provocada por la pandemia, la cual **subsiste** y cuya superación aún no ha sido oficialmente declarada por el Gobierno de España tal y como se dispone en el artículo 2.3 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.*

*Por tal circunstancia las autoridades sanitarias tienen la **obligación de adoptar las medidas preventivas pertinentes para proteger la salud pública**, bien jurídico reconocido en el artículo 43 de nuestra Constitución, dentro del marco legal de las competencias que tienen reconocidas.*

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

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



además se realiza un análisis con periodicidad semanal para el conjunto de la Comunidad de Madrid.

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

*Los datos de evolución en los ámbitos territoriales objeto de la presente Orden determinan la necesidad de adoptar determinadas medidas limitativas con carácter temporal para lograr una mayor reducción del índice de transmisión para mejorar el control de los casos y lograr una mayor reducción del número de hospitalizaciones. Para ello resulta inevitable y necesario restringir el acceso y entrada a determinados núcleos de población por un periodo de tiempo limitado.”*

Es pues, la protección de la salud pública, evitando la propagación del virus a otras zonas y reduciendo su mayor incidencia en otras poblaciones, lo que justifica según la propia Orden la restricción del derecho.

Tal finalidad se encamina a la protección de otro derecho fundamental como es el consagrado en el art. 15 CE, en su vertiente de integridad física, que merece ser reconocido como digno de protección igualmente (STC 53/1985, de 11 de abril).

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

La finalidad de impedir la propagación de la pandemia y por tanto de protección de la salud pública se fundamenta también en la solicitud que nos ocupa a través del **Informe de la Dirección General de Salud Pública, de 7 de mayo de 2021**, que se acompaña, en el que se hace expresa alusión al criterio técnico de incidencia acumulada en 14 días en la **ZBS de Leganés norte** hasta el 24 de mayo, de **más de 500 casos por cada 100.000 habitantes**, mantenida o con crecimiento en el periodo que se considera, destacando asimismo que dicho aumento de incidencia aparece acompañado también por una mayor presión sobre el sistema sanitario al haberse incrementado la ocupación de la Unidad de Cuidados Intensivos de los diferentes Hospitales.

Para el **resto de las zonas** en las que se acuerda la limitación de movilidad hasta el 17 de mayo, lo que supone una prórroga en zonas ya previamente acotadas, utiliza la Administración el criterio de la **superación de la media de la CAM -375,5 casos/100.000-** sin tendencia decreciente consolidada.

El citado informe hace también referencia al “Plan de respuesta temprana por fin de la Pandemia por Covid-19” elaborado por el Ministerio de Sanidad y acordado en el Consejo Interterritorial de Salud de fecha 16 de julio de 2020, en el que se indica que ante el agravamiento de la situación epidemiológica “las medidas encaminadas a la reducción de la



movilidad de las personas, se han mostrado altamente efectivas para controlar la transmisión del SARS-COVID 2, cuando el virus alcanza un elevado nivel de difusión”.

Y, finalmente, se aportan informes sobre la situación epidemiológica de Covid-19 en la CAM a 2 de mayo de 2021, efectuando un análisis por ZBS, evidenciando la mayor incidencia de la enfermedad en las zonas afectadas así como el aumento de los ingresos en las unidades de cuidados intensivos en los Hospitales en dichas zonas.

Aprovechando la experiencia acumulada desde el inicio de la pandemia, se aportan igualmente en estos informes datos concretos sobre la efectividad de la medida de la que tratamos; en este sentido, en el escrito de solicitud, el Letrado de la Cam resalta:

*“Así, a partir de la semana epidemiológica 37 (cierre el 13 de septiembre de 2020), se observó una desfavorable evolución epidemiológica en 37 ZBS de la Comunidad de Madrid, que obligó a la adopción de medidas específicas temporales y excepcionales adoptadas mediante Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, que restringe la movilidad de la población fuera de los ámbitos territoriales de estas 37 zonas básicas de salud y establece limitaciones de aforo y horario para el desarrollo de determinadas actividades sociales y comerciales en esos ámbitos territoriales. Posteriormente se ampliaron estas medidas a 8 Zonas básicas sanitarias más, mediante la Orden 1226/2020 de 25 de septiembre, y adicionalmente se prorrogó la limitación a 3 zonas básicas sanitarias, mediante la orden 1274/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se prorroga y modifica la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población en ejecución de actuaciones coordinadas en salud pública frente al COVID-19, y a como consecuencia de la evolución epidemiológica. Además, con fecha 9 de octubre, a través de la Orden 122/2020, se aplicaron medidas específicas temporales y excepcionales de salud pública a 4 zonas básicas de salud más.*”

***Estas medidas, que se mantuvieron por un periodo mínimo de 14 días, tuvieron como resultado una reducción en el número de ingresos hospitalarios y de casos diagnosticados (comparando la IA a 14 días del primer día de restricción y el 8 de octubre el porcentaje de disminución ha sido entre el 16% y 73% en las 37 primeras ZBS con restricción desde el 21 de septiembre, entre 14% y 61% en las 8 ZBS con restricción desde el 28 de septiembre, y entre el 39% y 68% en las últimas 4 zonas con restricción desde el día 12 de octubre.***”

Todo ello respalda la razón de la limitación de la movilidad acordada, que no es otra que la protección de la salud evitando una mayor propagación del virus a otras zonas.

Esta finalidad, cumple con los dos primeros requisitos expuestos más arriba, esto, se trata de una medida necesaria e idónea para el fin perseguido, que no es otro que evitar la mayor difusión a otras zonas de una enfermedad altamente contagiosa.

Es una **medida idónea**, porque a través de ella es fácil colegir como evidencian los informes aportados, que se trata de evitar en la medida de lo posible la mayor difusión del virus a otras zonas y consecuentemente una mayor tasa de propagación.

También se presenta como **necesaria** porque sin dicha restricción de movilidad se muestra difícil conseguir tal objetivo, como también advierten dichos informes; y, además responde a un **principio de precaución** (art. 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión



Europea) en evitación del riesgo de propagación de la pandemia que aboga aún más por la proporcionalidad de la medida desde esta perspectiva de idoneidad y necesidad.

Por último, consideramos que examinada la limitación que implica la medida desde la perspectiva del principio de proporcionalidad antes aludido, en su sentido más estricto, esto es, analizando si la limitación del derecho fundamental que consagra el artículo 19 CE se efectúa de la forma menos gravosa posible para conseguir el fin de protección de la salud que se persigue, la propia modulación que implica la adopción de excepciones a la movilidad, que se contiene en el apartado segundo de la Orden examinada evidencia que las limitaciones se adoptan de forma atemperada y tratando de disminuir sus efectos sobre los sujetos afectados por las medidas limitativas 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.

No obstante, y como señalamos ya en el Auto de 7 de mayo, no queremos concluir esta resolución sin dejar de hacer constar que en este examen de la proporcionalidad de la medida o medidas concretas cuya autorización o ratificación se solicite en cada caso concreto, se habrá de considerar en cada supuesto la intensidad y naturaleza de la limitación y el alcance que para los derechos fundamentales afectados pueda tener la misma, no siendo extrapolables las conclusiones aquí alcanzadas a todos los casos que pudieran plantearse.

Por todo ello procede ratificar la medida acordada en la Orden 550/2021, de 30 de abril, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en su apartado segundo, como se hará en la parte dispositiva de la presente resolución.

No procede pronunciamiento en cuanto costas procesales.

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

## PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

1.- **Ratificar las medidas** acordadas en el apartado segundo de la **Orden 550/2021 de 30 de abril**, de la Consejería de Sanidad por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del Covid-19 en determinados núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020 de 3 de noviembre.



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

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

Contra la presente resolución será procedente la interposición de Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 apartados 1 bis, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) tras su modificación operada por el Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo; recurso a presentar ante dicho Tribunal Supremo en el plazo de 3 días hábiles contados desde la fecha de la notificación de esta resolución.

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

Notifíquese por vía telemática la presente resolución .



## VOTO PARTICULAR

Al amparo de los artículos 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la **MAGISTRADA ILMA. SRA. DOÑA MARÍA DOLORES GALINDO GIL**, como quedó anunciado en el acto de deliberación, formula el presente Voto Particular al Auto de 14 de mayo de 2021, dictado en el seno del Procedimiento Ordinario número 1024/2021 sobre Autorización o Ratificación de Medidas Sanitarias.

La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a través del Letrado de sus Servicios Jurídicos, insta la ratificación judicial de la ORDEN 573/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. (BOCM, número 109, de 8 de mayo de 2021).

Por medio de este Voto Particular, siempre desde el respeto a la posición mayoritaria, vengo a expresar mi discrepancia con la parte dispositiva del Auto recaído y su fundamentación jurídica, en los extremos concretos y por los motivos de los que hice partícipes a los restantes magistrados componentes de la Sala en el acto de deliberación y que me llevan a denegar la ratificación de las medidas restrictivas de desplazamientos contenidas en el Dispongo Segundo de la Orden 573/2021, respecto a las cuales el Letrado de la Comunidad de Madrid, ciñe su solicitud de ratificación por la Sala.

Es por ello que, mi disidencia se plasma en razonamientos ya expresados en otros votos particulares elaborados en los Autos número 115/2020, de 24 de septiembre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1070/2020), número 125/2020, de 1 de octubre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1180/2020) y Auto número 134/2020, de 15 de octubre de 2020 (Procedimiento Ordinario número 1300/2020), en que la Comunidad de Madrid sometió a ratificación judicial las medidas específicas por razón de salud pública, con ocasión del dictado y publicación de las Ordenes 1178/2020, de 18 de septiembre; 1226/2020, de 25 de septiembre; 1274/2020, de 1 de octubre, 1322/2020, de 9 de octubre y el recientísimo Auto número 93/2021, de 7 de mayo de 2021, dictado en el seno del Procedimiento Ordinario número 977/2021 por las que, como ahora sucede, la Consejería de Sanidad, acordaba la adopción de medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica y que serán traídos a colación en lo que resulte pertinente, en cumplimiento de mi deber de fundamentar la totalidad de los motivos por los que me aparto del criterio mayoritario.

Avanzo que mi divergencia se centra en que 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 573, no otorgan cobertura legal para su adopción dado que contienen una habilitación legal insuficiente e inidónea.

**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.”*

La parte introductoria de la Orden 573, explica que su finalidad, de un lado, es cumplir la obligación que incumbe a las autoridades sanitarias de adopción de las medidas preventivas pertinentes para proteger la salud pública, dentro del marco legal de las competencias que tienen reconocidas, ante la pérdida de vigencia del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE número 282, de 25 de octubre), acordado en Consejo de Ministros y de la normativa dictada en su desarrollo, desde las 00.00 horas del pasado 9 de mayo.

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

*“La presente Orden tiene por objeto establecer, con carácter temporal y excepcional, la restricción de entrada y salida de personas de determinados ámbitos territoriales como medida adicional específica para la contención y prevención necesaria para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.”*

Las Medidas específicas temporales y excepcionales a que alude la Orden, se concretan-tal como dije- en el Dispongo Segundo rubricado *“Limitación de la entrada y salida por razón de salud pública en determinados núcleos de población”*, de modo que *restringen* el derecho fundamental a la libertad de circulación y salida de personas salvo desplazamientos, adecuadamente justificados, por los motivos que enumera.

Los ámbitos territoriales afectados, definidos como en ocasiones anteriores por Zonas Básicas de Salud - *“que constituyen la unidad geográfica de referencia del sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, según la parte introductoria-*, son las siguientes y con el alcance temporal que se dispone, a saber,

#### ***“Tercero Ámbito de aplicación***

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

— *En el municipio de Madrid:*

- *En el distrito de Arganzuela:  
- Zona básica de salud Chopera, siendo posible el acceso hacia la zona perimetralmente delimitada por el paseo de Santa María de la Cabeza, el paseo de la Chopera, calle del Vado de Santa Catalina y el río Manzanares.*

- *En el distrito de Barajas:*

- *Zona básica de salud Barajas.*



- *En el distrito de Ciudad Lineal:*
  - *Zona básica de salud Gandhi.*
- *En el distrito de Latina:*
  - *Zona básica de salud General Fanjul, siendo posible el acceso hacia los Centros Deportivos y Socioculturales Militares “La Dehesa” y “San Jorge”, así como hacia la zona perimetralmente delimitada por la avenida de los Poblados, calle Luis Chamizo, calle Guareña y avenida de Las Águilas.*

- *En el distrito de Salamanca:*
  - *Zona básica de salud Castelló.*
- *En el municipio de Getafe:*
  - *Zona básica de salud Las Margaritas.*
- *En el municipio de Móstoles:*
  - *Zona básica de salud La Princesa.*
- *En el municipio de Majadahonda:*
  - *Zona básica de salud Majadahonda (“Cerro del Aire”), siendo posible el acceso hacia la zona perimetralmente delimitada por el norte de la M-509 y el oeste de la M-50.*

2. *La medida prevista en la presente Orden se aplicará desde las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2021 hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2021, sin perjuicio de su prórroga si la situación epidemiológica lo aconseja, en el siguiente ámbito territorial:*

- *En el municipio de Leganés:*
  - *Zona básica de salud Leganés norte.*

3. *La medida establecida en esta Orden será de aplicación a todas las personas que se encuentren o circulen, así como a aquellas personas que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público o abierto al público ubicado en los ámbitos territoriales afectados.”*

Y tal como refiere su Punto 3, las medidas establecidas en la Orden son de aplicación a todas las personas que se encuentren o circulen, así como a aquellas personas que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público o abierto al público ubicado en los núcleos de población afectados, a las que cabe añadir –apartado 2 del Dispongo Segundo- 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.

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

*“Segundo Limitación de la entrada y salida por razón de salud pública en determinados núcleos de población*

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

- a) *Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.*
- b) *Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.*
- c) *Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.*
- d) *Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.*



- e) *Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.*
- f) *Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.*
- g) *Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.*
- h) *Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.*
- i) *Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.*
- j) *Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.*
- k) *Asistencia a los entrenamientos, competiciones o ligas organizadas por las federaciones deportivas madrileñas, que se acreditarán mediante licencia deportiva o certificado federativo. Los menores de edad podrán ser acompañados por un adulto.*
- l) *Asistencia a centros deportivos para recibir servicios deportivos desarrollados por preparadores físicos bajo prescripción facultativa.*
- m) *Asistencia a actividades de tiempo libre dirigidas a la población infantil y juvenil y juventud organizadas por entidades legamente constituidas para tal fin, que se acreditarán mediante certificados expedidos por las citadas entidades. Los menores de edad podrán ser acompañados por un adulto.*
- n) *Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.”*

**SEGUNDO.-** Solicita el Letrado de la Comunidad de Madrid la ratificación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales contenidas en la Orden 573, al amparo del artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, introducido en la modificación que realiza la disposición final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

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

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

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

La ausencia de identificación individual de los destinatarios de las medidas cuya ratificación se solicita, exige un cuidadoso análisis de la incidencia que las mismas tienen en sus derechos fundamentales, pues los destinatarios no determinados, que solo vienen identificados por razón de su residencia o ejercicio de actividad económica, no dejan por ello de ser titulares individuales cada uno de ellos de sus derechos



fundamentales. Es esta indeterminación de destinatario la que cualifica, a mi juicio, la decisión a adoptar; y es tal circunstancia la que justifica este voto particular, por ser mi juicio diverso al parecer común de la Sala.

Aporto una doble orden de motivos.

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

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

Segundo. El derecho fundamental objeto de restricción con las medidas acordadas por la Orden 573 es la libertad de circulación y desplazamiento proclamada en el artículo 19 de la Constitución Española.

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

*“El marco normativo que sirve de fundamento a las medidas que se adoptan en la presente Orden se encuentra conformado por el artículo primero y tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; el artículo veintiséis.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y el 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 aquella Sentencia 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 573, no fueron objeto de aquel debate procesal.

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

Su finalidad confesada es controlar que la evolución epidemiológica de la crisis sanitaria global y generalizada, presente en todo el territorio español, desemboque en una expansión desmedida de la enfermedad COVID-19. El medio empleado es el



sacrificio -por razones de salud pública- del derecho de protección reforzada, insisto, a circular libremente por el territorio nacional.

Lo expuesto, intensifica la afectación de la libertad de desplazamiento y nos sitúa en el concreto escenario de una alteración grave de la normalidad debida a una crisis sanitaria global, no local, derivada de una pandemia y una realidad social dominada por la grave singularidad del contagio, persona a persona, del coronavirus SARS-CoV-2, del que se desconoce su patrón estacional y la variada sintomatología con la que puede cursar la infección o incluso, cursar asintomática (Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19, acordado en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el día 16 de julio de 2020).

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

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

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

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

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

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

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



La Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, materializa el desarrollo normativo y, en su artículo 1.1 perfila el supuesto de hecho del derecho de excepción, por la concurrencia de circunstancias extraordinarias que *“hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.”*

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

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

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

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

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

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

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



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

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

(i) “*las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato*”, y

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

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

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

Dando un paso más. Las restricciones a la movilidad afectan, directamente, a quienes residen en las zonas básicas de salud que identifica la Orden y, de modo mediato, a otros tantos destinatarios no identificados -cada uno de ellos, no cabe olvidar, titulares individuales del derecho a la libertad deambulatoria- que pretendan acudir a tales circunscripciones geográficas, porque solo podrán hacerlo en los supuestos previstos, debidamente justificados. Con ello, aumenta y generaliza el colectivo de quienes, con las medidas acordadas, ven restringida su libertad de desplazamiento y se intensifica la intromisión de la autoridad sanitaria sobre el derecho fundamental. Y todo ello, al amparo de una cláusula que, a modo de “*cajón de sastre*”, ni determina supuestos, ni establece fines, que doten a la intervención pública de previsibilidad y certeza para alejarla de la improvisación y el riesgo de arbitrariedad, como es preceptivo de una disposición legal de habilitación. A lo que cabe añadir que, muchos de los afectados, directa o mediatemente, estarán ya vacunados lo que conlleva que la posibilidad de transmisión de la enfermedad sea mucho más reducida, lo que revierte en el carácter indiscriminado y voluntarista de las medidas restrictivas acordadas en la Orden de referencia pues, en efecto, no supera el canon de razonabilidad limitar con idéntica intensidad el derecho a la libertad deambulatoria de un conjunto de la población de aquellas zonas básicas de salud y de los no residentes en las mismas,



cuando el riesgo de transmisión es inferior, siendo así que y, en este aspecto comparto lo razonado por el Auto de 10/05/2021 dictado por la sede en Granada, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, habida cuenta que el objetivo final de las medidas sanitarias que contiene la Orden 573 es conjurar el riesgo de transmisión, es decir, que la situación epidémica se expanda.

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

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

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

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

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

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 22 de marzo de 2021, emitió, por unanimidad, el dictamen con referencia CE-D-2021-213



que ratifica lo que acabo de razonar, con ocasión de analiza la reforma de la Ley de Salud de Galicia. Por su claridad, transcribo parte del contenido relativa a este juicio crítico sobre el carácter de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril,

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

Y concluye el Consejo de Estado,

*“el análisis de la cuestión debatida permite al Consejo de Estado sugerir que el contenido de la Ley Orgánica 3/1986 podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte de mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública.”*

Continuando con el análisis, la Introducción de la Orden 573 invoca, como fundamento de las medidas limitativas adoptadas, el artículo veintiséis.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone,

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

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

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

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



En relación con este particular, ya desde sus Sentencias 76/1983, de 5 de agosto y 6/1982, de 22 de febrero, el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos en la misma línea, mantiene que por “desarrollo” debe entenderse el relativo al ejercicio del núcleo orgánico del derecho fundamental. Toda previsión normativa que implique una limitación o restricción de un derecho fundamental, por incidir en el ejercicio de su contenido esencial, deberá realizarse, necesariamente, teniendo en cuenta esta reserva de ley orgánica.

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

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

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

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

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

Este conjunto de disposiciones legales, están llamadas a cumplir una función de garantía del derecho fundamental, ahora sacrificado por razones de salud pública. Sin embargo, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, amparándose en unas habilitaciones legales insuficientes por indeterminadas, reemplaza con su propia voluntad aquella función legal, infringiendo el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E) que, quiero resaltar por su importancia en el debate de la acomodación a



parámetros constitucionales de las restricciones a derechos y libertades fundamentales, otorga certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y, con incidencia de suma importancia en el caso concreto, una expectativa fundada, tanto de los ciudadanos que residen en las zonas básicas de salud y municipios afectados como de los no residentes, sobre 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, introduce en mis anteriores votos particulares: el control reforzado que deriva del sistema de contrapesos en el equilibrio de los poderes ejecutivo y legislativo, cuya adopción resulta más correcta e idónea con arreglo a parámetros constitucionales pues es rasgo esencial que la injerencia en los derechos fundamentales sea controlada, en su caso aprobada y delimitada por el poder legislativo.

Compartiendo, respecto de que vengo razonando, lo argumentado por el reciente Auto de 7 de mayo de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, transcribo, en lo que ahora interesa, parte del mismo, cuando refiere,

*“No puede perderse de vista que en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista, sin desconocer que nos encontremos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos prevén*

(...)

*Añadiremos a lo expuesto que la expresión del artículo 3 L.O. 3/1986 relativa a la posibilidad de que la autoridad sanitaria tome las medidas “necesarias” en caso de riesgo de carácter transmisible representa un cajón de sastre carente de precisión, que podría afectar con carácter general a un amplio número de ciudadanos y a cualquier derecho fundamental, es una regulación que carece de precisión al limitarse a apoderar a la autoridad sanitaria sin señalar limitación alguna a las medidas ni garantías a respetar lo que es contrario a doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en las sentencias de dicho Tribunal 49/99, 292/00, 154/14 y 76/19.”*

Como igualmente comparto y traigo a colación la sugerencia que el Auto de 10/05/2021, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, actuando en Pleno, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada apunta, en estos términos,

*“En definitiva, con base en la propia exposición de motivos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, no sería coherente afirmar que la Ley Orgánica 3/1986 constituye un instrumento jurídico suficiente para imponer las medidas contempladas en el mismo Real Decreto que acordó el estado de alarma. O, dicho de otro modo, sería tanto como afirmar que la totalidad, o gran parte, de las razones que justificaron la adopción de una medida tan excepcional como el estado de alarma, en realidad, eran*



*perfectamente asumibles conforme a las leyes vigentes en ese momento. Conviene recordar que esta normativa no ha sido objeto de ninguna modificación desde el momento en que se inició la pandemia causada por el SARS-CoV-2.”*

Lo expuesto y razonado justifica, siempre desde la consideración y respeto a los restantes miembros de la Sección que han integrado y definido el parecer mayoritario, cada uno de nosotros acogidos al principio de independencia judicial, el mantenimiento del alcance y contenido de mis previos votos particulares en relación con anteriores Ordenes que la Comunidad de Madrid sometió a la ratificación a la Sala, para concluir que los textos legales que, como fundamento de las medidas acordadas cita la Orden 573, 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.

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



## VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA. SRA. D<sup>a</sup> MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ AL AUTO DE FECHA 14 DE MAYO DE 2021, DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO SND 1024/2020

Con pleno respeto a la posición mayoritaria de la Sala y con la mayor consideración a los Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as que la representan en este caso, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo el presente Voto Particular para expresar mi discrepancia con el Auto de fecha 14 de mayo de 2021, dictado en el Procedimiento Ordinario nº 1024/2021; discrepancia que alcanza a los extremos a los que haré referencia a continuación

### ANTECEDENTES

Se somete a la ratificación de esta Sala la Orden 573/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica, una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

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

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



estado de alarma, y que son coincidentes con las adoptadas en la Orden 550/2021. Y es también cierto que la Sala decidió mayoritariamente ratificar aquellas medidas en Autos de fechas 24 de septiembre, y 2 y 15 de octubre de 2020.

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

## **1.- CONTENIDO DE LA ORDEN 573/2021, DE 7 DE MAYO**

Como las anteriores dictadas, antes y durante la vigencia del estado de alarma, en la Orden 573/2021, de 7 de mayo, se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en determinados núcleos de población, como consecuencia de la evolución epidemiológica. Esta vez, sin embargo, ante el decaimiento, ya producido, del estado de alarma prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

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

“Segundo

Medidas específicas preventivas a aplicar

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

- a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Asistencia a los entrenamientos, competiciones o ligas organizadas por las federaciones deportivas madrileñas, que se acreditarán mediante licencia deportiva o certificado federativo. Los menores de edad podrán ser acompañados por un adulto.



- l) Asistencia a centros deportivos para recibir servicios deportivos desarrollados por preparadores físicos bajo prescripción facultativa.
- m) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente justificada y acreditada.

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

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

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

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

## **2.- SOBRE LAS DISCREPANCIAS YA EXPRESADAS EN MIS ANTERIORES VOTOS PARTICULARES**

Al haber formulado ya tres extensos votos particulares respecto a sendos Autos (de 24 de septiembre, de 2 y 15 de octubre de 2020, y uno más recientemente en fecha 7 de mayo de 2021, en los que la Sala decidió mayoritariamente ratificar medidas restrictivas de derechos fundamentales idénticas a las que ahora se vuelven a adoptar en la Orden 573/2021, de 7 de mayo -por estar en puertas, cuando se aprueba la Orden, el decaimiento del estado de alarma- no puedo sino remitirme a lo expresado en los tres primeros mencionados. Dado que la Administración que solicita ahora la ratificación es la misma, y que la única intervención que se ha producido en este proceso, no contradictorio, de ratificación ha sido, por disposición legal, la del Ministerio Fiscal, consideraré que las razones que expresé en aquellos tres Votos Particulares les son sobradamente conocidas y las daré aquí íntegramente por reproducidas.

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



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

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



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

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

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

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

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

El contenido del precepto es el siguiente:

“Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.  
(...)



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

Debo reiterar también lo razonado en los Votos Particulares que preceden al que aquí formulo e insistir de nuevo en que la referencia que hace este precepto a la restricción o limitación de derechos fundamentales de destinatarios que “no estén identificados individualmente” no podría llevar nunca a la confusión de considerar, al común de los ciudadanos afectados, como una mera colectividad a la que se traspasara en bloque, por así decirlo, la titularidad del derecho fundamental a la libre circulación por el territorio nacional que se ha limitado en la Orden ratificada. Los titulares de derechos fundamentales son cada uno de los miles de ciudadanos afectados por las restricciones que la Sala por mayoría ha ratificado; y en garante de cada uno de ellos, individualizadamente, debíamos constituirnos en este proceso especial.

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

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

#### **4.- RAZONAMIENTOS COMPLEMENTARIOS A MIS ANTERIORES VOTOS PARTICULARES**



Además de la ya mencionada admisión por el Tribunal Constitucional de la citada Cuestión de Inconstitucionalidad, que recoge las dudas de esta naturaleza de uno de los órganos jurisdiccionales llamados por nuestra ley procesal a decidir sobre medidas limitativas “en masa” de derechos fundamentales, a lo largo de estos últimos siete meses se han revelado, de forma añadida, otras consideraciones jurídicas que me llevan a reafirmarme en la discrepancia que ya razoné, y tengo por reproducida, en mis anteriores Votos Particulares. Paso a explicarlas.

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

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

Dichas decisiones fueron fruto de la extensiva y laxa interpretación que hizo mayoritariamente la Sala de un precepto legal que, como se comprueba, en modo alguno, se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de que la autoridad sanitaria pueda restringir, menos aún suspender, derechos fundamentales como los concernidos en este caso. Especialmente porque en su primera parte lo que autoriza el precepto es, con el fin de controlar enfermedades transmisibles, la adopción de “medidas oportunas” para el control “de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”. Una “presunción de enfermedad” o “de contacto” que se traslada en la Orden 573/2021, como en las anteriores sobre las mismas medidas, a todos los vecinos de unos concretos municipios o unas determinadas zonas de salud. Es ajustado a Derecho, pues, y hasta lógico, que se puedan establecer medidas de control, incluso de movilidad, si resulta proporcional, de quienes estén (en presente) enfermos y de quienes estén (en presente) o hayan estado (en pasado, con la extensión fijada en los protocolos médicos correspondientes) en contacto con dichos enfermos.

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

Junto a lo anterior, entiendo que la suficiencia que la Sala declara sobre la cobertura que ofrecería tal cláusula residual no sólo choca con la interpretación literal,



lógica y sistemática que he expuesto sino también con las propias garantías de la Constitución y del bloque de constitucionalidad frente a la posible restricción de derechos fundamentales como la libre circulación, además de con otras normas que, desde la primera declaración del estado de alarma, por Real Decreto 463/2020, se pronunciaron sobre la legislación sanitaria existente (entre la que se encontraba ya, es evidente, la Ley Orgánica 3/1986) y su declarada insuficiencia para hacer frente a las restricciones de la libertad ambulatoria que se consideraban necesarias para contener la transmisión del COVID-19.

Para explicar esta afirmación habrá de recordarse en este punto que la primera declaración del estado de alarma, una vez que se consideró desenvuelta la pandemia en España, se llevó a cabo por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, asumiendo en su exposición de motivos que las medidas temporales de carácter extraordinario que se habrían adoptado ya para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos *“deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico”*. Se dijo también en dicha exposición de motivos que *“[p]ara hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma”*. Y así se hizo, imponiendo en su artículo 7 la *“limitación de la libertad de circulación de las personas”* por las vías o espacios de uso público con las excepciones que allí se previeron y que, examinadas desde la distancia y el tiempo ya transcurrido, permiten afirmar que son sustancialmente coincidentes con las que se siguen adoptando, por ejemplo, en la Orden 573/2021, cuya ratificación ha acordado la Sala por mayoría. Literalmente, se produjo con dicho estado de alarma una *“limitación”* del derecho fundamental en cuestión. Y ya estaba en vigor la Ley Orgánica 3/1986.

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

**“Adicionalmente, la amplitud y gravedad de esta crisis sanitaria han puesto de manifiesto determinadas carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria, al margen de la declaración del estado de alarma, para hacer frente a crisis sanitarias de esta o similar naturaleza. Por ello se considera también necesario acometer una serie de modificaciones puntuales de la legislación sanitaria de modo que se garantice a futuro la articulación de una**



respuesta eficaz y coordinada de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis”. (Énfasis añadidos)

Por tanto, la insuficiencia (más bien “*carencias*”) de la legislación sanitaria vigente se deriva no sólo de la necesidad declarada en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de hacer entrar, para limitar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos, al Derecho de excepción mediante la primera declaración del estado de alarma y de sus prórrogas, sino más aún, de la necesidad urgente -presupuesto habilitante del Decreto-Ley (artículo 86.1 CE)- derivada del decaimiento del estado de alarma, de modificar un régimen jurídico vigente, y deficitario, en materia sanitaria para, acudiendo a lo previsto por el artículo 65 de la Ley 16/2003 -modificado, a su vez, por el Real Decreto-Ley 21/2020-, establecer planes y estrategias mediante “*actuaciones coordinadas*” en salud pública “*atendiendo a los distintos niveles de riesgo de exposición y de transmisión comunitaria de la enfermedad COVID.19*”.

Fue con tales antecedentes y con el citado amparo legal del Real Decreto-Ley 21/2020 como se llegó al Acuerdo de 30 de septiembre de 2020, del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública. Pleno que acordó, recuérdese, como actuaciones coordinadas, entre otras, las de restricción, con las excepciones de siempre, y de ahora también, de los desplazamientos para entrada y salida de municipios y comunidades autónomas que superasen el nivel de incidencia previsto en su artículo 1, obligando al tiempo a las comunidades autónomas a adoptar, al menos, tales medidas. De nuevo, se decidió la limitación de la libre circulación de los ciudadanos, esta vez por vía del Acuerdo del Pleno del Consejo Interterritorial de Salud con la cobertura del modificado artículo 65 de la Ley 16/2003 al que se remitía el artículo 5 del Real Decreto 21/2020, de 9 de junio, para imponer medidas de contención, limitación de libre circulación, tras el estado de alarma y por las manifiestas “*carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria*”. La conclusión a la que conduce lo anterior es que, de haber entendido que ofrecía suficiente cobertura, y no carencias, la cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, tampoco en aquellos meses pasados se habría considerado imperativo declarar el estado de alarma, menos aún intentar acudir a las actuaciones coordinadas obligatorias para las comunidades autónomas en orden a la restricción del derecho a la libre circulación de los ciudadanos, intentando crear un paraguas normativo con la modificación del artículo 65 de la Ley 16/2003 y para hacer uso del mismo a la hora de imponer medidas limitativas de la libre circulación.

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



B.- Como es sabido, ante dicha solicitud de ratificación en el PO 1224/2020, esta Sala y Sección dictó Auto en fecha 8 de octubre de 2020, decidiendo denegarla por las razones que allí expresamos y que ahora tendré por reproducidas, destacando, no obstante, la conclusión a la que esta Sala llegó acerca de que la declarada finalidad de la reforma legal del artículo 65 de la Ley 16/2003 para garantizar la adecuada coordinación entre autoridades sanitarias y reforzar el conjunto del sistema nacional de salud ante crisis sanitarias, no alcanzaba a la autorización de *“medidas limitativas de la libertad de circulación, como muestra el hecho de que asocie de forma reiterada las mismas a la declaración de estado de alarma”*. Es decir, que en el Auto de 8 de octubre de 2020 decidimos denegar la ratificación de las medidas así adoptadas porque la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en concreto su artículo 65, no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Habiendo firmado aquel Auto de 8 de octubre de 2020 no puedo, por ello, dejar de resaltar que del mismo modo que la Sala explicó en él la conclusión que acabo de reproducir, tras exponer detalladamente la intención declarada en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 21/2020, también dijo lo siguiente:

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

Ciertamente, la Sala no dijo expresamente nada en ese Auto sobre la suficiencia o no de la cobertura legal ofrecida por la cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, pero sí partió de la idea -porque reprodujo la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 21/2020 ya examinado-, de que existían carencias. Y es también por ello por lo que, junto con los antecedentes jurídicos ya expuestos, me sigue resultando imposible convenir con el criterio mayoritario de la Sala que decide ahora, otra vez, ratificar las medidas acordadas en la Orden 573/2021, de 30 de abril, al amparo de una cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986; cláusula que en su tenor [*“... las (medidas) que se consideren necesarias...”*] es imprecisa y deficiente, contraria a la seguridad jurídica y a la necesaria certeza del derecho.

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

Declara el Tribunal Constitucional en su STC 169/2001, de 16 de julio, con una doctrina reiterada en la STC 76/2019, de 22 de mayo, que la seguridad jurídica se caracteriza *“como una suma de legalidad y certeza del Derecho”*. Por tanto, la



injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales requiere una autorización o habilitación en norma con rango de Ley, debiendo la norma habilitadora reunir las condiciones mínimas requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho que ya he mencionado anteriormente, y debiendo, además, ser previsible en cuanto a la afectación que produzca en el derecho fundamental. El canon de previsibilidad que identifica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que recoge la ya citada STC 169/2001, de 16 de julio, determina que

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

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

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

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

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

La previsión así contenida en el citado Real Decreto 926/2020, de declaración de estado de alarma, habilitando, bajo el paraguas garantista del Derecho de excepción, a la autoridad sanitaria delegada para adoptar medidas de limitación de la libre circulación *“en ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma”* -es decir, las mismas que ahora, para cuando haya decaído el estado de



alarma, se han sometido a ratificación de esta Sala- tal previsión, digo, no deja de ser sorprendente por las dos posibles conclusiones opuestas a las que conduce: una, que para restringir la libre circulación de los ciudadanos en estos ámbitos inferiores al territorial de la Comunidad Autónoma (los de municipios o, incluso, zonas básicas de salud, como es aquí el caso) era imperativo declarar el estado de alarma porque la normativa sanitaria vigente (que es la misma que ahora) no ofrecía la cobertura legal suficiente para adoptar tales medidas limitativas de derechos fundamentales; y dos, que, por el contrario, la medida limitativa de la libre circulación de los ciudadanos en el ámbito territorial inferior a la Comunidad Autónoma podía adoptarse sin necesidad de la activación del estado de alarma con esta concreta finalidad y con lo que de injerencia en los derechos fundamentales conlleva y con la excepcionalidad que aparece en el funcionamiento de alguna de las instituciones básicas del Estado. Personalmente, con base en los razonamientos hasta aquí expuestos, he de inclinarme por la primera explicación pues, además, la opción por la segunda, contraria, nos conduciría a una paradoja jurídica en que la limitación del derecho fundamental a la libre circulación pueda realizarse, de modo indiferente, tanto con amparo en un Real Decreto de declaración del estado de alarma como con amparo en la cláusula imprecisa, residual y falta de certeza jurídica que, según la posición mayoritaria de la Sala, ofrece el artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986. Y todo ello considerando por último, y no por ello con menor relevancia que lo ya expuesto, que los contrapesos constitucionalmente previstos para el control de tales decisiones en uno y otro caso, y de sus efectos, no son en absoluto equiparables ya que, en el primer caso, dicho control se ejerce por el Congreso de los Diputados, y en el segundo, por los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial.

En consecuencia, por lo hasta aquí expuesto y razonado, en unión de lo ya expresado en anteriores Votos Particulares respecto a la decisión mayoritaria de la Sala de ratificar idénticas medidas limitativas del derecho a la libre circulación, entiendo que tampoco en este caso debieron ser ratificadas las contenidas en la Orden 573/2021, de 7 de mayo, por la insuficiente cobertura jurídica que ofrece la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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

