

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33094690

NIG: 28.079.00.3-2021/0020735



(01) 33185776969

Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias 1040/2021 E - 01

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

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

A U T O N° 97/2021

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D./Dña. AMPARO GUILLO SANCHEZ-GALIANO

D./Dña. JUANA PATRICIA RIVAS MORENO

D./Dña. ANA MARIA JIMENA CALLEJA

D./Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

D./Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha 12 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 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. La ratificación solicitada se limita a las medidas de los apartados décimo cuarto 1, décimo quinto 1 y sexagésimo quinto 6 c) y d) de la citada Orden que pueden limitar derechos fundamentales.

SEGUNDO. - Recibida la solicitud anterior, por diligencia de ordenación de esa misma fecha, 12 de mayo de 2021, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.8 y 122 quarter de la LJCA, modificada por ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, se ha dado traslado al Ministerio Fiscal por término de veinticuatro horas para que presentara alegaciones al ser parte en este procedimiento.



El Ministerio Público ha presentado escrito en fecha 13 de mayo de 2021 en el que considera que procede la ratificación de las medidas sanitarias acordadas en los apartados Decimocuarto, Decimoquinto y Sexagésimo quinto .6 c) y d) de la ORDEN 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

En la deliberación, votación y fallo de la presente resolución se anunció la formulación de voto particular por la Magistrada Ilma. Sra. Dña. María del Pilar García Ruiz.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Solicita la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos, la ratificación por esta Sala de las medidas ya acordadas en la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

En el apartado tercero de su escrito de solicitud de ratificación expone el Letrado de la Comunidad de Madrid que la petición se circunscribe a aquellas medidas que pueden limitar derechos fundamentales, al no constituir su petición un juicio de oportunidad o legalidad sobre la Orden. Y concretamente, se someten a ratificación los apartados décimo cuarto 1 y décimo quinto 1 de la Orden en la medida que puedan afectar a la libertad religiosa y el apartado sexagésimo quinto punto 6 letras c) y d) en cuanto puedan afectar al derecho a la intimidad personal.

La Orden 572/2021 dispone textualmente en dichos apartados lo siguiente, una vez corregida su redacción por Orden 580/2021, de 9 de mayo, de corrección de errores de la anterior:

Decimocuarto.

Medidas y condiciones para el desarrollo de actividad en lugares de culto.

1. La asistencia a lugares de culto no podrá superar el cincuenta por ciento de su aforo. El aforo máximo deberá publicarse en lugar visible del espacio destinado al culto y se deberán cumplir las medidas generales de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias, siendo obligatorio el uso de mascarilla, salvo en los casos expresamente exceptuados.

Decimoquinto.

Medidas y condiciones para la celebración de ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles

1. Las ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles podrán realizarse en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, ya sea en espacios al aire libre o espacios cerrados, siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo.

Sexagésimo quinto.

Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales:

6. Sin perjuicio de las medidas específicas y protocolos e instrucciones que en este ámbito aprueben las autoridades competentes, los titulares o, en su caso, el director o responsable de las residencias de personas mayores deberán implantar las siguientes medidas en relación con las visitas y salidas del centro:

c) Se realizarán pruebas diagnósticas de infección activa (PDIA) para la detección del SARS-CoV-2 a todos los nuevos ingresos con 72 horas de antelación, como máximo, a la fecha de ingreso.□

d) Se realizarán pruebas diagnósticas de infección activa (PDIA) para la detección del SARS-CoV-2 a todos los trabajadores de los centros que regresen de permisos y vacaciones, así como a los nuevos trabajadores que se incorporen. Esta determinación deberá realizarse a través de los servicios de prevención de riesgos laborales en las 72 horas previas a la incorporación.

Se considera relevante reseñar también cual es el ámbito territorial y temporal de lo dispuesto en la Orden que nos ocupa.

El apartado Segundo de la Orden establece en cuanto a su ámbito de aplicación territorial que:

“Las medidas previstas esta Orden serán de aplicación en todo el territorio de la Comunidad de Madrid”.

En cuanto a su ámbito temporal, dispone el apartado Tercero que:

“La Presente Orden producirá efectos desde las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y mantendrá su vigencia hasta que el Gobierno de España declare la finalización de la situación de la crisis sanitaria de acuerdo con lo previsto 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”.

SEGUNDO.- El examen de la anterior solicitud ha de comenzar, como se ha venido haciendo en ocasiones anteriores, por precisar cuál es el cometido de esta Sala en la ratificación solicitada; o, dicho de otro modo, sobre cuál es el alcance del control jurisdiccional que nos compete y que se nos pide al amparo de lo dispuesto en el art. 10.8 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa en su relación con el art. 122 quarter de dicha ley procesal, preceptos que, tras la entrada en vigor de la ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén expresamente la competencia de esta Sala para la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias de



ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

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.

En fin, sobre esta cuestión, añadiremos ahora que no nos compete, en el seno de este procedimiento, pronunciarnos sobre la revisión de la Orden en su totalidad, sino únicamente ratificar o no las medidas concretas que se solicitan en el escrito presentado por la Administración, según lo expresado en su suplico e integrado con la petición concreta que se contiene en el cuerpo de dicho escrito.

Para una mayor claridad expositiva se consignan a continuación las medidas cuya ratificación se solicita que son, según se señala en la apartado segundo del



escrito presentado “las que se expresaran en el presente escrito”, para después, en el apartado tercero de dicho escrito y textualmente solicitar que:

“...la ratificación se circunscribe a aquellas medidas que pueden limitar derechos fundamentales, al no constituir el presente proceso un juicio de oportunidad o legalidad sobre la Orden 572.

a) Se someten a ratificación los siguientes preceptos en la medida que pueden afectar a la libertad religiosa.

Decimocuarto. Medidas y condiciones para el desarrollo de actividad en lugares de culto.

La asistencia a lugares de culto no podrá superar el cincuenta por ciento de su aforo. El aforo máximo deberá publicarse en lugar visible del espacio destinado al culto y se deberán cumplir las medidas generales de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias, siendo obligatorio el uso de mascarilla, salvo en los casos expresamente exceptuados.

Decimoquinto. Medidas y condiciones para la celebración de ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles

Las ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles podrán realizarse en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, ya sea en espacios al aire libre o espacios cerrados, siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo.

b) Se somete a ratificación el siguiente precepto por su afectación al derecho a la intimidad personal.

Sexagésimo quinto. Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales:

c) Se realizarán pruebas diagnósticas de infección activa (PDIA) para la detección del SARS-CoV-2 a todos los nuevos ingresos con 72 horas de antelación, como máximo, a la fecha de ingreso. □

d) Se realizarán pruebas diagnósticas de infección activa (PDIA) para la detección del SARS-CoV-2 a todos los trabajadores de los centros que regresen de permisos y vacaciones, así como a los nuevos trabajadores que se incorporen. Esta determinación deberá realizarse a través de los servicios de prevención de riesgos laborales en las 72 horas previas a la incorporación....”.

En realidad, ha de precisarse que dichos apartados de la Orden son en realidad los apartados decimocuarto 1, decimoquinto 1 y sexagésimo quinto 6 c) y d), por lo que, aunque tanto en el cuerpo del escrito como en el suplico del mismo se alude siempre a los apartados decimocuarto, decimoquinto y sexagésimo cuarto c) y d), han de entenderse referidos a los números 1 y 2 de los dos primeros y al número sexto del apartado sexagésimo quinto letras c) y d).

Así pues, hemos de concluir que en este caso dicha pretensión se contrae a esas medidas concretas cuya ratificación se solicita, que son las comprendidas en los apartados decimocuarto 1, decimoquinto 1 y sexagésimo quinto 6 c) y d) de la Orden



que nos ocupa y que se acaban de transcribir. Por lo tanto, a dichas medidas y únicamente a ellas nos referiremos a continuación. Y ello con absoluta independencia de la eventual impugnación de la Orden o de sus disposiciones concretas mediante el oportuno recurso contencioso ordinario que pudiera interponerse contra la misma.

TERCERO.- Pues bien, comenzando según se ha indicado, por la cuestión relativa a la cobertura legal de las medidas acordadas en relación con la competencia de la Administración Autonómica para adoptarlas, dicha cobertura ha sido afirmada por esta Sala en varias de las resoluciones arriba reseñadas.

Así se hizo 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....”

Y se ha reiterado posteriormente en sucesivas resoluciones de las que es reciente exponente el Auto de 7 de mayo próximo pasado en el que dijimos que 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, se afirma por esta Sala, siempre que dichas medidas lo sean para el control de enfermedades transmisibles, sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales, principio sobre el que se volverá más adelante.

La habilitación legal, que se afirmó entonces y que ahora se confirma, deviene esencialmente de lo dispuesto en los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública al señalar que: “ Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Publicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles la autoridad sanitaria, además de realizar las medidas preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas...así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Asimismo, aparece reiterada en los arts. 1 y 28 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad que alude expresamente a las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de personas y de los bienes y a cualesquiera otros de los derechos afectados y , finalmente encuentra respaldo en la ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y en la ley autonómica 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

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

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

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



En el supuesto que nos ocupa estos presupuestos constitucionales se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en dicha ley orgánica sobre los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la salud pública e integridad física, como por los supuestos y fines que aparecen definidos en la ley orgánica habilitante, L.O. 3/1986, especial de salud pública, puesto que en ella se prevé los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales límites (en palabras del TC “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 491/1999, FJ 4 y STC 76/2019 de 22 de mayo) y que se resumen en el ámbito material a que se circunscribe, salud pública; la exigencia de estas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias y, por lo que ahora nos ocupa, traten de controlar y /o evitar la transmisibilidad una enfermedad. En definitiva, la propia Ley Orgánica delimita las condiciones esenciales que han de concurrir para la adopción de tales medidas limitativas.

Todo ello, sin perjuicio de que será la intensidad de la imitación 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 a continuación las medidas concretas de la Orden 572/2021, de 7 de mayo, cuya ratificación se nos solicita a la luz de los parámetros constitucionales exigibles que, según reiterada jurisprudencia constitucional



se contrae a dos exigencias esenciales que dimanar del principio de proporcionalidad y han de respetarse en todo caso cuando se trata de la restricción de un derecho fundamental: la idoneidad de la medida en el sentido de que la misma se encuentre justificada para perseguir la protección de otro derecho fundamental o para alcanzar un fin constitucionalmente protegible y, segundo, que para alcanzar tal fin se haya limitado de la manera menos restrictiva el derecho fundamental del que se trata. O dicho de otro modo, será preciso analizar si la limitación del derecho fundamental acordada tiene una justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue que es constitucionalmente protegible y que además que no existe una medida menos gravosa para cumplir con esa finalidad.

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

Pues bien, ya en el Preámbulo de la Disposición General que no ocupa se justifican las medidas adoptadas en función de la protección de la salud pública (ex artículo 15.CE); así se dicen textualmente en dicho Preámbulo que:

“... Las medidas recogidas en esta Orden resultan idóneas, proporcionales, necesarias y justificadas, ya que su finalidad es controlar la transmisión y propagación de la enfermedad *con el fin de garantizar y proteger el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de la población en su conjunto* y con ellas se pretende dar una respuesta adecuada al escenario que se plantea ante la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre....”.

Asimismo, en el Informe que se acompaña a la solicitud de ratificación elaborado por la Dirección General de Salud Pública, de fecha 7 de mayo de 2021, se justifica la necesidad de adopción de medidas excepcionales en la “conurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un *riesgo actual y real para la salud de los ciudadanos* que justifica la adopción de las medidas excepcionales propuestas considerándose adecuadas a su necesidad y finalidad de prevención y protección de la salud pública”. Estas medidas se asientan en dicho informe en su alta efectividad demostrada para controlar la transmisión del SARS-COV-2 cuando el virus alcanza un elevado nivel de difusión; nivel que, en la Comunidad de Madrid al día de la fecha del informe, se sitúa en una incidencia acumulada a 7 días de 375,7 casos/100.000 habitantes, siendo así que siguiendo las recomendaciones del Consejo Europeo, el Centro Europeo para el Control de Enfermedades ha establecido un umbral de incidencia acumulada en 14 días de 150 casos por 100.000 habitantes para considerar que el riesgo es muy elevado debiendo en tal caso incrementar las medidas de protección que incluyen la limitación de actos que puedan suponer aglomeraciones de

personas o concentraciones en espacios públicos, así como limitación de actividades y servicios donde se produzca riesgo de contagio.

Es pues, la protección de la salud pública, evitando la propagación del virus y reduciendo su mayor incidencia y expansión, lo que justifica según la propia Orden la restricción de los derechos fundamentales que pudieran verse limitados o concernidos. 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 de otros derechos fundamentales que hayan de ceder ante el primero.

QUINTO.- Pasemos, pues, a examinar las medidas concretas cuya ratificación nos solicita la Comunidad de Madrid.

Restricción de aforo en lugares de culto.

La Administración solicitante de la ratificación, somete a nuestra consideración, en primer lugar, lo dispuesto en los apartados décimo cuarto y decimoquinto de la Orden que establecen una limitación de asistencia a los lugares de culto que no podrá superar el 50% de su aforo, así como la posibilidad de celebración de ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles en todo tipo de instalaciones públicas o privadas, ya sea al aire libre o espacios cerrados pero siempre que no se supere el 50% de su aforo, por cuanto pudieran restringir el derecho a la libertad religiosa y de culto (ex art. 16 CE).

Esta restricción de aforos se fundamenta y justifica en la Orden en la preservación del derecho a la salud pública, por la mayor transmisibilidad de la enfermedad en lugares cerrados con alta concentración de personas reunidas y como ya se ha reseñado se acompaña del correspondiente Informe de la Dirección General de la Salud Pública, de 7 de mayo pasado, que hace mención expresa a ese mayor riesgo de contagio y propagación de la enfermedad en tales circunstancias. Por ello, el aforo en dichos lugares se establece en un 50% de su capacidad, en similares términos que en otros lugares cerrados.

Pues bien, esta Sala se ratifica en la apreciación que ya efectuó en ocasiones anteriores de que tales restricciones de aforo no limitan o restringen el derecho a la libertad religiosa o de culto.

De conformidad con la doctrina constitucional (SSTC 46/2001, de 15 de febrero y 128/2001 de 4 de junio) el derecho a la libertad religiosa y de culto tiene, en efecto, una dimensión externa, que comprende el ejercicio de “aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades”.



Pero, ni siquiera en esta dimensión externa se ve limitado el ejercicio del derecho fundamental por el establecimiento de un aforo determinado, que se justifica en la propia Orden en la garantía y defensa de la salud pública, por que dichas medidas no impiden ni la celebración de las ceremonias religiosas en tales lugares ni tampoco la asistencia de los fieles a los mismos. Lo que hacen es modular su ejercicio por causa justificada de la defensa de otro derecho fundamental. O dicho de otro modo, la asistencia o la celebración de los ritos y ceremonias propios de esa dimensión externa del ejercicio del derecho fundamental no aparece limitada con respecto a cualquier lugar de culto sino únicamente respecto de aquellos en los que se supere dicho aforo. Pero se podrá acudir a cualquier otro que no supere la capacidad citada o a ese mismo lugar de culto en otro momento. De la misma forma que otros motivos menos dignos de protección, como la coincidencia de las fechas de celebración de las ceremonias o razones de ocupación concreta en dichos lugares, pueden limitar o incluso excluir la celebración de una ceremonia en determinada Iglesia al margen de las restricciones de aforo que contempla la Orden de la que nos ocupamos. Se trata, pues, de la natural modulación del ejercicio del derecho que por otro lado también aparece limitado por el propio aforo del lugar de culto según su capacidad y características propias.

A mayor abundamiento, la propia Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa, establece en su art. 2 el contenido de tal derecho fundamental al señalar:

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

...b) practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; celebrar sus ritos matrimoniales....

...d) reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y a asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica...”.

Y esa misma Ley Orgánica establece la posibilidad de limitación de tal derecho fundamental al señalar en su art. 3 que:

“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto *tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden publico protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

De forma que puede afirmarse que, en cualquier caso, la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, que en este caso se orienta a la protección de la salud pública, puede ser utilizada sin que sea contraria a la Constitución cuando como aquí ocurre la medida adoptada sea adecuada los fines perseguidos y queden acreditados los elementos de riesgo, como se señala en la STC 46/2001, de 15 de febrero, entre otras.

Máxime cuando esas limitaciones 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 todo ello consideramos que en la medida cuya ratificación se nos pide, no se vulnera el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto consagrado en el art. 16 de la Constitución Española y por ello ha de ratificarse.

Realización de pruebas diagnósticas.

La segunda medida cuya ratificación se solicita por la Administración se encuentra recogida en el apartado sexagésimo quinto de la Orden, en su número 6 letras c y d.

Se trata en este caso de la realización de pruebas diagnósticas de infección activa para la detección del SARS-CoV-2 a las personas de nuevo ingreso en residencias de personas mayores y a todos los trabajadores de los citados centros que regresen de permiso o vacaciones así como a los nuevos trabajadores que se incorporen, por si pudiesen afectar al derecho a la intimidad personal ex art. 18 CE.

Ahora bien, sobre medidas en todo similares a las presentes este Tribunal ya se ha pronunciado en la Sentencia de 28 de agosto de 2020, dictada en resolución del recurso de apelación 907/2020 interpuesto frente al Auto del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 2 de Madrid, en autos de ratificación de medidas sanitarias número 269/2020, respecto de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio.

En este pronunciamiento y en lo que aquí interesa, mantuvimos que la obligación de someterse a la realización de las pruebas PCR conlleva, en efecto, una limitación del derecho a la intimidad personal.

Decíamos en aquella resolución textualmente que:

“...El Tribunal Constitucional, en Sentencia STC 218/2002, de 25 de noviembre, afirma que la protección dispensada por el artículo 18.1 C.E alcanza a la intimidad personal *stricto sensu*, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal, si bien, en su Fundamento Jurídico Cuarto, introduce un matiz, según el cual, no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona. Trasladando lo anterior a la prueba PCR, entendemos que si bien tiene una incidencia invasiva, no conlleva una afectación cualificada sobre el cuerpo que comprometa el derecho a la intimidad corporal.

No obstante, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales puedan también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal, como afirma la STC 207/1996, de 16 de diciembre. Conviene recordar, en línea con la doctrina constitucional reiterada, que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 C.E, implica la existencia de un ámbito propio y una facultad de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una



previsión legal que tenga justificación constitucional y sea proporcionada o, en su caso, medie un consentimiento eficaz que lo autorice y sean respetados los términos y el alcance para el que se otorgó (STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004).

Esto no significa que el derecho a la intimidad personal sea un derecho absoluto, como resulta de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que se razona que puede ceder ante razones justificadas de interés general previstas en la ley, entre las que se encuentra la protección, prevención y evitación de riesgos y peligros para la salud pública.

Expuesto lo que antecede *concluimos que la obligación de someterse a la realización de las pruebas PCR, conlleva una limitación del derecho a la intimidad personal*. Ahora bien, no debemos desconocer los datos objetivos que contiene el Acuerdo de 14 de agosto de 2020 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre evolución de la incidencia de COVID-19, luego trasladados a la Orden ministerial de la misma fecha que muestra en la Comunidad Autónoma de Madrid, una alarmante progresión ascendente. Así, en la semana del 12 al 18 de julio, la incidencia es de 9,20 por 100.000 habitantes, en la siguiente, 19 al 26 de julio es, para la misma ratio, de 20,14; del 27 de julio al 2 de agosto, de 45,34 y el último reporte para la semana del 3 al 9 de agosto, de 91,05. A mayores, según el conocimiento científico actual, personas asintomáticas pueden contagiar la enfermedad, por lo que *entendemos que se trata de una medida adecuada y necesaria para prevenir la propagación de la pandemia, ante un riesgo cierto y grave y ajustada al principio de proporcionalidad* ya que la Orden 1008/2020, precisa sus presupuestos materiales, si bien por su carácter limitativo del derecho a la intimidad personal, está necesitada de nuestra ratificación o autorización....”.

Pues bien, dicho criterio ha de mantenerse también ahora en relación con las medidas de realización de pruebas diagnósticas de infección activa (PDIA) que se establecen en la Orden.

Y ello porque dichas medidas resultan idóneas, necesarias y proporcionales según los parámetros de constitucionalidad a los que ya aludimos anteriormente, resultando así que justifican la limitación del derecho fundamental concernido para la salvaguarda de otro derecho fundamental, la salud pública, también digno de protección.

Es una medida idónea, porque a través de ella es fácil colegir, como evidencia el informe de la Dirección General aportado y al que antes nos referimos, que dichas pruebas diagnósticas se presentan como esenciales y eficaces para detectar posibles fuentes de contagio y que se encuentran justificadas por la incidencia acumulada en la Comunidad de Madrid que a fecha 2 de mayo pasado ascendía a 172,7 casos /100.000 habitantes.

También se presenta como necesaria porque se trata de centros en los que conviven personas mayores, especialmente vulnerables a la enfermedad, lo que evidencia que estas pruebas de detección de la enfermedad son útiles y precisas 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 18 CE, esta se efectúa de la forma menos gravosa posible para conseguir el fin de protección de la salud que se persigue, dada la grave situación epidemiológica y la fiabilidad de dichas pruebas en la detección de la enfermedad, considerando asimismo que la medida se presenta atemperada al superior derecho fundamental que se pretende preservar que no es otra que la salud de los residentes en dichos centros.

Finalmente, en cuanto a la realización de dichas pruebas en relación con los trabajadores de dichas residencias que regresen de vacaciones o permisos, ya la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de riesgos laborales, fija en su artículo 22 una excepción a la voluntariedad de los reconocimientos médicos “para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Social) también admite los reconocimientos médicos obligatorios cuando resulte el único procedimiento para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador (STS de 10 de junio de 2015, rec. 178/2014), señalando textualmente en dicha resolución que:

“La propia jurisprudencia constitucional acepta la existencia de excepciones al carácter voluntario de los reconocimientos para la vigilancia de la salud. Pese a la ausencia de previsión explícita en el propio artículo 18.1 CE, el derecho en cuestión puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral (STC196/2004). Desde la perspectiva de la intimidad del trabajador, ello significa que el derecho a la intimidad puede ceder ante otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 , y 25/2005, de 14 de febrero , FJ 6)....”.

Por todo ello consideramos que debemos ratificar también las medidas de realización de pruebas diagnósticas recogidas el apartado sexagésimo quinto de la Orden, en su número 6 letras c) y d) porque aun limitativas del derecho fundamental que consagra el art. 18 CE, son necesarias, idóneas y proporcionadas y se justifican en la protección de la salud pública.

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:

Ratificar las medidas acordadas en los apartados décimo cuarto 1, décimo quinto 1 y sexagésimo quinto 6 c) y d) de la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

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 art. 87 apartados 1 bis, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) tras su modificación operada por el Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo, publicado el BOE de 5 de mayo; 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 QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA. SRA. D^a MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ AL AUTO DE FECHA 13 DE MAYO DE 2021, DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO SND 1040/2020

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 13 de mayo de 2021, dictado en el Procedimiento Ordinario nº 1040/2021; discrepancia que alcanza a los extremos a los que haré referencia a continuación

1.- OBJETO DEL PROCESO

Se somete a la ratificación de esta Sala y Sección la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

En particular, se solicita la ratificación de las medidas previstas en los apartados siguientes y puntos siguientes:

“Decimocuarto

Medidas y condiciones para el desarrollo de actividad en lugares de culto

1.- La asistencia a lugares de culto no podrá superar el cincuenta por ciento de su aforo. El aforo máximo deberá publicarse en lugar visible del espacio destinado al culto y se deberán cumplir las medidas generales de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias, siendo obligatorio el uso de mascarilla, salvo en los casos expresamente exceptuados.

(...)”

“Decimoquinto

Medidas y condiciones para la celebración de ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles

1.- Las ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles podrán realizarse en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, ya sea en espacios al aire libre o espacios cerrados, siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo. En caso de que no se pueda mantener la distancia mínima de seguridad interpersonal entre los asistentes de, al menos, 1,5 metros, deberá procurarse la máxima separación posible, siendo obligatorio el uso de mascarilla salvo en los casos expresamente exceptuados en la presente Orden.

A las ceremonias nupciales y celebraciones religiosas que se lleven a cabo en lugares de culto les será de aplicación la limitación de aforo y las medidas para el desarrollo de actividad en lugares de culto recogidas específicamente en esta Orden

(...)”.

“Sexagésimo quinto



Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales
(...)

6. Sin perjuicio de las medidas específicas y protocolos e instrucciones que en este ámbito aprueben las autoridades competentes, los titulares o, en su caso, el director o responsable de las residencias de personas mayores deberán implantar las siguientes medidas en relación con las visitas y salidas del centro:

(...)

c) Se realizarán pruebas PCR para la detección del SARS-CoV-2 a todos los nuevos ingresos con 72 horas de antelación, como máximo, a la fecha de ingreso.

d) Se realizarán pruebas PCR para la detección del SARS-CoV-2 a todos los trabajadores de los centros que regresen de permisos y vacaciones, así como a los nuevos trabajadores que se incorporen. Esta determinación deberá realizarse a través de los servicios de prevención de riesgos laborales en las 72 horas previas a la incorporación.

(...)”.

2.- ALCANCE DE LA DISCREPANCIA CON EL CRITERIO MAYORITARIO DE LA SALA EN CUANTO A LA RATIFICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA EN EL ORDINAL SEXAGÉSIMO QUINTO, APARTADO C) DE LA ORDEN 572/2021, DE 7 DE MAYO

Mi parecer contrario a la posición mayoritaria de la Sala se reduce, en esta cuestión, a la ratificación de la medida adoptada en el ordinal Sexagésimo quinto, apartado c) de la Orden 572/2021.

Aun cuando la medida prevista en el apartado d) del mismo ordinal (realización de pruebas PCR para la detección del SARS-CoV-2) es materialmente idéntica a la del apartado c), debo aclarar que son los distintos destinatarios para los que, en uno y otro apartado, está prevista la práctica de tales pruebas lo que determina la discrepancia que explicaré en este Voto Particular. Una discrepancia que, en esencia, se basa en la insuficiencia que presenta la Ley Orgánica 3/1986 para proceder a una intervención corporal forzada que resulta temporalmente indefinida, coactiva (si no consiente en someterse a ella, el/la interesado/a no podrá ingresar en la residencia, algo a lo que no siempre aspirará por su mera voluntad sino en muchos casos por necesidad) e invasiva del derecho fundamental a la intimidad personal garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución.

Además, ha de repararse en el hecho, que no entiendo irrelevante, de que la medida en cuestión ha sido configurada de modo confuso pues se reviste con el carácter de obligación para un tercero (“los titulares o, en su caso, el director o responsable de las residencias de personas mayores”) cuando lo que, en realidad, se esconde tras ella es la afectación del derecho a la intimidad de personas que desean, o se ven en la necesidad, de ingresar en una residencia de mayores. Futuros residentes que, no por ser identificados en la Orden 572/2021 meramente como “nuevos ingresos” pierden su condición de persona y, lo que es más, de titulares del derecho fundamental aquí concernido.



Huelga decir que esta discrepancia no puede traducirse en modo alguno en una negación de la necesidad de comprobar, mediante los medios científicos actualmente disponibles, que los futuros residentes de estos centros socio-sanitarios para personas mayores no son portadores del letal virus que ha causado tantos estragos, especialmente en dichos Centros y a tan vulnerable colectivo de personas. Pero que ello sea así no puede llevar tampoco a la conclusión de que la protección de la salud de dichas personas, y la de aquéllos que les cuidarán y con los que convivirán en el centro, haya de pasar, sin el debido amparo legal, por encima del derecho fundamental aquí concernido y del que este Tribunal ha de ser garante, individualizadamente, pese a que la medida adoptada lo haya sido con carácter colectivo.

2-a) SOBRE LA INSUFICIENTE COBERTURA LEGAL QUE OFRECE LA LEY ORGÁNICA 3/1986, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

Es cierto, como se recoge en el Auto del que respetuosamente discrepo, que este Tribunal (en Sala de Vacaciones) ya se pronunció de modo favorable a la ratificación de idéntica medida a la adoptada en el ordinal Sexagésimo quinto, apartado c) de la Orden 572/2021, de 7 de mayo, en Sentencia de 28 de agosto de 2020 (Rec. Apel. 907/2020). Y también lo es que en dicha resolución se decidió revocar el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo (aún no se había aprobado la Ley 3/2020, de 18 de septiembre) que antes había denegado la ratificación.

La Sala de Vacaciones (de la que formaban parte algunos miembros de esta Sección Octava que ahora ha ratificado la Orden 572/2021) tomó allí su decisión, desde un punto de partida que no puedo compartir; y es que se dijo en aquella Sentencia de 28 de agosto de 2020 que, dentro del marco normativo general que ofrecía, entre otras leyes ordinarias estatales y autonómicas, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, *“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”*. (Énfasis añadido)

En la situación de prolongada pandemia en que nos encontramos desde hace más de un año, tal afirmación, de la que es tributaria la decisión de la que ahora discrepo, parecería de obligada suscripción como ha hecho mayoritariamente ahora esta Sección si no fuese porque lo único que hace es perpetuar en sede jurisdiccional -y además en el seno de un proceso donde el Tribunal ha de actuar exclusivamente como garante de derechos fundamentales- el tenor de la cláusula residual del artículo Tercero de la repetida Ley Orgánica 3/1986. Es decir, se habilita a la autoridad sanitaria, bajo el presupuesto de riesgo de carácter transmisible, para que adopte cualesquiera medidas *“que se consideren necesarias”*, obviando que la injerencia por parte de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos no es admisible sin el oportuno amparo legal específico o mediante el recurso al Derecho de excepción; e incluso, en el primero de los casos, con fundamento en una norma legal suficientemente clara, precisa, dotada de la ineludible certeza y cumplidora del exigible canon



constitucional de previsibilidad. Notas de las que, de modo evidente, en mi opinión, carece la referida cláusula residual.

En este sentido, discrepo igualmente de la posición mayoritaria de la Sala por cuanto afirmando la suficiencia de esta imprecisa cláusula para dar cobertura legal a la injerencia en el derecho fundamental ahora concernido, resulta internamente contradictoria cuando resume jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 112/2006, 76/2019 y 104/2000) -que precisamente invalidaría tal suficiencia- afirmando al tiempo en el Auto de ratificación que dicho Tribunal admite la posibilidad de adopción de medidas concretas, limitativas de derechos fundamentales, sin necesidad de acudir al derecho de excepción, pero siempre que *“esta limitación esté suficientemente acotada en la correspondiente ley orgánica de habilitación (sic) de en cuanto al supuesto y fines que persigue y que dicha limitación esté justificada en la protección de otros bienes y derechos constitucionales”*. Sin duda, podría convenir con mis ilustres compañeros/as en que la finalidad de la cláusula residual es concreta (evitar el riesgo de una enfermedad transmisible como es el COVID-19) y que se justifica en la protección del derecho a la salud; pero lo que no comparto, y de ahí mi reiterada discrepancia, es que la habilitación a la autoridad sanitaria para adoptar ***“medidas y limitaciones sanitarias que consideren oportuno”*** alcance, como aquí, a la restricción temporalmente indefinida, coactiva y corporalmente invasiva de un fundamental cuando la medida, según la misma doctrina constitucional recogida en el Auto, no está *“suficientemente acotada”* en la Ley pretendidamente habilitante.

En apoyo de lo anterior, es pertinente recordar que 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, dejó dicho que la seguridad jurídica se caracteriza *“como una suma de legalidad y certeza del Derecho”*, por lo que 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 en el párrafo anterior, y debiendo, además, ser previsible en cuanto a la afectación que produzca en el derecho fundamental. Me refiero al 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)”.

La recta aplicación de esta doctrina sobre la necesaria certeza y previsibilidad de la norma legal limitadora de derechos fundamentales se nos facilita, por ejemplo, en cuanto al apartado d) del mismo ordinal Sexagésimo quinto de la misma Orden 572/2021 que se ha ratificado. Y es precisamente por ello por lo que, pese a la identidad material de la medida con la adoptada en el apartado c) de cuya ratificación discrepo, he firmado en este extremo con la posición mayoritaria de la Sala: la diferencia esencial entre las medidas de uno y otro apartado es que, para imponer a los trabajadores de residencias de mayores la obligación de someterse a pruebas PCR al regresar de



permisos y vacaciones, así como al inicio de su actividad como nuevos empleados de estos centros, la imprecisa cláusula residual del artículo Tercero de la Ley Orgánica 3/1986, resulta complementada de modo suficiente, para cumplir con el canon constitucional de certeza y previsibilidad, con lo dispuesto expresamente, entre otros, en el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que prevé de modo explícito la posibilidad de imponer a los trabajadores la práctica de pruebas y reconocimientos *“para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”*. Por el contrario, la imposición de la misma obligación a los *“nuevos ingresos”* (en impersonal referencia a los/as ancianos/as que quieren o necesitan residir en estos centros socio-sanitarios) no alcanza a fundarse más que en la repetida cláusula residual de la Ley Orgánica 3/1986, que, como ha quedado evidenciado, por sí sola resulta insuficiente, imprecisa, falta de certeza y de la previsibilidad que la jurisprudencia tanto constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigen como canon necesario para legitimar la injerencia en el derecho fundamental del que se trata en este caso: la intimidad personal.

Junto a lo anterior tampoco carece de relevancia recordar ahora que, siendo cierto que la jurisprudencia constitucional ha declarado que el derecho fundamental a la intimidad personal no ha de entenderse con carácter absoluto pues puede ser limitado en función de la finalidad que pudiera amparar una concreta intervención corporal, como es aquí el caso, no lo es menos que en su STC 207/1996, de 16 de diciembre, el Tribunal Constitucional dejó dicho que el derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución) y que *“[l]a necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del C.E.D.H., en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho “al respeto de la vida privada y familiar” (Sentencias del T.E.D.H. “X. e Y./Holanda”, de 26 de marzo de 1985, y “Costello-Roberts/Reino Unido”, de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la C.E.D.H. núms. 8239/78 y 8278/78). Pues bien, el apartado 2º del mencionado art. 8 expresamente señala que: “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...”*. Entiendo que la referencia a la necesaria cobertura legal es clara, sin perjuicio de la modulación de la intromisión en el derecho en función de la intensidad de la intervención, tal como también ha establecido la jurisprudencia constitucional.

Con base en lo anterior, una vez más he de concluir que no se trata de que la medida adoptada no sea necesaria o idónea, según el estado actual del conocimiento científico sobre este letal virus SARS-CoV-2, para determinar si una persona concreta es o no un/a posible portador/a, incluso asintomático, del mismo. De lo que se trata en este caso, como en el resto de aquéllos en los que se vienen afectando de modo indiscriminado y “en masa” derechos fundamentales una vez decaído el estado de alarma, es de que tales injerencias, idóneas y necesarias desde la perspectiva de protección de la salud pública, sean por encima de todo legales, en cuanto amparadas, no en cláusulas imprecisas, deficientes y contrarias a la seguridad jurídica, sino en normas que, teniendo suficiente rango, estén dotadas de la certeza y previsibilidad exigidas por el canon constitucional establecido a tal efecto por el Tribunal Constitucional y por las exigencias derivadas de la protección de los Derechos



Humanos; normas que, en definitiva, ofrezcan las garantías suficientes a quienes, como consecuencia de esta indeseable e interminable pandemia, ven limitados de continuo sus derechos fundamentales en pro de la salud pública; normas específicas y con suficiente garantía de certeza y previsibilidad que, fuera del derecho de excepción y reivindicadas por algunos sectores doctrinales y hasta por la propia Comisión Permanente del Consejo de Estado en reciente Dictamen de fecha 22 de marzo de 2021, en nuestro ordenamiento jurídico, inicialmente sobrepasado por lo imprevisto, por el momento no existen.

En consecuencia, por lo hasta aquí expuesto y razonado, entiendo que la solicitud de ratificación de la concreta medida contenida en el ordinal Sexagésimo quinto, apartado c) de la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, no debió haber sido ratificada.

3.- ALCANCE DE LA DISCREPANCIA CON EL CRITERIO MAYORITARIO DE LA SALA EN CUANTO A LA RATIFICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA EN LOS ORDINALES DECIMOCUARTO, PUNTO 1, Y DECIMOQUINTO, PUNTO 1, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA ORDEN 572/2021, DE 7 DE MAYO

La medida en cuestión es la referida a la imposición de aforos para la asistencia a lugares de culto, en general y, en particular, para la celebración de ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas que se realicen en dichos lugares.

La respetuosa discrepancia que muestro en este caso con la decisión mayoritaria de la Sala tiene relación con dos aspectos concretos: el primero y principal, el punto de partida utilizado en el razonamiento, que no es otro que la afirmación de que las restricciones de aforo no restringen el derecho a la libertad religiosa en su vertiente de la libertad de culto; el segundo, de carácter formal, la propia contradicción interna en que se incurre cuando se afirma lo anterior y, sin embargo, se ratifica formalmente la medida en cuestión.

A.- Comenzando por la segunda cuestión, de orden formal, mi discrepancia se basa en la contradicción interna en que incurre el Auto del que respetuosamente me aparto en cuanto a lo ya concretado; una contradicción que viene avalada por el propio modo de proceder de la Administración Autonómica cuya representación procesal ha solicitado -con acierto a mi entender, y no al de la Sala, al parecer- la ratificación judicial de estas medidas al amparo del artículo 10.8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Recuérdese que este precepto legal establece como presupuesto de la necesaria ratificación judicial que las medidas en cuestión “impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales”. Si es así, como se ha dicho en el Auto, que “*tales restricciones de aforo no limitan o restringen el derecho a la libertad religiosa o de culto*”, lo lógico y procedente habría sido declarar en su Parte Dispositiva que no era necesaria la ratificación de esta concreta medida.

B.- Respecto a la otra cuestión apuntada, tal como he venido manteniendo en votos particulares anteriores, el examen de la posible afectación de la libertad religiosa, en su vertiente de la libertad de culto por la limitación de aforos debe partir de lo dispuesto en el artículo 9 (“Libertad de pensamiento, de conciencia y religión”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dice así el apartado 1 del precepto:



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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

Por su parte, el artículo Tercero, apartado Uno, de la misma Ley Orgánica citada dispone que



“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

A partir de tal regulación, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala, del que, como en ocasiones anteriores, respetuosamente vuelvo a discrepar en este punto, entiendo que la Orden 572/2021, afecta de manera directa al derecho fundamental aquí concernido.

Cuestión diferente es que, como sostiene el Letrado de la Comunidad de Madrid en su solicitud de ratificación de esta concreta medida, la autoridad sanitaria autonómica haya sido “*sensible*” a las opiniones discrepantes manifestadas en anteriores votos particulares en los que, entre otras cosas se puso de manifiesto la ausencia de justificación -y, en consecuencia, la falta de proporcionalidad- de aquellas decisiones de restringir el aforo en lugares de culto al 33,3% de su aforo cuando en otros lugares cerrados, tales como bares, restaurantes, locales de juegos y apuestas, por ejemplo, el aforo permitido era del 50%, no estando allí concernido, a priori, el libre ejercicio de un derecho fundamental. Y que, por ello, ahora el aforo se haya equiparado en los casos citados en un 50%.

Finalmente, dado que la Orden 572/2021, de 7 de mayo, deja sin efecto expresamente la anterior Orden 668/2020, de 19 de junio, y que en ésta última, en su redacción original, se establecía que la restricción de la asistencia a lugares de culto no podría sobrepasar un 75% del aforo, basada la Orden que ahora se ha ratificado en la notoria efectividad de las medidas hasta ahora adoptadas y en los datos favorables en la evolución de la pandemia en estas fechas, entiendo que la fijación del aforo en un 50% resulta injustificada cuando en la misma disposición se prevé, sin embargo, la posible ocupación en un 75% de su aforo, por ejemplo, en establecimientos y locales comerciales minoristas y de actividades de servicios profesionales abiertos al público así como en centros y parques comerciales, siendo notorio que la afluencia de personas a estos últimos lugares es superior al de cualquier lugar de culto que se considere.

En consecuencia, por lo hasta aquí expuesto, entiendo que la medida examinada tampoco debió ser ratificada, en este caso, por afectar de modo desproporcionado al derecho fundamental concernido.

En Madrid, a trece 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.

