

R. CASACION núm.: 3375/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina

López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 719/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantéro

En Madrid, a 24 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3375/2021, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por el Letrado de los Servicios Jurídicos de dicha Administración Pública, contra el contra auto de 9 de mayo de 2021, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento n.º 138/2021, que denegó la ratificación de las medidas 1, 2 y 4.2 de las aprobadas por acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 de mayo de 2021, publicado en el Boletín Oficial de Canarias n.º 93, de 7 de mayo.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de 9 de mayo de 2021, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, acordó:

«1º) Denegar la ratificación de las medidas 1, 2 y 4.2 de las aprobadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 mayo de 2021, publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 93, correspondiente al viernes 7 de mayo de 2021.

2º) Ratificar las medidas 3 y 4.1 de las aprobadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 mayo de 2021, publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 93, correspondiente al viernes 7 de mayo de 2021».

Los magistrados de la Sala Ilmos. Sres. don Jaime Guilarte Martín-Calero y don Pedro Hernández Cordobés formularon voto particular a dicho auto manifestando, en síntesis, que:

«la idoneidad y necesidad de la medida aparece suficientemente justificada estando prevista para cada isla de manera directamente relacionada con la evolución en ese territorio de la transmisión del virus. Y en cuanto al principio de proporcionalidad, en la línea apuntada en el informe del Ministerio Fiscal, apreciamos que las excepciones que se establecen permiten *“cualquier desplazamiento que mínimamente se justifique como necesario o razonable, incluyendo el turístico previa prueba diagnóstica acreditativa de no infección”*. A lo que añadimos que en los términos que se establece, las excepciones que contempla incluso la posibilidad de introducir otras como refiere en el punto 5, descartan que pueda oponerse la restricción a los viajeros procedentes de fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, en especial del resto territorio español, que aun sin reserva de establecimientos turísticos se trasladen por otros motivos mínimamente justificados pero con prueba diagnóstica de infección activa negativa, tal y como se contempla en el punto 2 para viajes entre islas.

Todo lo que, a nuestro juicio, supone una afectación mínima y necesaria al derecho fundamental a la libre circulación, justificada en la contención de una enfermedad transmisible de consecuencias sumamente graves para la salud y la vida de las personas».

El auto del siguiente día 10, estimando que los términos de la anterior resolución de 9 de mayo de 2021 son claros, conforme con lo expuesto en su razonamiento jurídico segundo, dispuso no haber lugar a las aclaraciones pedidas.

Y por otro auto, también del día 10, procedió a la corrección del error material padecido en la redacción del voto particular incorporado al auto, concretamente en su página 16, donde al referirse a las islas más pobladas del Archipiélago dice: "Tenerife y Las Palmas", cuando debe decir "Tenerife y Gran Canaria".

SEGUNDO.- Por escrito de 13 de mayo del corriente, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias interpuso recurso de casación contra el citado auto alegando que existe interés casacional, al concurrir los supuestos del artículo 88.2, apartados a), c) e i), así como 88.3, apartado a) de la Ley de la Jurisdicción, solicitando que se reconozca que

«el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se ha excedido al realizar el control de proporcionalidad de la medida, sanitaria que le ha sido sometida a ratificación, consistente en la limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encuentren en niveles de alerta 3 y 4».

Y señalando la siguiente cuestión de interés casacional sobre la que interesa que se fije doctrina:

«[...] que en situaciones excepcionales como es el caso de una pandemia de dimensión mundial, el juicio de proporcionalidad sobre medidas de la autoridad sanitaria precisadas de ratificación judicial, no puede abstraerse de la realidad que ha obligado a la

adopción de las medidas, y resolver como si se estuviera en situación de absoluta normalidad».

Y, después de exponer las normas y jurisprudencia que considera infringidas, suplicó a la Sala que estime el recurso, casando y anulando el auto recurrido, en los términos que expone.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de 13 de mayo de 2021, se confirió traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones por plazo de tres días. Trámite evacuado por escrito registrado el 18 siguiente en el que, en síntesis, manifestó que

«esta Fiscalía entiende que, en realidad, el recurso de casación interpuesto por la representación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias encierra una simple pretensión revisora del razonamiento empleado por el Tribunal *a quo*, que no se ajusta al concepto y la función del recurso de casación, sino que más bien tendría cabida en la técnica de la apelación. Si bien el razonamiento valorativo empleado por el Tribunal *a quo* puede ser discutible (como todo juicio valorativo), no cabe confundir esa discrepancia con la infracción del juicio de proporcionalidad que impone la jurisprudencia examinada. En este sentido, entiende esta Fiscalía que no puede ajustarse al concepto de *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia* una pretensión como la que se deduce en el escrito de recurso, para que esa Excm. Sala «reconozca que el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se ha excedido al realizar el control de proporcionalidad de la medida sanitaria que le ha sido sometida a ratificación».

E interesó a la Sala la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 18 de los corrientes, se pasaron las actuaciones al ponente Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva para resolver.

QUINTO.- El día 21 de mayo de 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y el auto recurrido.*

El presente recurso de casación se dirige contra el auto de 9 de mayo de 2021, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento de ratificación de medidas n.º 138/2021.

Dicha resolución ratificó parte de las contenidas en el acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 de mayo de 2021 por el que se aprueban las actuaciones de intervención administrativa relativas a las limitaciones de la entrada y salida de personas en las islas que se encuentren en niveles de alerta 3 y 4, de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, del número máximo de personas no convivientes en encuentros familiares y sociales, en espacios de uso público y privado, cerrados o al aire libre y a la permanencia de personas en lugares de culto.

Tal resolución está publicada en el Boletín Oficial de Canarias n.º 93 de 7 de mayo de 2021.

Según explica el propio acuerdo, las medidas que adopta para prevenir la difusión de contagios y combatir la pandemia, una vez expirado el estado de alarma, se fundamentan en las siguientes disposiciones legales: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y en la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias.

El ámbito de aplicación de esas medidas es todo el territorio de la Comunidad Autónoma y su vigencia se desplegará desde las 00:00 horas del 9

de mayo de 2021 y se mantendrá hasta las 24:00 horas del 31 de julio de 2021.

En anexo, las incluye. Son las siguientes:

«ANEXO

1.- Limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encuentren en niveles de alerta 3 y 4.

1. En las islas que se encuentren en los niveles de alerta 3 y 4 se restringe la entrada y salida de personas de las islas, sin perjuicio de limitaciones que puedan establecerse en ámbitos territoriales inferiores en función de la situación epidemiológica.

Quedan excluidos de esta restricción aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por algunos de los motivos siguientes:

- 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, así como a academias de idiomas y de refuerzo educativo de asignaturas incluidas en planes de estudios de educación reglada, conservatorios y escuelas de música, o para la preparación de procesos selectivos en academias o centros de formación.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado de 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) Asistencia y cuidado de animales domésticos o explotaciones agropecuarias.
- k) Entrenamientos o competiciones profesionales o federados de ámbito nacional o internacional.
- l) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

m) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

2. Se podrá viajar entre islas fuera de esos supuestos siempre que se presente una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa, que no tendrá la consideración de prestación sanitaria del sistema sanitario público. Por Resolución de la Dirección del Servicio Canario de la Salud se determinarán las condiciones y requisitos de esta medida.

3. Quedan exceptuados de lo previsto en el apartado 1.1 los pasajeros en tránsito en un puerto o aeropuerto de Canarias con destino final a otro país u otro lugar del territorio nacional.

4. Asimismo, quedan exceptuados de lo previsto en el apartado 1.1 aquellas personas procedentes de fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias que acrediten una reserva en un establecimiento turístico de alojamiento inscrito en el Registro general turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias, y estén sujetos al régimen de control de salud pública en la admisión a un establecimiento alojativo de acuerdo con el Decreto ley 17/2020, de 29 de octubre, de medidas extraordinarias en materia turística para afrontar los efectos de la crisis sanitaria y económica producida por la pandemia ocasionada por la COVID-19.

5. Mediante Orden de la persona titular de la Consejería de Sanidad se podrán establecer otras excepciones, así como los medios para su acreditación.

2.- Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno.

1. Se limita la libertad de circulación de personas en horario nocturno, en función del nivel de alerta en que se encuentre cada una de las islas:

- a) Hasta el nivel de alerta 1: entre las 00:00 h y las 6:00 h.
- b) En el nivel de alerta 2: entre las 23:00 h y las 6:00 h.
- c) En el nivel de alerta 3: entre las 23:00 h y las 6:00 h.
- d) En el nivel de alerta 4: entre las 22:00 h y las 6:00 h.

2. Esta limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno no afecta a la realización de las actividades siguientes:

- a) Adquisición de medicamentos y productos sanitarios en oficinas de farmacia.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urgencia.

- d) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
 - e) Retorno al lugar de residencia habitual tras realizar algunas de las actividades previstas en este apartado.
 - f) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
 - g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
 - h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.
 - i) Repostaje en gasolineras o estaciones de servicio, cuando resulte necesario para la realización de las actividades previstas en los párrafos anteriores.
 - j) Asistencia y cuidado de animales domésticos o en explotaciones ganaderas.
- k) Los eventos deportivos al aire libre que formen parte de un circuito internacional de competición y que, por sus características, deben necesariamente desarrollarse total o parcialmente fuera del horario establecido con carácter general para la limitación de la libertad de circulación, previa autorización de la Dirección del Servicio Canario de la Salud.

3.- Limitación del número máximo de personas no convivientes en encuentros familiares y sociales, en espacios de uso público y privado, cerrados o al aire libre.

La permanencia de grupos de personas tanto en espacios de uso público como privado, cerrados o al aire libre, quedará supeditada a que no se supere el número máximo de personas que se indica, salvo que se trate de convivientes, en función del nivel de alerta establecido para cada territorio según lo dispuesto en el apartado 2.1.13 del Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020 y sus sucesivas actualizaciones, sin perjuicio de mayores restricciones que puedan establecerse para determinadas actividades y establecimientos teniendo en cuenta el riesgo de transmisión del SARS-CoV-2 asociados a los mismos:

- a) Hasta el nivel de alerta 1, se establece un número máximo de 10 personas.
- b) En el nivel de alerta 2, se establece un número máximo de 6 personas.
- c) En el nivel de alerta 3, se establece un número máximo de 4 personas.
- d) En el nivel de alerta 4, se establece un número máximo de 2 personas.

En el caso de que el grupo esté constituido por convivientes y no convivientes, no se superará el número máximo de personas establecido en cada uno de los niveles de alerta indicados. Se entiende como convivientes aquellas personas que residen bajo el mismo techo.

4.- Limitación a la permanencia de personas en lugares de culto.

1. Deberá garantizarse la distancia de seguridad interpersonal entre no convivientes y el uso obligatorio de la mascarilla.

En la práctica del culto se evitará el contacto físico entre los asistentes y el canto.

El templo o lugar de culto deberá permanecer con las puertas y ventanas abiertas antes y después de la celebración, el tiempo necesario para garantizar su ventilación. Durante la celebración se mantendrán las puertas abiertas, si ello no impide la práctica de la misma.

La asistencia a los lugares de culto no superará los siguientes aforos en función del nivel de alerta establecido para cada territorio según lo dispuesto en el apartado 2.1.13 del Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020 y sus sucesivas actualizaciones:

- a) Hasta el nivel de alerta 1, no podrá superarse el 75% de su aforo en espacios cerrados.
- b) En nivel de alerta 2, no podrá superarse el 50% de su aforo en espacios cerrados. Se recomienda ofrecer los servicios por vía telemática o por televisión.
- c) En los niveles de alerta 3 y 4, no podrá superarse el 33% del aforo en espacios cerrados. Se recomienda ofrecer los servicios por vía telemática o por televisión.

2. La utilización del exterior de los edificios o de la vía pública para la celebración de actos de culto deberá contar con autorización previa conforme al apartado 2.1.11 del referido Acuerdo del Gobierno de 19 de junio de 2020, tendrá que ser aprobada por la autoridad municipal correspondiente y deberán establecerse las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal, con independencia del uso obligatorio de la mascarilla, así como el resto de las medidas preventivas generales contenidas en el citado Acuerdo. Estas celebraciones no podrán realizarse durante la permanencia de los niveles de alerta 3 y 4».

El Gobierno de Canarias sometió estas medidas a la ratificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en concreto a su Sala de Santa Cruz de Tenerife, conforme al artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción. En cumplimiento de su artículo 122 *quater*, la Sala pidió informe al Ministerio Fiscal, el cual se opuso únicamente a la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno en los términos propuestos y a la limitación del máximo de personas no convivientes en encuentros familiares y sociales en espacios de uso privado.

El auto de 9 de mayo de 2021 denegó la ratificación de las medidas 1 (Limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encuentren en niveles de alerta 3 y 4); 2 (Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno) y 4.2 (Utilización del exterior de los edificios o de la vía pública para la celebración de actos de culto).

Dado que el recurso de casación se contrae a la denegación de la medida 1, nos limitaremos a recoger las razones que llevaron a la Sala de Santa Cruz de Tenerife a esa decisión. Son estas.

«Consideramos que las excepciones contenidas en el apartado 1 no están suficientemente motivadas y contienen una cláusula de cierre: "m) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada" que no parece adecuada en una previsión de carácter restrictivo. Si bien es cierto que esa cláusula está destinada a posibilitar más excepciones y por tanto su efecto propio sería positivo, favorable a la libertad, no lo es menos que la imprecisión de sus términos deja en manos de cada agente de la autoridad su apreciación en cada caso concreto, siendo así susceptible de ocasionar disparidades de trato entre personas, las cuales podrían no estar debidamente justificadas, puesto que al amparo de esta cláusula podrían permitirse en un punto concreto del territorio actuaciones que, sin embargo, se están rechazando en otro.

El apartado 1 establece que en las islas en niveles de alerta 3 y 4 se restringe la entrada y salida de personas, salvo las excepciones que a continuación establece, pero si el traslado es entre islas ya no rigen estos supuestos, sino que basta una PDIA negativa, según el apartado 2. Por lo tanto, se establece un régimen jurídico que discrimina en virtud de que se viaje entre islas o no, introduciendo una diferencia de trato que no apreciamos suficientemente justificada.

También puede citarse el apartado 4 que exceptúa del apartado 1.1 a las personas procedentes de fuera del territorio de nuestra Comunidad Autónoma que acrediten una reserva en un establecimiento turístico de alojamiento inscrito en el Registro General turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias y estén sujetos¹⁰ al régimen de control de salud pública en la admisión a un establecimiento alojativo de acuerdo con el Decreto Ley 17/2020, de 29 de octubre, pero si esa misma persona tuviera el propósito de alojarse en la vivienda de un amigo o familiar no le sería posible ni siquiera presentando una PDIA negativa, tendría siempre que regirse por el régimen de excepciones anteriores y no consideramos que esa reserva turística

pueda ser un elemento diferenciador suficiente en relación con los fines de tutela de salud pública exigibles.

Apreciando asimismo que todos los apartados de la medida 1 están íntimamente imbricados entre sí, es el parecer mayoritario de la Sala que debe denegarse su ratificación, por considerar no suficientemente justificada la afectación negativa de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 17 y 19 de la Constitución».

Esta decisión de la Sala de Santa Cruz de Tenerife no fue unánime y, como se ha recogido en los antecedentes, dos de sus seis integrantes formularon un voto particular que sostiene que esta medida debió ser ratificada. Los argumentos que les llevaron a mantener esa posición son los que siguen.

«En el examen de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, transcrita en el cuerpo del auto, debe tenerse presente que en la lucha contra la pandemia, con más de un año de evolución (el primer caso en Canarias de Covid-19 fue importado y diagnosticado en La Gomera el 31 de enero de 2020), las consecuencias aún extremadamente graves para la vida y la salud de la población en general y la falta de tratamiento farmacológico de la enfermedad, las medidas de intervención no farmacológica que persiguen interrumpir la cadena de transmisión y, consecuentemente, el número de casos, ingresos hospitalarios y fallecimientos, y secuelas que comienzan a describirse en la literatura científica, son de suma importancia, como refiere el informe de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud, de 6 de mayo de 2021 que se acompaña a la solicitud de ratificación presentada por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

Los niveles de alerta 3 y 4 a que refiere se corresponden, dentro del marco "Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión por COVID-19" aprobado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el nivel 3, con una situación de riesgo alto con transmisión comunitaria del virus incontrolada que compromete la capacidad de respuesta del sistema sanitario, y el nivel de alerta 4, con una situación muy grave de riesgo extremo de transmisión incontrolada y sostenida, con alto riesgo de colapso de la capacidad de respuesta del sistema sanitario. Justificándose la limitación de entradas y salidas de personas en las islas que se encuentran en estos niveles de alerta el informe de la Dirección General de Salud, por la desigualdad en el nivel de transmisión del virus en el ámbito comunitario y la realidad de cada uno de los territorios insulares, en cuanto a sus factores demográficos, sociales y de asistencia sanitaria singulares, así como en el peso

específico en la situación epidemiológica en el conjunto del Archipiélago de las islas más pobladas, Tenerife y Las Palmas.

A juicio de los que suscribimos este voto particular, por tanto, la idoneidad y necesidad de la medida aparece suficientemente justificada estando prevista para cada isla de manera directamente relacionada con la evolución en ese territorio de la transmisión del virus. Y en cuanto al principio de proporcionalidad, en la línea apuntada en el informe del Ministerio Fiscal, apreciamos que las excepciones que se establecen permiten *“cualquier desplazamiento que mínimamente se justifique como necesario o razonable, incluyendo el turístico previa prueba diagnóstica acreditativa de no infección”*. A lo que añadimos que en los términos que se establece, las excepciones que contempla incluso la posibilidad de introducir otras como refiere en el punto 5, descartan que pueda oponerse la restricción a los viajeros procedentes de fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, en especial del resto territorio español, que aun sin reserva de establecimientos turísticos se trasladen por otros motivos mínimamente justificados pero con prueba diagnóstica de infección activa negativa, tal y como se contempla en el punto 2 para viajes entre islas.

Todo lo que, a nuestro juicio, supone una afectación mínima y necesaria al derecho fundamental a la libre circulación, justificada en la contención de una enfermedad transmisible de consecuencias sumamente graves para la salud y la vida de las personas».

Al auto de 9 de mayo de 2021 siguió el dictado el día siguiente, 10 de mayo, a instancias de la Comunidad Autónoma y del Ministerio Fiscal. Denegó la aclaración solicitada del anterior y aprovechó para insistir en la singularidad del procedimiento: no es, dijo, un verdadero proceso jurisdiccional entre partes y la Sala interviene como “juez de garantías” en relación con los derechos fundamentales. Resaltó, también, que una medida no ratificada judicialmente no es eficaz y no puede ser aplicada.

SEGUNDO.- *El recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

El escrito de interposición nos dice que el auto contra el que se dirige fija ante cuestiones sustancialmente iguales una interpretación del Derecho estatal contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales y, en particular, por la Sala de Palma de Mallorca en el auto por ella dictado en el

procedimiento n.º 203/2021. Se refiere luego al auto --dice, por error, sentencia-- de la Sección Primera de esta Sala de 24 de marzo de 2021 (recurso n.º 570/2020) para explicar el origen y características de este cauce procesal y menciona estos otros autos dictados todos en virtud del artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción por las Salas de las Islas Baleares (n.º 152/2021, de 7 de mayo), Madrid (n.º 93/2021, de 7 de mayo), Comunidad Valenciana (n.º 17372021, de 7 de mayo), Extremadura (n.º 56/2021, de 10 de mayo) y Galicia (n.º 57/2021), de 12 de mayo), los cuales, dice, tras analizar medidas similares a las adoptadas por el Gobierno de Canarias, llegan a conclusiones diferentes a las del auto recurrido.

A continuación, pasa a señalar que el juicio de proporcionalidad efectuado por la Sala de Santa Cruz de Tenerife no se ajusta a los parámetros sentados por la jurisprudencia, el cual, prosigue, debe tener presente el artículo 43 de la Constitución, que entronca con su artículo 15, y evaluar la finalidad de las medidas --contener el contagio-- además de atender a criterios de razonabilidad a la vista, especialmente, de los derechos afectados y del ámbito objetivo, subjetivo, territorial y temporal necesario para su efectividad, todo ello según la motivación ofrecida.

A este respecto, recuerda que el Informe de la Dirección General de Salud Pública de 6 de mayo de 2021 en el que se apoyan las medidas adoptadas, señala que el incremento de la movilidad al finalizar las anteriores fases de desescalada del confinamiento supuso una más intensa circulación del virus y que, si bien los niveles de incidencia han descendido desde el riesgo elevado al medio, hoy en día sigue habiendo transmisión comunitaria con un impacto elevado en las unidades de críticos. Asimismo, recoge de ese Informe la apreciación de que la evolución de la pandemia es inestable y no apunta definitivamente en una dirección.

Llama la atención igualmente sobre el hecho de que el cierre perimetral insular solamente se aplicaría si se llegara a los niveles de alerta 3 y 4, pero con las amplias excepciones previstas, entre las que, a fin de no agravar más

la ya maltrecha economía de la Comunidad Autónoma, figura la de las personas que acrediten reserva en un alojamiento turístico inscrito en el Registro General de Turístico. Desde estos presupuestos afirma que la Sala a quo se ha excedido en el juicio de proporcionalidad y ha rechazado de plano unas medidas contrastadas científicamente y avaladas por estudios, ignorando que el Informe citado dice que la situación actual de la pandemia tiene un "mayor impacto que en algunos períodos de los últimos 14 meses", tal como sí valoró el Ministerio Fiscal para informar favorablemente la medida. Reprocha, asimismo, a la Sala de Santa Cruz de Tenerife no haber estudiado si las medidas son susceptibles de conseguir el objetivo propuesto de reducir los contagios, ni si son necesarias o si traen más beneficios para el interés general que perjuicio para la ciudadanía.

Termina su argumentación evocando de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 53/1985 su afirmación de que la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal al ser el presupuesto ontológico de todos los demás y, también, el principio de precaución desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todo ello, además de atribuir al auto recurrido la infracción de los artículos 15 y 43 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en sus sentencias n.º 173/2011, 11/1981, 22/1981, 209/1988, 53/1985, 16/1994 y en su auto de 30 de abril de 2020.

Y, en razón de todo ello, considera de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que declaremos que la Sala de Santa Cruz de Tenerife se ha excedido al realizar el control de proporcionalidad de la medida sanitaria y que establezcamos como doctrina que, "en situaciones sanitarias excepcionales como es el caso de una pandemia de dimensión mundial, el juicio de proporcionalidad sobre las medidas de la autoridad sanitaria precisadas de ratificación judicial no puede abstraerse de la realidad que ha obligado a (...) [su] adopción (...) y resolver como si se estuviera en situación de normalidad".

TERCERO.- Las alegaciones del Ministerio Fiscal.

Propugna la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso de casación porque entiende que no ha fundamentado la recurrente el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia tal como exigen los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. Así, considera que la afirmación de que el auto impugnado afecta a un gran número de situaciones no guarda la necesaria conexión con el pronunciamiento interesado: no aclara si se refiere a que la medida rechazada afecta a la movilidad de sus destinatarios o apunta a que puede extenderse a otros casos. Ahora bien, prosigue, si aludiera a esta última posibilidad, no ve el Ministerio Fiscal que la *ratio decidendi* del auto de 9 de mayo de 2021 posea el potencial expansivo que parece requerir el artículo 88.2 c) de la Ley de la Jurisdicción. El escrito de interposición, en definitiva, no ofrece la más mínima evidencia de que la singularidad del caso, sea reproducible en numerosos supuestos.

También ve cuestionable que el auto recurrido se haya dictado en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. No es el previsto en los artículos 114 y siguientes el que se ha seguido y aunque así hubiera sido, no sería motivo que impidiera la inadmisión, todo lo cual, dice, sin negar la relación del objeto de este procedimiento con la tutela de esos derechos. No obstante, insiste en que era carga de la recurrente acreditar que la delimitación y desarrollo del derecho fundamental que se considera vulnerado es el núcleo sustancial de decisión del recurso, lo cual le parece dudoso porque no se centran sus alegaciones en el derecho a la vida y a la integridad física y moral sino en los requisitos que ha de cumplir la motivación del tribunal al efectuar el juicio de proporcionalidad.

Pasa entonces a examinar si cabe apreciar interés casacional objetivo en virtud de los apartados 2 a) y 3 a) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción y alcanza una conclusión negativa en ambos casos. En efecto, descarta que pueda hablarse de contradicción con lo resuelto por otras Salas porque los supuestos de hecho examinados por ellas no son coincidentes con el

afrontado por la de Santa Cruz de Tenerife. La discrepancia del escrito de interposición, dice el Ministerio Fiscal, se refiere a la valoración de los hechos, no a la interpretación de las normas. Por lo demás, observa que, si bien podemos controlar los razonamientos del auto impugnado en términos de racionalidad y suficiencia desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva a fin de constatar que no están afectados de error manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad, el auto de 9 de mayo de 2021 no presenta defectos de esa naturaleza determinantes de la vulneración de ese derecho fundamental.

Y tampoco sirve el artículo 88.3 a) porque el auto no entra en la definición y alcance del derecho a la vida ni del derecho a la protección de la salud y la recurrente, lo que sostiene, en realidad, es que los ha vulnerado porque el razonamiento de la Sala de Santa Cruz de Tenerife no ha respetado las exigencias de proporcionalidad derivadas de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala. Y esto, para el Ministerio Fiscal, no es más que una discrepancia con el modo de razonar del auto y no determina una situación novedosa no contemplada por la jurisprudencia, además de que la recurrente no explique sobre qué exactamente no hay jurisprudencia.

De otro lado, para el Ministerio Fiscal, los argumentos del escrito de interposición no justifican ni hacen necesaria la formulación de la doctrina casacional propuesta. En primer lugar, explica que el modo de razonar del auto no es en absoluto ajeno al esquema de valoración de la idoneidad y necesidad de la decisión administrativa e, incluso, entiende que la lectura del propio escrito de interposición da la impresión clara de que la Sala de Santa Cruz de Tenerife apreció correctamente los elementos de juicio sobre los que efectuó su ponderación. Tampoco advierte que se haya excedido en el juicio de proporcionalidad pues la lectura detenida del auto, dice, facilita la justificación razonable de la decisión de no ratificar la medida controvertida. Asimismo, rechaza que el auto incurra en una interpretación errónea de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en las sentencias y en el auto invocados por el Gobierno de Canarias.

Por último, mantiene el Ministerio Fiscal que la doctrina cuya proclamación pretende el escrito de interposición no aportaría nada a la que ya está establecida y se cita en él. Además, considera carente de sentido e incompatible con la elaborada jurisprudencia sobre el juicio de proporcionalidad pretender que se elabore otra paralela con unos parámetros distintos para efectuarlo en situaciones excepcionales. Esa pretensión la tiene por contradictoria en sus términos porque en materia de limitación de derechos la proporcionalidad resulta de la ponderación de todas las circunstancias para resolver sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de esa limitación de manera que la diferencia entre lo excepcional y lo normal es un presupuesto ordinario de esa labor ponderativa. Añade que lo anterior es sin perjuicio de que en función de los intereses en conflicto sea precisa una motivación reforzada para restringir derechos sustantivos si bien esa doctrina existe también y sigue sin alterar la estructura del juicio de proporcionalidad.

Y termina así el Ministerio Fiscal:

«En suma, esta Fiscalía entiende que, en realidad, el recurso de casación interpuesto por la representación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias encierra una simple pretensión revisora del razonamiento empleado por el Tribunal *a quo*, que no se ajusta al concepto y la función del recurso de casación, sino que más bien tendría cabida en la técnica de la apelación. Si bien el razonamiento valorativo empleado por el Tribunal *a quo* puede ser discutible (como todo juicio valorativo), no cabe confundir esa discrepancia con la infracción del juicio de proporcionalidad que impone la jurisprudencia examinada. En este sentido, entiende esta Fiscalía que no puede ajustarse al concepto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia una pretensión como la que se deduce en el escrito de recurso, para que esa Excma. Sala "reconozca que el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se ha excedido al realizar el control de proporcionalidad de la medida sanitaria que le ha sido sometida a ratificación"».

CUARTO.- *El juicio de la Sala. El contexto del recurso de casación.*

El artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, ha introducido en nuestro orden jurisdiccional el recurso de casación contra los

autos dictados en el procedimiento de ratificación de medidas limitativas de derechos fundamentales por razones de salud pública que afecten a destinatarios no identificados individualmente, incorporado en los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

No ignoramos que en torno a esta modalidad procesal se ha suscitado un importante debate que gira esencialmente sobre la conformidad con la Constitución de encomendar a los tribunales de justicia, no la autorización de intervenciones limitativas de derechos fundamentales sobre personas concretas, sino la ratificación de medidas dirigidas a destinatarios no identificados individualmente. Tampoco desconocemos que sobre el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción está planteada una cuestión de inconstitucionalidad, ni que el Tribunal Constitucional la ha admitido a trámite por providencia de su Pleno de 16 de febrero de 2021 (Boletín Oficial del Estado de 23 de febrero), señal de que no la ha considerado manifiestamente infundada aunque esto no signifique que deba acabar encontrándolo contrario a la Constitución, ya que su artículo 117.4 contempla la atribución por Ley a los Juzgados y Tribunales de funciones en garantía de cualquier derecho.

A la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, entendemos que debemos resolver los recursos de casación interpuestos. Ahora bien, la novedad que entraña este procedimiento nos exige al afrontar el primero de ellos efectuar algunas precisiones sobre el sentido de la ratificación judicial, parte de las cuales ya hemos adelantado en los autos dictados el 20 de mayo de 2021 en los recursos de casación n.º 3417, n.º 3425 y n.º 3473, todos de 2021.

A) La virtualidad de las medidas sometidas a ratificación judicial.

Una de las primeras dudas que han surgido y que se ha manifestado en el presente proceso es la de si las medidas dispuestas por las autoridades sanitarias competentes y sometidas, conforme a los indicados preceptos de la

Ley de la Jurisdicción, a ratificación judicial, pueden ser aplicadas o no por la Administración antes de que la Sala de lo Contencioso Administrativo se pronuncie. Ya hemos visto que el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 10 de mayo de 2021 se ha manifestado en sentido negativo y ahora hemos de confirmar su criterio.

Según hemos explicado en los autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473/2021), los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción exigen que la medida sanitaria --disposición general o acto administrativo general, según los casos-- obtenga un visto bueno o aprobación previa por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente. Ello significa que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente. En otras palabras, la ratificación prevista en esos preceptos "no es una especie de convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz: no es un acto provisional o claudicante que pueda ser aplicado en el lapso temporal que media entre su adopción por la Administración y la resolución judicial que se pronuncia sobre su ratificación".

Confirman esta conclusión, tal como hemos dicho en esos autos, no sólo la literalidad de los preceptos sino también la consideración de que no tendría ningún sentido un procedimiento como el ahora regulado por los artículos 10.8 y 11.1.i) si se pretendiera con él un control sucesivo de actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. No lo tendría porque para lograr ese objetivo, ya existían las vías adecuadas en la Ley de la Jurisdicción. Además, siendo la propia Administración promotora de la medida sanitaria la que debe solicitar la ratificación, no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar un acto, sino que lo hace para dotarle de una eficacia que por sí sola no puede darle y que es especialmente necesaria para actuaciones restrictivas de derechos fundamentales.



Las consecuencias derivadas de lo anterior son, principalmente, dos. La primera es que, como ya se ha apuntado, las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables. La segunda es que, si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde «dejar sin efecto» la Orden o acuerdo sometidos a ella ya que nunca fueron legalmente eficaces, sin perjuicio de que pueda –o, incluso, deba– dar publicidad a dicha denegación, especialmente si previamente las medidas rechazadas hubieran tenido alguna clase de publicidad oficial.

En definitiva, como acertadamente señala el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 10 de mayo de 2021, la ratificación es condición de eficacia de las medidas sometidas a ella.

Por otro lado, está claro que las que deben ser objeto de ratificación son las que no están ya previstas sea por la legislación sanitaria sea por la de policía administrativa o por la correspondiente a otras materias. Es el caso, entre otras, de las disposiciones relativas a horarios y aforos en establecimientos públicos, a las actividades educativas, las que miran a preservar los espacios públicos y a impedir que en ellos se consuma alcohol, las que tienen por objeto evitar la contaminación acústica o de otra naturaleza y, en general, las dirigidas a mantener la convivencia.

B) El procedimiento de ratificación de medidas y el alcance de esta última.

El auto de la Sección Primera de 24 de marzo de 2021 (recurso n.º 570/2020) destacó la peculiaridad del procedimiento introducido por la Ley 3/2020 en los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción y señaló que se caracteriza por su tramitación preferente, por los brevísimos plazos en que ha de sustanciarse, por carecer de naturaleza contradictoria, ya que no hay en él partes enfrentadas, y por limitarse la cognición a la que da lugar a resolver si procede o no la ratificación de las medidas limitativas de derechos

fundamentales adoptadas por razones de salud pública con destinatarios no identificados individualmente.

En efecto, únicamente puede promoverlo la Administración que pretende obtener la ratificación y sólo está llamado a intervenir en él el Ministerio Fiscal según el artículo 122 *quater* de la Ley de la Jurisdicción y, también de acuerdo con este precepto, ha de resolverse en el plazo máximo de tres días naturales.

La novedad y singularidad del procedimiento lleva a preguntar por el juicio que debe efectuar la Sala competente, por el que debe llevar a cabo el Tribunal Supremo y por cuáles han de ser las consecuencias que uno y otro pueden tener sobre el derecho a la tutela judicial de los afectados por las medidas que se adopten y ratifiquen.

Al respecto, cabe decir que, dadas las características de la intervención judicial prevista, no puede sino ser sumamente limitada. Ante todo, debe resaltarse que no justifica por sí misma ninguna limitación de derechos. El tribunal no sustituye la imprescindible habilitación normativa en que ha de descansar la medida de que se trate. Por tanto, la primera comprobación que deberá hacer el juzgador ha de ser, precisamente, además de la competencia de la Administración, la existencia de esa habilitación. A partir de ella, su juicio ha de quedar circunscrito a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo más, a una verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas. A falta de contradicción y de una prueba plena, no cabe aquí un examen a fondo.

Esto significa que la ratificación que llegue acordarse, si bien hará eficaces y aplicables las medidas correspondientes, no podrá condicionar de ningún modo el control de la legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo, si es que se interpone por quien tenga legitimación para ello, contra el acuerdo o resolución que las haya establecido o contra los

actos que las apliquen. Este procedimiento de ratificación, tal como está concebido, ni siquiera llega al punto que se alcanza en el incidente de medidas cautelares. En él se hacen, desde luego, pronunciamientos provisionales, pero con la intervención incondicionada de las partes enfrentadas en el proceso y previa ponderación de las circunstancias y de los intereses en conflicto. Si es constante la advertencia que los tribunales hacen en esos casos de que el juicio cautelar no predetermina el de fondo al que se llegue tras el desarrollo del proceso en su totalidad, con mucha mayor fuerza hay que hacerla en este caso.

C) El cometido del Tribunal Supremo.

El artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021 ha modificado nuevamente, decíamos, la Ley de la Jurisdicción para incluir los autos dictados en este procedimiento de ratificación entre los que su artículo 87 considera susceptibles del recurso de casación y establecer para él una tramitación expeditiva, coherente con el propósito de que se llegue con rapidez a una decisión que en las circunstancias actuales versa, ni más ni menos, que sobre la forma de prevenir la enfermedad tras más de un año de pandemia mediante medidas que comportan limitaciones a derechos fundamentales.

La disposición final segunda del Real Decreto 8/2021 ha dispuesto su entrada en vigor el 9 de mayo de 2021. Esto significa, que el nuevo recurso de casación solamente cabe contra los interpuestos desde este día en adelante. Por tanto, los que se interpusieron con anterioridad no son admisibles, tal como han dicho los autos de 24 de marzo de 2021 (casación n.º 570/2020) y de 17 de mayo de 2021 (casación n.º 3237/2021), ya que, a falta de una previsión distinta, es aplicable el artículo 2.3 del Código Civil y antes del 9 de mayo de 2021 la Ley de la Jurisdicción no contemplaba el recurso de casación contra los autos que nos ocupan.

Por otra parte, aunque no haya un trámite de admisión de estos recursos de casación, eso no significa que no debamos examinar la

conurrencia de los requisitos que franquean el acceso a nuestro escrutinio. No se trata únicamente de los relativos al cumplimiento de los plazos y a la legitimación, sólo reconocida a la Administración autora de las medidas a ratificar, al Ministerio Fiscal y, excepcionalmente, al Abogado del Estado si las medidas procedieren de las acordadas en una declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud, aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

También será preciso comprobar que el proceso tiene objeto, de tal manera que, si careciera de él, procederá declararlo así y terminar de tal modo el procedimiento. Es precisamente, lo sucedido en los recursos de casación interpuestos por la Junta de Andalucía n.º 3417, n.º 3425, y n.º 3473, todos de 2021, en los que las Órdenes de su Consejería de Salud y Familias sometidas a ratificación, fueron dejadas sin efecto por la propia Junta una vez denegada ésta por la Sala de Granada. Los autos de 20 de mayo de 2021 han declarado que no tienen objeto. Y es que el procedimiento de ratificación judicial es un proceso jurisdiccional y éste solamente cabe si media un litigio a resolver, lo cual requiere que mantenga su virtualidad, aun privada de eficacia, la actuación administrativa controvertida. De otro modo, el pronunciamiento de esta Sala quedaría reducido a una mera intervención consultiva ajena al cometido de los jueces y tribunales contencioso-administrativos, tal como hemos dicho en los autos citados, por no mencionar que difícilmente se puede ratificar lo que se ha dejado sin efecto.

El recurso de casación, por otra parte, sigue descansando en la apreciación de un interés casacional objetivo. A diferencia de lo que sucede en los demás recursos de casación, en que es la Sección de admisión la que lo establece, aquí deberá ser ésta la que lo identifique a partir de las alegaciones del recurrente y del Ministerio Fiscal, las cuales, naturalmente, deberá tener en cuenta, pero no le vinculan. Ahora bien, por la naturaleza del proceso en que nos encontramos, la aplicación que a tal efecto hemos de hacer de las pautas fijadas por el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción no puede ajustarse a los mismos patrones observados a la hora de la admisión de recursos contra

sentencias o contra los demás autos previstos en su artículo 87, ya que en ellos se dirimen extremos de fondo o determinantes del acceso a la tutela judicial efectiva o de la ejecución de sentencias mientras que aquí se trata de algo distinto, como se ha visto.

Por eso, el interés casacional objetivo, en todo caso imprescindible, ha de situarse especialmente en la comprobación de que la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar que hemos indicado antes. No debemos olvidar que nos encontramos ante decisiones que afectan a derechos fundamentales, los cuales deben recibir una especial tutela por parte de los tribunales de justicia.

Y, desde la perspectiva del interés casacional objetivo que advertamos en la controversia suscitada en torno a la decisión de la Sala competente, deberemos examinar su fundamentación y su decisión y, de ser necesario, fijar la interpretación que entendamos procedente. Al igual que en los demás recursos de casación, el examen que nos corresponde ha de versar sobre la resolución judicial impugnada. No ha de suponer la revisión plena de la controversia, aunque, al igual que en los demás recursos de casación, podamos integrar los hechos ya establecidos con los que resulten del expediente y de las actuaciones si fuere menester.

En todo caso, el juicio a efectuar en casación, sobre el que también pesan las limitaciones temporales y procesales antes apuntadas, habrá de ser coherente con los condicionamientos que recaen sobre el confiado a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Es decir, una vez identificada una cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que justifique el pronunciamiento, deberá limitarse a comprobar si la fiscalización de los aspectos externos y reglados y el control de la proporcionalidad de las medidas efectuado en la instancia, responde en el aspecto concerniente a dicha cuestión a los parámetros propios del control previsto por el legislador en los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción.

D) El marco constitucional y legislativo.

Este procedimiento se ha pensado para someter a ratificación judicial aquellas medidas necesarias para proteger la salud pública que entrañen limitación de derechos fundamentales. No es la protección de la salud la única causa que puede justificar la limitación de derechos fundamentales. Si la ha individualizado el legislador ha sido por las circunstancias en las que se ha elaborado la Ley 3/2020, que no son otras que las de la pandemia originada por el COVID-19. No obstante, ningún derecho, ni siquiera los que reciben el calificativo de fundamentales, es absoluto. El artículo 10.1 de la Constitución lo advierte cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: los derechos de unos llegan, pues, hasta donde empiezan los derechos de otros. Por eso, es necesario contar con instrumentos que definan hasta donde se extienden y las limitaciones a las que deben sujetarse. Tal es el cometido de la Constitución y de las leyes y, en último extremo, de la interpretación que de una y otra han de hacer los tribunales en caso de conflicto.

Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva

puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas.

En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999.

Dado que el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 9 de mayo de 2021 nada dice sobre el fundamento normativo sobre el que se han dictado las medidas, parte de las cuales ha ratificado, está claro que lo acepta como fuente de la limitación de derechos fundamentales. Ahora bien, eso no nos exime de examinarlo. Éste ha de ser, pues, el siguiente paso en nuestro itinerario.

Hemos visto que el Gobierno de Canarias parte de la preferencia del derecho a la vida y del derecho a la protección de la salud que, si bien no es un derecho fundamental, puede converger con aquél en circunstancias límite, y apela a las leyes que lo han desarrollado, en concreto, a la Ley Orgánica 3/1986 y a las leyes ordinarias 14/1986 y 33/2011, por ceñirnos a las del Estado. Se trata de saber si esas leyes, que no previeron circunstancias como las que estamos atravesando, permiten o no restringir la libertad de circulación que es la que viene en causa en este recurso.

Veamos, por tanto, qué dicen los preceptos relevantes.

El artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986 dice:

«Artículo tercero.

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el

control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Está claro que al hablar de las medidas "que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible", está circunscribiendo claramente su habilitación a supuestos de enfermedades que entrañan tal peligro. No cabe, pues, hacer uso de ella en cualquier circunstancia sino en una de la gravedad y necesidad que se desprende de su propio enunciado. Hay, pues, una precisión objetiva --la existencia de una enfermedad transmisible-- que constituye el contexto en el que ha de situarse el "control de los enfermos", el de las "personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos" y el "del medio ambiente inmediato". Según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general.

Ahora bien, este artículo, dotado de clara indeterminación final, no puede entenderse separadamente del artículo 26 de la Ley 14/1986, de la que inicialmente formaba parte, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, ya que abordan situaciones semejantes y persiguen la misma finalidad de proteger la salud de todos en situaciones en que está en peligro. Veamos qué dicen estos preceptos:

«Artículo veintiséis

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

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones

motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó».

Nuevamente, nos encontramos con la identificación de un supuesto excepcional --el riesgo inminente extraordinario para la salud-- y con una habilitación a las autoridades sanitarias, con indicación de actuaciones concretas y, además, con esta otra: "las que se consideren sanitariamente justificadas". Por tanto, además del contexto de emergencia para la salud, exige la justificación desde el punto de vista sanitario de esas medidas. No es, como no lo es el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, una cláusula en blanco que apodera a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento.

Y lo mismo sucede con el artículo 54 de la Ley 33/2011 según el cual:

«Artículo 54. Medidas especiales y cautelares.

1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad».

Este artículo 54 vuelve a circunscribir el supuesto de hecho, siempre de extraordinaria gravedad y urgencia, exige motivación a la Administración, contempla medidas y deja abierta la puerta a otras que, no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que exige que sean temporales y proporcionadas.

Por tanto, este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre --ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas-- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia n.º 14/2021.

Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos

examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. Y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En definitiva, la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas, o sea, las que hemos destacado.

A su vez, el control judicial requerido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

QUINTO.- *El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación.*

- A) No procede inadmitir el recurso de casación.

El Ministerio Fiscal, según hemos visto, nos pide que inadmitamos el recurso de casación porque, a su parecer, la Comunidad Autónoma de Canarias no ha justificado el imprescindible interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia a la luz de los indicadores recogidos en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción.

Ya hemos dicho que en estos recursos no puede aplicarse este precepto del mismo modo que cuando se pretende la casación de sentencias o de los demás autos contemplados por el artículo 87. La propia naturaleza del procedimiento requiere reconducir ese interés a la propia actuación de la Sala de instancia a fin de comprobar que ha desempeñado correctamente su función al decidir si ratifica o no las medidas que le somete la Administración competente. Por tanto, no consideramos procedente inadmitir el recurso porque el escrito de interposición sí explica por qué, para la Comunidad Autónoma de Canarias, el auto de 9 de mayo de 2021 no se ajusta, no responde, al control que la Sala de Santa Cruz de Tenerife debía realizar y pide que hagamos una interpretación acorde con su opinión.

- B) El auto recurrido no infringe los preceptos ni la jurisprudencia invocados.

El recurso de casación ha de ser desestimado porque el auto contra el que se dirige cumple con los cometidos que debía desempeñar.

No estaba en discusión la competencia del Gobierno de Canarias, ni la normativa precisa, y éste había expuesto los hechos relevantes y razonado la necesidad de la limitación del acceso a las islas que lleguen a estar en los niveles de alerta 3 y 4. Mediando todos estos elementos, el auto, tras examinarlos, concluyó razonadamente que carece de justificación la limitación de la libertad de circulación propuesta.

Para llegar a tal solución, ha tenido en cuenta las excepciones que acompañan a la restricción, incluida la abierta e indeterminada del apartado m)

del n.º 1 del acuerdo, y ha valorado el distinto trato dado a quienes pretendan acceder a las islas según dispongan o no de una reserva hotelera y, tras valorar todo ello ha llegado la conclusión de que no se había justificado de manera suficiente. No encontramos tachas que oponer al juicio expresado en el auto de 9 de mayo de 2021 pues su razonamiento es, no sólo coherente con los presupuestos de los que parte, sino también razonable por el resultado al que llega.

No puede sostenerse, de otro lado, que la denegación de la ratificación de la medida por el auto de 9 de mayo de 2021 entre en contradicción con lo que han acordado los autos dictados por otras Salas territoriales. No es posible afirmarlo porque no ha acreditado el escrito de interposición que las circunstancias contempladas por esas otras resoluciones sean coincidentes con las de las de Canarias.

A la vista de todo ello, no encontramos razones para considerar desacertado el juicio expresado en el auto recurrido en casación.

SEXTO.- Costas.

No habiendo parte recurrida, no procede hacer pronunciamiento sobre costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento cuarto.

No dar lugar al recurso de casación n.º 3375/2021 interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el auto de 9 de mayo de 2021, dictado por la

Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento de ratificación de medidas n.º 138/2021.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.