

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

**Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias [SND] nº: 4
/000234/2021-**

N.I.G: 46250-33-3-2021-0001765

Demandante/Recurrente: ABOGACIA GRAL. DE LA GENERALITAT

Demandado/Recurrido: MINISTERIO FISCAL

A U T O N ° 271/21

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Magistrados:

D. MIGUEL ANGEL OLARTE MADERO

D. MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

D. ANTONIO LÓPEZ TOMÁS

En VALENCIA, a doce de julio de dos mil veintiuno

Dada cuenta; lo precedente únase, y

H E C H O S

PRIMERO: En fecha 9-Julio-2021, por la Abogada de la Generalitat -en la representación que ostenta en virtud de lo dispuesto en los artículos 551.3 de la L.O. 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial y 7.1 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica de la Generalitat- se ha presentado escrito en atención a lo previsto en el art. 10.8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, acuerde la Sala la autorización de las medidas adoptadas en la resolución de la Consellera de Sanidad de 9 de Julio de 2021, relativas a la circulación de personas en determinados municipios de la Comunitat Valenciana y a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados en todo el ámbito de la Comunitat Valenciana , como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, durante el período de 14 días a contar desde el mismo día de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

Las medidas contenidas en la Resolución de 9 de julio de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, cuya autorización se solicita y que se contienen en los resueltos primero y segundo de la mencionada Resolución son las siguientes:

"Primero.- Medidas relativas a la circulación de personas

1. Queda limitada la libertad de circulación de las personas en horario nocturno entre la 01:00 y las 06:00 horas en los siguientes municipios:

- En la provincia de Alicante. Sant Vicent del Raspeig.

- En la provincia de Castellón: Benicàssim.

- En la provincia de Valencia: Alaquàs, Alboraià, Aldaia, Almàssera, Benaguasil, Benetússer, Benifaió, Bunyol, Burjassot, Catarroja, El Puig, Gandía, L'Eliana, Meliana, Mislata, Moncada, Paterna, Picanya, Picassent, Puçol, Quart de Poblet, Requena, Riba-roja de Túria, Sedaví, Silla, Tavernes Blanques, Utiel, Valencia, Vilamarxant y Xirivella.

2. Se exceptiona de esta limitación la realización de alguna de las actividades siguientes:

a) Adquisición de medicamentos, productos sanitarios y otros bienes de primera necesidad.

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) Desarrollo de actividades cinegéticas vinculadas al control de la sobreabundancia de especies cinegéticas que puedan causar daños a los ecosistemas, en los ciclos productivos de la agricultura y la ganadería y en la seguridad vial.

h) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

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

j) Repostaje en gasolineras o estaciones de servicio, cuando resulte necesario para la realización de las actividades previstas en los párrafos anteriores.

Segundo.- Medidas relativas a la permanencia de grupos de personas en espacios privados y públicos, en el ámbito de la Comunitat Valenciana

1. En domicilios y espacios de uso privado y en espacios de uso público, tanto cerrados como al aire libre, no se podrán formar grupos de más de 10 personas, salvo que se trate de personas convivientes o salvo que se trate de dos núcleos de convivencia, y sin perjuicio de las excepciones previstas en los siguientes apartados de esta resolución, así como en otros actos administrativos que sean de aplicación.

2. Se exceptúan de las limitaciones establecidas en los apartados anteriores, las siguientes situaciones:

a) Las actividades no profesionales relacionadas con la crianza y los cuidados, como la atención y acompañamiento a personas menores de edad, personas mayores, en situación de dependencia, con diversidad funcional o en situación de especial vulnerabilidad.

b) La convivencia alterna de hijos e hijas con sus progenitores o progenitoras no convivientes entre ellos.

c) El acogimiento familiar de personas menores de edad en cualquiera de sus tipologías.

d) La reunión de personas con vínculo matrimonial o de pareja que viven en domicilios diferentes.

e) Las personas que viven solas, que se podrán incorporar, durante todo el periodo de vigencia de la medida, a otra única unidad de convivencia, siempre que en esta unidad de convivencia solo se incorpore una única persona que viva sola.

3. Tampoco están incluidas en las limitaciones previstas en el apartado anterior, las actividades laborales, las institucionales, las de transporte y las de los centros docentes que imparten las enseñanzas a las que hace referencia el artículo 3 de la Ley Orgánica de Educación, incluida la enseñanza universitaria, ni aquellas actividades para las que se establecen medidas específicas."

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 9 de julio de 2021, se ha dado traslado al Ministerio Fiscal a fin de que, antes de la 12 horas del día 12-7-2021, alegue sobre la petición de la autorización, trámite que ha evacuado en fecha 12-7-2021 no oponiéndose a la autorización solicitada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Acto administrativo cuya autorización se insta en esta sede jurisdiccional y posición del Ministerio Fiscal al respecto. Referencia a nuestros autos números 142/2020, -de 27 de octubre-, 173/2021 -de 7 de mayo- y 195/2021 -de 21 de mayo- y a la reciente doctrina jurisprudencial acerca de los presupuestos y requisitos necesarios para la adopción de medidas como el denominado “toque de queda” o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales.

1.1 El concreto acto administrativo que, en este caso, se somete a autorización judicial es la resolución de 9 de julio de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas relativas a la circulación de personas en determinados municipios de la Comunidad Valenciana, y a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados en todo el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, durante el período de 14 días a contar desde el mismo día de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

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

1.2 En lo que se refiere a las precitadas medidas, el Ministerio Fiscal ha manifestado no oponerse a la autorización de las mismas “habida cuenta que han sido adoptadas por Autoridad competente dentro del ámbito de sus competencias, amparadas por una norma con rango legal, que persiguen un fin constitucionalmente legítimo, defensa de la salud pública, la integridad física y la salud de la población, siendo de carácter urgente, existiendo la necesaria proporcionalidad de las medidas, ya que suponen limitación de derechos fundamentales, y han sido debidamente motivadas, por cuanto son idóneas y necesarias para los fines que se pretenden a la vista del informe técnico aportado que analiza la evolución de los contagios y motivan su duración como los demás informes aportados”.

Dicho informe contiene un importante y depurado esfuerzo argumentativo y valorativo, resultando concordante con lo que en sucesivos razonamientos jurídicos vamos a desarrollar en relación con relevantes aspectos jurídicos imbricados en el tema que nos ocupa. Particularmente, el informe incide en la diferencia entre lo que es limitación y lo que es suspensión de derechos fundamentales (razonando el por qué en este caso estamos ante limitación y no suspensión de derechos), el amparo legal de las medidas adoptadas y la proporcionalidad de las mismas (razonando individualizadamente el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

1.3 Visto lo anterior, no podemos dejar de hacer referencia a nuestros autos números 142/2000 -de 27 de octubre-, 173/2021 -de 7 de mayo- y 195/2021 -de 21 de mayo-. Ello debe ser así ya que algunas -muy relevantes- de las cuestiones jurídicas suscitadas en el presente supuesto ya fueron resueltas en aquellos autos. Lógicamente no todas, singularmente la atinente al particular juicio de proporcionalidad que en el concreto caso que ahora nos ocupa -y con todas las circunstancias implicadas en el mismo- debemos proyectar sobre las específicas medidas que se someten a nuestra autorización. Por ello, y pese a tal fundamental adaptación que realizaremos, vamos a seguir en este auto el mismo esquema estructural que plasmamos en aquellos anteriores.

También nos detendremos en el examen de las SSTS 719/2021 y 788/2021, que son exponente de la reciente doctrina jurisprudencial acerca -entre otros extremos- de los presupuestos y requisitos necesarios para la adopción de medidas como el denominado “toque de queda” o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales. A esto dedicaremos el razonamiento jurídico quinto de la presente resolución.

SEGUNDO.- Síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la función jurisdiccional de los actos de la Administración sujetos a autorización o ratificación judicial.

En subsiguientes razonamientos jurídicos abordaremos y clarificaremos algunos de los presupuestos de necesaria concurrencia para emitir una decisión de autorización o ratificación judicial en este tipo de supuestos (singularmente lo atinente a la insuficiencia de la normativa procesal para justificar la intervención judicial en las medidas de que se trate y -por ello- la necesidad de una cobertura sustantiva de las mismas). También trataremos otras claves que mediatizan la decisión de autorización -o no- de las medidas.

Pero, ahora por de pronto, comenzamos por recordar -a modo de inicial contextualización- lo que venimos expresando en anteriores resoluciones sobre la materia acerca de la doctrina constitucional aplicable en estos casos. Es lo que sigue.

“Habida cuenta que nos encontramos en trance de proceder a la ratificación -o no- de este tipo de medidas que se contempla en el art. 10.8 LJCA, habremos de tener en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la función jurisdiccional en estos supuestos ha clarificado que la extensión del

control judicial en este ámbito singular consiste en verificar si concurren las condiciones extrínsecas de legalidad del acto administrativo de que se trate, lo que es equiparable a la inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en el mismo, o a que la Administración pretenda actuar en vía de hecho. Los motivos de legalidad ordinarios son ajenos a este proceso y han de hacerse valer en el oportuno recurso ordinario. Debe apreciarse y revisarse, entre otros aspectos, la competencia del órgano autor de acto y la proporcionalidad de la medida en una doble perspectiva: una formal, de la preceptiva motivación adecuada del acto a ejecutar y otra material, de la necesidad, adecuación y proporcionalidad -en sentido estricto- de tal medida.

Así, el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo (sea Juzgado, sea Tribunal Superior de Justicia, sea Audiencia nacional, ex artículo 8.6; 10.8 ó 11.1 i L.J.C.A.), controla, mediante la autorización o ratificación, la proporcionalidad de medidas sanitarias que pretendan ponerse en práctica, en cuanto tales medidas lleven aparejada la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, actuando así como garante de los derechos fundamentales del individuo. En todo caso, los supuestos en los que, legítimamente y con criterios de proporcionalidad, la Administración puede actuar primero y pedir la ratificación judicial después para legitimar constitucionalmente lo ya realizado deben venir condicionados por dos requisitos: el primero de ellos es el de la urgencia en dicho actuar, es decir, la Administración Sanitaria podrá adoptar medidas para la preservación de la salud pública cuando haya razones urgentes que exijan su inmediato actuar con independencia de que, acto seguido, después de materializado el acto administrativo, deba recabar la correspondiente intervención judicial garantizadora de los derechos o libertades afectados; y la segunda de las exigencias que condiciona este actuar previo al control judicial por la Administración es el requisito de la necesidad de la medida, es decir, que la medida a adoptar sea imprescindible para la preservación de la salud pública.

En definitiva, los preceptos normativos indicados permiten a las autoridades sanitarias adoptar diversas medidas, de prevención general y especial, así como de tratamiento y actuación, en materia sanitaria cuando lo exijan circunstancias que pongan en riesgo la salud pública. Como se ha señalado, cuando tales medidas puedan afectar al ámbito de derechos fundamentales y libertades se exige el control judicial, que actúa en estos casos, no en ejercicio de potestades jurisdiccionales, sino de garantía en los términos del artículo 117.4 de la Constitución Española, de manera que únicamente en los ámbitos sanitarios indicados y cuando se trate de medidas urgentes y necesarias para la preservación de la salud pública la Administración podrá actuar limitando derechos fundamentales o libertades públicas individuales, debiendo acudir posteriormente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que ésta controle por vía de ratificación el conjunto de las que hayan sido tomadas”.

Esto lo hemos recogido en nuestro precitado auto 142/2020 -de 27 de octubre-, en nuestra sentencia 21/2021 -de 21 de enero- y también en nuestros autos 173/2021 -de 7 de mayo-. Y 195/2021 -de 21 de mayo-,

TERCERO.- Competencia de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública para la adopción de las medidas sometidas a control judicial.

Como acabamos de ver, uno de los aspectos a revisar en nuestro juicio valorativo es el de la competencia del órgano autor del acto.

No albergamos grandes dudas en este punto sobre la efectiva competencia de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública para adoptar las medidas de que aquí se trata, si bien advertimos que lo que diremos en el presente razonamiento debe ser necesariamente completado y armonizado con las consideraciones que efectuaremos en el siguiente.

En este sentido, las potestades administrativas que justifican medidas sanitarias de privación o restricción de las libertades o de otros derechos fundamentales de los ciudadanos encuentran cobertura, originariamente, en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma, después de proclamar el derecho a la salud, precisa en su apartado segundo que “(c)ompete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”

El desarrollo básico del tal norma de nuestra Carta Magna, que consagra el referido principio constitucional rector de la política social del Estado, se encuentra en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 abril (sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), en la Ley 33/2011, de 4 de octubre (General de Salud Pública) y en la Ley 14/1986, de 25 abril (General de Sanidad), dictadas en virtud de la atribución competencial reconocida en el artículo 149.1.16 de la Constitución a favor del Estado, y sin perjuicio del ámbito competencial que en materia de sanidad e higiene efectúa el artículo 148.1.21 a las Comunidades Autónomas. En la Comunidad Valenciana, hemos de estar al propio tiempo a la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

Conocemos, además, la asunción por parte del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 5/1982) de la competencia en esta materia, la que viene contemplada en el art. 148.1.21^a como una de las que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Podemos referirnos, en fin, a la atribución pública a la Consellería de Sanitat y Salud Pública que deriva del Decreto 105/2019, de 5 de julio, del Consell (por el que se establece la estructura básica de la Presidencia y de las Consellerías -art. 94-) y al Acuerdo de 19 de junio de 2020, del Consell (sobre medidas de prevención frente a la COVID-19), que prevé la posibilidad de adopción de medidas extraordinarias en salvaguarda de la salud pública a causa de la pandemia por coronavirus SARS-CoV2 por parte de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, que añade que “(a)simismo corresponde a la persona titular de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública adoptar las medidas necesarias para la aplicación del presente acuerdo y establecer, de acuerdo con la normativa aplicable y a la vista de la evolución de la situación sanitaria, todas aquellas medidas adicionales o complementarias que sean necesarias”.

CUARTO.- La Ley Orgánica 3/1986 (de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública) proporciona *ab initio* suficiente cobertura normativa sustantiva para la adopción de medidas sanitarias limitativas -no suspensivas- de libertades y derechos fundamentales.

4.1 Señalábamos *ut supra* que la adopción de medidas sanitarias limitativas de libertades y derechos fundamentales no puede tener únicamente soporte en una norma adjetiva, sino que debe quedar sostenida y alimentada por una norma sustantiva. Parece que ello no debería provocar debate dado que la causa y finalidad de las medidas procesales (atribución de competencias, regulación del procedimiento...) nada tiene que ver con la regulación material necesaria para habilitar el establecimiento de facultades sustantivas. Las normas adjetivas o formales son las que poseen una existencia dependiente y subordinada, pues solo tienden a facilitar los medios para que se cumpla la regla establecida, garantizando el respeto a las facultades y deberes atribuidos por las normas sustantivas. Precisamente las normas materiales o sustantivas son las que tienen una finalidad propia y subsistente por sí, fijando -entre otras cosas- la regla de conducta y las facultades y deberes de cada cual. Por eso, la atribución competencial a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de competencia para conocer “de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades 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 resulten identificados”, contenida en el art. 10.8 LJCA, no puede sustentar por sí sola -dado su carácter adjetivo- la procedencia material de medidas como las que nos ocupan, lo que nos conduce a indagar cuál o cuáles normas sustantivas pueden amparar tales medidas.

4.2 Ello nos lleva irremisiblemente al candente y actual debate acerca de si determinadas medidas limitativas de libertades y derechos fundamentales pueden acomodarse en el soporte normativo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (de medidas especiales en materia de salud pública) o no quedaría más remedio que acudir para su adopción al denominado derecho de excepción, positivizado en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 4/1981, de 1 de junio (de los estados de alarma, excepción y sitio) [Debate que, sin perjuicio de las aportaciones que a continuación seguimos intentando realizar, ha quedado ya resuelto por nuestro Alto Tribunal -como veremos en el siguiente razonamiento jurídico-].

4.3 Elucidar tal cuestión nos va a exigir efectuar determinadas reflexiones.

4.3.1 La primera de ellas es que la Ley 3/1986 -al igual que la Ley 4/1981- tiene la naturaleza de orgánica. Leyes orgánicas son las *constitucionalmente* requeridas para regular ciertas materias (art. 81.1 de la Constitución Española). En el caso, es claro que si ambas leyes tienen el carácter de orgánicas es precisamente porque son susceptibles de incidir en derechos fundamentales (y, por tanto, limitarlos). Teniendo la misma naturaleza y rango normativo no puede entenderse que alguna de ellas tenga algún grado de jerarquía o superioridad sobre la otra (por cierto tampoco es desdeñable el dato de que la Ley 3/1986 es posterior a la Ley 4/1981). No cabe duda que la Ley Orgánica 4/1981 tiene un ámbito aplicativo más amplio,

pero por ello no entendemos que tenga -al respecto que ahora nos ocupa- una mayor especificidad que la Ley Orgánica 3/1986. Ésta, además y a diferencia de la Ley 4/1981, tiene como objeto exclusivo la materia de salud pública. En sentido similar a estas consideraciones podemos citar el auto de 23 de octubre de 2020 de nuestra homónima Sala de Asturias-apartado 4.1 del RJ 4º-.

4.3.2 Otra cuestión que debe también quedar esclarecida es que las medidas que ahora tratamos suponen únicamente la restricción o limitación de libertades y derechos fundamentales, no la suspensión de los mismos (esto no es una cuestión de matiz, sino de cardinal trascendencia). La suspensión tiene una connotación o carácter absoluto respecto del ejercicio de un derecho, en tanto que el componente propio de la limitación es la relatividad. Limitar, como su propio nombre indica, es poner límites a algo, en este caso fijar la extensión de los derechos y facultades de alguien. La suspensión es la privación completa, aunque sea solo por algún tiempo. Por eso, la restricción de la circulación y deambulación en un horario determinado (téngase en cuenta que no sólo son apenas 5 horas, sino que las mismas se localizan en la franja horaria comprendida entre las 01,00 horas y las 6,00 horas) y -además- con todo un elenco de importantes excepciones, supone solamente la limitación de la libertad ambulatoria, pero no su suspensión. Ningún problema ofrece la consideración de que la reducción a un máximo de 10 personas de las agrupaciones o reuniones familiares y/o sociales no pasa de la categoría de simple limitación del derecho de reunión, nunca de suspensión del mismo. Esto -como anticipamos- tiene su importancia habida cuenta que, si nos hubiésemos encontrado ante medidas que supusieran la suspensión de derechos fundamentales (en nuestro caso referidas a los derechos fundamentales a la libre circulación y el derecho de reunión -arts. 19 y 21.1 CE-), la cláusula contenida en el art. 55.1 de nuestra Carta Magna hubiera impuesto necesariamente la declaración del estado de excepción o sitio.

A este respecto podríamos decir que de la misma manera que el denominado “confinamiento perimetral” (que ya validaron en su día otras Salas de lo Contencioso-Administrativo) es una *limitación* “espacial” del derecho a la libre circulación, la restricción horaria de la circulación y deambulación (en el grado reducido que prevé la resolución) es una *limitación* “temporal” de ese mismo derecho, máxime teniendo en cuenta las razonables y muy importantes excepciones a tal restricción; esto es, *limitación*, no *suspensión*.

4.3.3 Decíamos en el apartado 4.3.1 que la Ley 3/1986 (de medidas especiales en materia de salud pública) tiene la naturaleza de orgánica. Ello viene a cuento porque el Tribunal Constitucional admite el establecimiento de medidas concretas limitativas del efectivo ejercicio de derechos fundamentales sin tener que acudir necesariamente al llamado derecho de excepción, eso sí, siempre que esa limitación esté suficientemente caracterizada en la correspondiente ley orgánica -en cuanto a los supuestos y fines que se persiguen- y justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

Esto es algo que se explica bien en el auto número 115/2020, de 24 de septiembre, de la Sección Octava de la Sala de Madrid -RJ 3º-, con presupuesto en determinadas SSTC (las números 104/2000, 112/2006 y 76/2019) y efectuando

una proyección práctica de las mismas a la LO 3/1986. Nosotros compartimos esos razonamientos de la tesis mayoritaria de la Sala de Madrid.

E igualmente es digno de mención en este punto el auto número 170/2020, de 22 de octubre, de nuestra también homónima Sala de Navarra -párrafo cuarto del RJ 4º-, que, aludiendo a los necesarios criterios de certeza y previsibilidad con que deben contar las leyes que limiten el ejercicio de derechos fundamentales, concluye con signo positivo su aplicación a la LO 3/1986.

En definitiva, la LO 3/1986 expresa “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”: (i) su ámbito material, que es la salud pública -descrito en el primer inciso de su artículo primero-, (ii) la urgencia y necesidad de las razones sanitarias que demanden la adopción de medidas -se contempla en el inciso final del mismo artículo- y (iii) su finalidad de controlar la transmisibilidad de enfermedades contagiosas -primer inciso del artículo tercero-.

No podemos, por lo que acabamos de ver, participar de la idea de que estemos ante un precepto excesivamente abierto. Además, el hecho de que no se especifiquen en el artículo tercero las concretas medidas limitativas de derechos fundamentales que pueden acordarse lo o único que revela -lo que no está exento de lógica- es que estamos ante un precepto adaptable a las circunstancias particulares de cada caso y a la situación epidemiológica de que se trate. Pero no que no puedan adoptarse medidas. Otro entendimiento dejaría vacío de contenido el artículo tercero, lo que no puede entenderse factible. Por lo demás, no hemos visto que la constitucionalidad de tal norma -la LO 3/1986- haya sido puesta en cuestión (y esta es una norma que no puede obviar, por consiguiente, este órgano jurisdiccional).

Relacionado con lo anterior, tampoco asumimos -aunque, desde luego, respetamos esta interpretación- que las posibles medidas a tomar queden restringidas a personas concretas y determinadas que queden concernidas claramente por la enfermedad (esto es, enfermos y personas relacionadas con ellos). Las medidas que pueden adoptarse según tal precepto, conforme el mismo viene redactado y de acuerdo con nuestro entendimiento de la ortodoxia gramatical, son las relativas -de un lado- al control de los enfermos, de las personas que hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y -de otro- las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter trasmisible. Así nos parece que resulta de la estructura gramatical del precepto y, en particular, de la locución conjuntiva “así como”, que funciona como conjunción distributiva (‘correlativa’) con predicado único, que es el que va a continuación de “las que se consideren necesarias” y es el de “en caso de riesgo trasmisible”.

4.4 No podemos terminar la cuestión objeto de este razonamiento jurídico sin significar que, tal como se lleva escuchando y solicitando desde diversas instancias -incluidas las judiciales-, lo deseable de *lege ferenda* hubiera sido -y sigue siendo- una producción normativa idónea y “ad hoc” que solvente los problemas interpretativos con los que nos encontramos y evite la consecuente contradicción de criterios a la que asistimos en su día y que siguen repitiéndose en los diversos tribunales territoriales del país. Esta necesaria intervención legislativa es precisamente la que ya se produjo en los comienzos de la pandemia por varios

de los países de nuestro entorno geográfico y cultural, resultando particularmente significativo como dos países -Alemania y Francia- que tienen una configuración constitucional poco coincidente dieron una solución similar de orden administrativo, especificando competencias antes previstas en disposiciones más generales y -en definitiva- confiriendo la necesaria certeza y seguridad a las autoridades sanitarias para acordar medidas limitativas de derechos fundamentales.

Con lo que sí contamos ya, al menos, es con algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre relevantes aspectos del tema que nos ocupa. Pasamos a verlos en el siguiente razonamiento jurídico.

QUINTO.- Reciente doctrina del Tribunal Supremo acerca de la suficiencia de la Ley Orgánica 3/1986 como soporte para la adopción de medidas como el denominado “toque de queda” o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales: referencia a las SSTs 719/2021 y 788/2021. Presupuestos y requisitos de necesaria concurrencia para la viabilidad de autorización de tales medidas.

La conclusión sentada en el precedente razonamiento jurídico ha sido -entendemos- corroborada por la doctrina del Tribunal Supremo que, muy recientemente, se ha pronunciado sobre esta cuestión.

Sin ánimo de exhaustividad y circunscribiéndonos a lo que ahora más interesa, comenzamos destacando el siguiente pasaje de la STS 719/2021:

“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 determinarse siempre --ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas-- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia 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.”

Además de lo anterior, extraemos las siguientes conclusiones de la STS 195/2021:

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

Lo anterior quiere decir, en nuestra modesta interpretación, que el Tribunal Supremo considera que medidas como las que aquí se trata pueden estar amparadas por el art. 3 de la LO 3/1986, siempre que -eso sí- exista suficiente justificación sustantiva para su adopción, de modo que puedan ser juzgadas como proporcionales; siendo que precisamente -y esto nos importa mucho- si el Tribunal Supremo entendió en el caso que le tocó analizar que no podían ratificarse tales medidas es precisamente porque no ha quedado acreditado el juicio de proporcionalidad y no lo fue porque no existía justificación suficiente del mismo ni en la resolución administrativa ni en la judicial (las cuales, dice el TS, se apoyan sólo en consideraciones de prudencia).

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

En definitiva, que en el ámbito de la cuestión en que ahora nos encontramos la clave de resolución se reside en el juicio constitucional de proporcionalidad de las concretas medidas solicitadas. Es aquí donde debemos poner el énfasis y a lo que dedicamos el siguiente razonamiento jurídico

SEXTO.- Juicio constitucional de proporcionalidad de las medidas de limitación de circulación de las personas y de limitación del número de personas en las agrupaciones y reuniones familiares y/o sociales.

6.1 Justificación contenida en la resolución administrativa de que se trata.

Como presupuesto a la realización de tal juicio de proporcionalidad hemos de detenernos en el examen de la justificación que se contiene en la resolución administrativa sometida a nuestro escrutinio, respecto de la que apreciamos su esfuerzo argumentativo y su exhaustividad en la aportación de datos, en especial de las circunstancias y consideraciones técnicas más relevantes motivadoras de las medidas que se acuerdan.

Los motivos y razones que han dado lugar a la adopción de las medidas cuya autorización se solicita se sustentan especialmente en el informe correspondiente a la situación actual de la pandemia Covid-19 a fecha 6 de julio de 2021, acompañado como documento número 2 del escrito de solicitud de autorización.

Este informe comienza indicando como la evolución de la pandemia ha empeorado de forma significativa, de manera que la incidencia acumulada a 14 días es de 216,9 por 100.000 habitantes y a 7 días de 140,6. A modo de comparación pone de manifiesto que en el informe anterior a fecha 25 de junio la incidencia a 14 días fue de 55,98 casos por 100.000 habitantes, y la incidencia acumulada a 7 días de 32,09.

A continuación realiza un estudio de la distribución temporal de los nuevos casos, representándola por semanas recogiendo las variaciones contempladas, donde se ve la tendencia ascendente a partir de la semana 21, pero con un ritmo de crecimiento lento que se hace exponencial a partir de la semana 25: en la semana 24 se diagnosticaron 1391 casos, en la semana 25: 3.181 y en la semana 26: 7.876. La estimación en el número de casos con infección aguda alcanza los 1153,47 casos, muy por encima de los 255,45 casos del informe elaborado el 25 de junio que era de 138,6 y de 108,08 casos del informe de 19 de mayo. Continúa el informe reflejando los datos de relativos al número reproductivo básico instantáneo (R_t), reflejando comparativamente el ascenso que viene experimentando.

Recoge también el informe el índice de positividad entre todas las pruebas diagnósticas de infección aguda, el cual, en esta última semana, es de 10,44%. Refleja también las numerosas variantes del SARS-CoV-2, con indicación de que las diferentes mutaciones presentes en las variantes pueden atribuir un mayor impacto potencial en la salud pública: aumento en la transmisibilidad, en la gravedad, escape a la respuesta inmune adquirida tras la infección natural o generada por algunas vacunas... Se indica como en los primeros meses del 2021 la variante de mayor impacto era la Alfa, para en las semanas más recientes se observa un aumento de la variante Beta, y un incremento de la variante Delta, que se encuentra en rápida expansión, tanto en los estudios mediante cribados por PCR específica, como en el análisis de las aguas residuales.

En cuanto a la edad, se refleja el avance de la vacunación en los grupos etarios, destacando que en estos momentos el impacto de la enfermedad se centra en los grupos no vacunados. Se indica que, si bien dado el impacto en la población más joven la enfermedad suele ser leve y presenta pocas comorbilidades, ya está empezando a observarse una evolución creciente en las camas de agudos y camas UCI, reflejando los brotes abiertos.

En cuanto a la vacunación, el informe refleja que la falta de efectividad total de la vacuna exige que las medidas tengan carácter general.

A continuación, el informe, siguiendo las indicaciones marcadas en el documento “(a)ctuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19”, última actualización de 2 de junio de 2021, calcula los indicadores principales para la evaluación del riesgo, con una explicación pormenorizada para cada departamento evaluado, indicando cuales son los municipios que se encuentran en nivel de alerta 4 y cuales en nivel de alerta 3.

El informe aportado realiza un resumen que refleja los distintos aspectos examinados, poniendo de manifiesto la preocupación existente, especialmente en las poblaciones de mayor riesgo, y entre ellas las de mayor población, por ser en estas en las que concurre una mayor probabilidad de interacción social. En concreto, hace referencia a: Almàssera, Buñol, Puig, Tavernes Blanques, Vilamarxant, Benicasim/Benicàssim, Alboraya, Benaguasil, Benetússer, Benifaió, Eliana (l’), Meliana, Moncada, Picanya, Picassent, Puçol, Requena, Riba-roja de Túria, Sedaví, Silla, Utiel, San Vicente del Raspeig/Sant Vicent del Raspeig, Alaquàs, Aldaia, Burjassot, Catarroja, Quart de Poblet, Xirivella, Gandía, Mislata, Paterna y Valencia.

A continuación realiza unas exhaustivas y esclarecedoras conclusiones, procediendo a examinar las razones y motivos que han dado lugar a la adopción de las medidas cuya autorización se solicita y que vienen recogidas en los antecedentes de hecho de la Resolución de 9 de julio de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, que se sustenta en el informe correspondiente a la situación actual de la pandemia Covid19 a fecha 6 de julio de 2021 adjuntado como documento número 2 al escrito de solicitud de autorización. En concreto, se indica:

«La situación epidemiológica en la Comunitat Valenciana como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, ha sufrido un cambio significativo desde el último informe emitido por la Dirección General de Salud Pública y Adicciones que motiva la necesidad de adoptar medidas más idóneas con dicha situación, que permitan paliar el incremento notable de contagio que se está produciendo en las últimas fechas.

Una vez iniciada la prudente desescalada por la Generalitat Valenciana en el ámbito de la Comunitat Valenciana en cuanto a las medidas limitativas de derechos básicos, se ha evidenciado un retroceso importante en los indicadores de la situación epidemiológica, situándonos nuevamente en un nivel de riesgo alto, tal como dice el informe emitido en fecha 6 de julio de 2021, por la

Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental con datos de esa misma fecha.

Este informe señala en el apartado de Resumen lo siguiente:

“La situación de la pandemia de COVID-19 en la Comunitat Valenciana ha empeorado de forma significativa en las dos últimas semanas. A pesar de que los indicadores de capacidad asistencial se sitúan en riesgo bajo, la velocidad de cambio en la evolución de la pandemia, donde en tan solo dos semanas se han incrementado los casos en 466,35%, sitúa a la Comunitat en el nivel de riesgo alto o alerta 3 siguiendo los criterios establecidos en la guía de Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19.

Los indicadores de evaluación del nivel de transmisión indican un nivel de circulación del virus alto con crecimiento exponencial en todos ellos en las dos últimas semanas. A fecha 6 de julio, la incidencia acumulada a 14 días asciende a 216.97 por 100.000 habitantes y a 7 días de 140.61 por 100.000 habitantes frente a 55,98 y 32,06 el 25 de junio.

(...)

En cuanto a la presencia de los nuevos linajes del SARS-CoV-2 en la Comunitat Valenciana, la variante Alfa mantiene su tendencia decreciente y la variante Delta se encuentra en expansión. Se estima que su prevalencia puede llegar a alcanzar el 50%.

El análisis por grupos de edad muestra un desplazamiento del impacto de la pandemia a las cohortes que todavía no están vacunadas y muy especialmente al grupo comprendido entre 15 y 29 años que presenta una tasa de 741.1 casos por 100.000 habitantes frente a 172,3 en el informe de 25 de junio.

(...) En tan solo 12 días, se ha pasado de 106 pacientes hospitalizados a 300 lo que supone un incremento del 183%.

(...)

En cuanto a la distribución espacial por nivel de transmisión, 6 Departamentos de Salud se sitúan en alerta 4 o riesgo muy alto, 7 departamentos se encuentran en alerta 3 o riesgo alto, 9 departamentos en nivel 2 o riesgo medio y 2 en alerta 1 o riesgo bajo. En conjunto, la situación ha empeorado con respecto al informe anterior donde ningún departamento se encontraba en nivel 4, 10 departamentos se encontraban en nivel 3, 5 en nivel 2 y 9 en nivel 1”.

Sigue señalándose que estos datos evidencian que se hace necesario adoptar nuevamente aquellas medidas que la experiencia ha demostrado que se han visto más eficaces en la lucha contra la pandemia derivada de la Covid-19 y que siguen siendo medidas adecuadas y proporcionadas en el sentido de no conocerse otras más moderadas para la consecución del propósito, y que entran dentro de la obligación de los poderes públicos de su deber de “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios

necesarios” establecido en el artículo 43.2 de la Constitución Española para garantizar el derecho a la protección de la salud.

El informe de epidemiología en sus Conclusiones indica que se asigna a la “Comunitat Valenciana nivel de riesgo alto o alerta 3, indicativo de transmisión comunitaria sostenida y de difícil control con presión alta en el sistema sanitario”. La decisión de asignar este nivel de riesgo se debe, entre otros criterios, a la “Velocidad de cambio en la evolución de la pandemia con un ritmo de crecimiento exponencial en las semanas 25 y 26 (21 de junio-4 de julio) como muestran los indicadores de nivel de transmisibilidad. La incidencia acumulada a 14 días y a 7 días, el porcentaje global de positividad de las pruebas diagnósticas de infección aguda y la proporción de los casos confirmados entre los casos con sintomatología leve que acuden a Atención Primaria se han triplicado en 2 semanas y se encuentra en los umbrales de riesgo alto o muy alto. La evolución del número reproductivo básico instantáneo muestra una tendencia creciente situándose en riesgo alto” y a que el “número de reproducción básico instantáneo se encuentra a 1,77 por lo que se espera que la epidemia siga creciendo en los próximos días”.

Esta situación de gravedad en la transmisión del virus debe ser cortada a fin de preservar el derecho a la salud. La evidencia y los datos demuestran que la propagación de los contagios se ha extendido en ciertas localidades de la Comunitat Valenciana y que la vacunación aunque sigue a buen ritmo, no exime de la probabilidad de contagio. Si bien proporciona a la inmensa mayoría de las personas vacunadas una buena protección frente a la enfermedad grave y frente a la hospitalización, la efectividad para prevenir la infección asintomática y evitar la transmisión de la enfermedad a otras personas es más baja. Por ello, se hace totalmente indispensable que en aquellas localidades que actualmente refleja el informe de epidemiología con un aumento importante de los indicadores, se adopten medidas genéricas para toda la población residente para limitar la transmisión. No es posible discriminar a las personas vacunadas de las no vacunadas en tanto que la inmunidad adquirida con la vacunación no exime de poder contagiarse ni de ser transmisor.

La idea de que las personas adultas, que son porcentualmente las más vacunadas, ya están protegidas por ello y que los jóvenes en proceso de vacunación afrontan más levemente la enfermedad, no es exacta. La vacuna no es una garantía por sí misma de total inmunidad. Por ello, en momentos puntuales, cuando los índices de transmisibilidad se disparan, como ocurre en estos momentos, se hace imprescindible por razón de salud pública, adoptar medidas más restrictivas que, aunque limiten derechos que esta autoridad sanitaria deba proteger, impera el derecho fundamental de protección de la vida.

Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones, no puede negarse que la pandemia, con sus innegables riesgos para la salud, ha sido, es y sigue siendo, un riesgo para la vida, es decir, está en juego el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución. Pero tampoco puede negarse que la efectividad de la debida protección de este derecho fundamental se entrecruza con otros derechos fundamentales, como son la libre circulación y la reunión. En la colisión de esos derechos fundamentales, la cuestión es qué nivel de limitación

es preciso implementar. Y en este conflicto, a la Administración le incumbe observar el principio de proporcionalidad, es decir, que su invasión respecto a un derecho fundamental sea apropiada y necesaria para alcanzar su finalidad, debiendo ésta ser constitucionalmente legítima.

Como ya se invocó anteriormente, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la de que, conforme a la STC 53/1985, el derecho fundamental que se proclama en el artículo 15 de la Constitución ha de caracterizarse del siguiente modo:

“Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

El informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones señala de forma clara que la interacción social y los lugares cerrados favorecen la transmisión y un mayor contagio. Así indica:

“La evolución de la pandemia en la actualidad se caracteriza porque la mayoría de los nuevos casos identificados están ocurriendo en población joven no vacunada asociado a la ocurrencia de eventos super-diseminadores, especialmente en ambientes cerrados, donde grupos numerosos de personas pasan tiempos prolongados en situaciones con elevada probabilidad de no seguimiento de las medidas de prevención de la transmisión (uso de la mascarilla o mantenimiento de la distancia), o a la celebración de reuniones familiares o de amigos en la esfera privada que suponen el 68,5% de los brotes activos en el ámbito social ...”.

La expansión de la pandemia afecta a toda la Comunitat. En estos momentos ya no hay ningún departamento de salud en nivel de nueva normalidad y solo dos departamentos se encuentran en riesgo bajo. Preocupa especialmente los 6 departamentos que se encuentran en riesgo muy alto o alerta 4 y los 7 que se encuentran en de riesgo alto o alerta 3. A nivel municipal, preocupan las poblaciones que se encuentran en riesgo muy alto y especialmente las más grandes por cuanto a mayor tamaño, mayor probabilidad de interacción social y, por lo tanto, de exposición. Entre ellas destaca Valencia y su área metropolitana.

El ritmo de crecimiento observado también esté relacionado con la expansión de la variante Delta. En la Comunitat se estima que su prevalencia ya alcanza el 50% en detrimento de la variante Alfa de menor transmisibilidad. Esta situación ya ha ocurrido en países como Reino Unido o Portugal con consecuencias similares en la evolución de la pandemia a las que estamos observando.

A pesar de que la campaña de vacunación avanza con el ritmo previsto, ha quedado claro que el riesgo persiste y que hasta que no se alcance la inmunidad de grupo el resurgimiento de una nueva ola es posible. La relajación de las medidas de control en las últimas semanas, relacionado sobre todo con la mayor movilidad e interacción social tras la finalización de la limitación de la

circulación de personas en horario nocturno y la limitación de grupos de personas, ha llevado al escenario actual. Se hace necesario volver a escalar medidas no farmacológicas, medidas que han demostrado su efectividad y que han permitido a la Comunitat permanecer en nivel de riesgo 1 o riesgo bajo desde principios de abril (informe de 7 de abril) hasta ahora. Si las vacunas llegan con la planificación realizada, se espera iniciar la vacunación de la cohorte de 20-29 años a principios de agosto y la cohorte menor de 19 años la primera semana de septiembre. Se prevé alcanzar la inmunidad de grupo (estimada en el 70% de la población con vacunación completa) en la primera quincena de septiembre. Hasta ese momento va a ser necesario mantener medidas no farmacológicas.

El gran esfuerzo realizado por la población y los sectores económicos a lo largo de tanto tiempo no puede desperdiciarse. En todos los informes hemos hecho referencia a que el consenso científico señala la conveniencia de limitar la interacción social para frenar la transmisión del virus en las comunidades en ausencia de inmunidad generalizada y de un tratamiento efectivo para la enfermedad. Existe evidencia internacional de que las actividades en locales de ocio, incluyendo restaurantes y cafeterías, y las celebraciones privadas tienen un peso importante en la transmisión del virus aumentando de manera estadísticamente significativa la probabilidad de contagio y multiplicando el efecto de exposición comparado con otras actividades de la vida cotidiana en comunidad. La situación actual es fiel reflejo de esta evidencia. Las medidas que se adopten deben centrarse en estos extremos buscando la proporcionalidad, la pertinencia y guardando un equilibrio de manera que se proteja la salud causando el menor daño posible al sector económico.

Nuestro objetivo en estos momentos es adoptar medidas drásticas que nos permitan volver con rapidez a la situación anterior de riesgo bajo mientras avanza el programa de vacunación incluso en población menor de 50 años. La situación actual, con el 54,5% de los pacientes ingresados en los hospitales menor de 50 años y el 41,7% de los casos ingresados en UCI por debajo de los 45 años debe evitarse o, al menos, reducirse todo lo posible.

En definitiva, la evolución de la pandemia en los últimos días ha empeorado de forma significativa en la Comunitat y en nuestro entorno inmediato. Sabemos, por la experiencia acumulada a lo largo de todo un año, que adoptar medidas no farmacológicas a tiempo conlleva disminuir el nivel de circulación del virus y con ello el crecimiento en el número de casos, hospitalizaciones y fallecimientos. Conocemos la efectividad de disminuir la interacción social, especialmente con medidas como la limitación de la de la circulación de personas en horario nocturno y la limitación de grupos de personas. Por último, sabemos que la situación actual está relacionada directamente con la relajación de las medidas en actividades donde se agrupan personas y en las que resulta difícil llevar la mascarilla de forma permanente.

Los municipios de riesgo muy alto o alerta 4 a nivel de transmisión son los espacios donde la probabilidad de contagio aumenta de forma significativa con el consiguiente aumento de casos. La evidencia científica respecto a que la disminución de la interacción social es una de las medidas no farmacológicas más efectivas para interrumpir la propagación del SARS-CoV-2 es concluyente.

La efectividad de estas medidas quedó demostrada con el confinamiento que se hizo en España en la primera onda epidémica. La experiencia adquirida con la tercera ola nos dice que no es necesario llegar a un confinamiento de estas características para contener la epidemia, sino que la limitación de la circulación de personas en horario nocturno y la limitación de grupos de personas son suficientemente eficaces para interrumpir la propagación del SARS-CoV-2. En los municipios más pequeños, menores de 5.000 habitantes, el nivel de alerta está relacionado con la detección de brotes concretos, normalmente de pequeña magnitud, cuyo control a través de los estudios de contactos conlleva la disminución de este nivel de alerta. En los municipios de mayor tamaño, sin embargo, con más población y por lo tanto con mayor interacción social y mayor probabilidad de exposición, el control de los brotes que se detectan no es suficiente para interrumpir la propagación. Por una parte, se producen muchas introducciones del virus en el conjunto de la población de forma simultánea que hacen imposible interrumpir cada cadena de transmisión y, por otra, esta enfermedad cursa de forma asintomática en una proporción nada desdeñable, lo que significa que hay personas infectadas que pueden contagiar y que no toman medidas de aislamiento al no ser conscientes de su situación. Las vacunas frente a COVID-19, al igual que ocurre con las vacunas frente a otras enfermedades, no son efectivas al 100%. El riesgo de infección en vacunados persiste, aunque sea bajo o moderado para los vacunados completamente. El objetivo de la vacunación es fundamentalmente reducir la hospitalización y la muerte por COVID. La incidencia acumulada en personas completamente vacunadas en las últimas 4 semanas en España ha oscilado entre 8,4 y 20,7 por 100.000 habitantes, una incidencia alrededor del 85% inferior a la de la población general (información del Ministerio de Sanidad, 6 de julio). Los estudios realizados por Salud Pública en Inglaterra muestran que la efectividad de la vacunación completa frente a la muerte se encuentra entre el 75 % y 99%, frente a la hospitalización entre el 80 y 99% y frente a la infección entre el 65 y 90% dependiendo del tipo de vacuna. No se disponen de datos frente a la transmisión, aunque se conoce que las cargas virales en las personas vacunadas son más bajas que en las personas infectadas que no han sido inmunizadas por lo que es muy probable que reduzcan el riesgo de transmisión. En definitiva, los estudios realizados hasta el momento apuntan a que, si bien las vacunas reducen el riesgo de transmisión, no podemos decir que lo eliminen; el efecto protector nunca será del 100%, al igual que las vacunas no protegen al 100% contra la enfermedad sintomática. Por estas razones, una de las revistas científicas con mayor prestigio en ciencias de la salud, The New England Journal of Medicine, explica que “las personas vacunadas deben optar por continuar con otras medidas importantes para prevenir la propagación de Covid-19, incluido el uso de mascarillas en espacios públicos interiores, el distanciamiento social y evitar entornos interiores abarrotados”. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, contener la epidemia conlleva, necesariamente, adoptar medidas más drásticas para reducir la interacción social. ...”.

Es por ello por lo que el informe propone que, en los municipios incluidos en los departamentos con mayor riesgo y población superior a 5000 habitantes, y solamente ellos y en un periodo concreto, no superior a los 14 días, se limite la circulación de personas en horario nocturno de 1 a 6 de la mañana. Estos municipios son: Almàssera, Buñol, Puig, Tavernes Blanques, Vilamarxant,

Benicasim/Benicàssim, Alboraya, Benaguasil, Benetússer, Benifaió, Eliana (l'), Meliana, Moncada, Picanya, Picassent, Puçol, Requena, Riba-roja de Túria, Sedaví, Silla, Utiel, San Vicente del Raspeig/Sant Vicent del Raspeig, Alaquàs, Aldaia, Burjassot, Catarroja, Quart de Poblet, Xirivella, Gandia, Mislata, Paterna y Valencia,

Asimismo, se considera necesario por las razones expuestas, limitar el número de personas en espacios públicos y privados, ya que el ámbito social como indica el informe epidemiológico, sigue siendo el predominante de los brotes epidémicos, indicativo de que las actividades sociales son el principal origen de los contagios. Es significativo asimismo el ámbito de las actividades recreativas, de ocio y tiempo libre, las que por su carácter de mayor concentración de personas, generan brotes importantes, especialmente en la población juvenil, y mayor nivel de contagio y transmisión no solamente entre esta población, sino también en la población adulta con la que conviven los más jóvenes. Como se ha dicho antes la vacunación protege eficazmente frente a la enfermedad grave, pero no garantiza de forma absoluta que no se pueda contraer la enfermedad ni ser vehículo transmisor. Es por ello por lo que se estima conveniente que esta medida se implemente en todo el territorio de la Comunitat Valenciana por un periodo corto, de 14 días, que posibilite la interrupción de la cadena de transmisión.

Esta reducción de la movilidad y de la interacción social, particularmente plasmado en la movilidad nocturna y la limitación de agrupación de personas, contribuyen, como se ha podido constatar, a rebajar al máximo posible la transmisión del virus, es decir cumplen el objetivo último de protección de la vida y la salud, que justifican y cumplimentan el principio de idoneidad.

Siguen siendo medidas que no suponen en modo alguno la suspensión de derechos, sino que se ciñen a limitarlos durante periodos concretos de tiempo y relativamente breves, y que en el caso de restricción de la movilidad se circunscribe territorialmente a aquellos núcleos con mayor incidencia, con esa finalidad de mayor de mayor contención de la transmisión señalada, medidas que cumplen con el principio de adecuación. Como dice la propia Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en su Auto 173/2021, al que seguimos aludiendo, “..... La suspensión tiene una connotación o carácter absoluto respecto del ejercicio de un derecho, en tanto que el componente propio de la limitación es la relatividad. Limitar, como su propio nombre indica, es poner límites a algo, en este caso fijar la extensión de los derechos y facultades de alguien. La suspensión es la privación completa, aunque sea solo por algún tiempo. Por eso, la restricción de la circulación y deambulacion en un horario determinado y -además- con todo un elenco de importantes excepciones, supone solamente la limitación de la libertad ambulatoria, pero no su suspensión”.

Estas medidas que se pretenden establecer, son medidas que, adoptadas por la autoridad competente en materia de salud pública, persiguen ese fin constitucionalmente legítimo, ya aludido, como es la defensa de la salud pública, la integridad física y la salud de la población, y que siguen resultando indispensables en estos momentos hasta que se pueda llegar a una situación de normalidad. Estas circunstancias que han supuesto un retroceso en los objetivos

conseguidos, aconsejan a las autoridades sanitarias el restablecer aquellas que suponen una mayor efectividad, la limitación de la movilidad de las personas en un horario concreto y la reducción del número de personas en ambientes familiares y sociales privados. Todo ello lleva a la autoridad sanitaria a considerar la necesidad de que, a pesar de que confluyen derechos fundamentales que esta autoridad evidentemente respeta, es nuestra obligación preservar el derecho fundamental a la vida y a la salud y por ello la adopción de las medidas que esta resolución recoge»

6.2 Nuestro juicio constitucional de proporcionalidad de las medidas.

De acuerdo siempre con la doctrina del TC (véase, por todas, la STC 14/2003, además de la propia STC 173/2011), recordamos que el juicio de proporcionalidad encierra tres aspectos, a saber: (i) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad-, (ii) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia –juicio de necesidad- y (iii) si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –juicio de proporcionalidad en sentido estricto-.

Pues bien, el examen de la justificación y circunstancias transcritas en el anterior apartado revelan el cumplimiento de tales requisitos. Veamos.

6.2.1 Según resulta de las explicaciones plasmadas en la resolución y de los informes técnicos aportados (damos aquí por reproducidos los datos estadísticos y restantes actuaciones e informaciones -especialmente las técnicas y objetivas- en que los mismos se basan), las causas más importantes del incremento exponencial comprobado en transmisión del coronavirus SARS-CoV2 atañen al marco de las relaciones sociales y el ocio nocturno no reglado. Las medidas que ahora examinamos (limitación de las agrupaciones o reuniones de carácter familiar y/o social a un número máximo de 10 personas y limitación en la circulación de personas entre las 01.00 horas y las 6.00 horas) precisamente, en cuanto inciden en esos ámbitos de riesgo actuando prescripciones específicas para los mismos (en un caso se acota numéricamente las agrupaciones y reuniones sociales, y en el otro se inhabilita el horario y lugares en que con más frecuencia se produce el ocio nocturno no reglado), es claro que presentan aptitud para minimizar esos focos de contagio y -por ende- sus efectos. La experiencia adquirida en la tercera ola en la Comunidad Valenciana muestra que la limitación en la circulación de personas en horario nocturno y la limitación de grupos de personas son suficientemente eficaces para interrumpir la propagación del SARS-Cov-2. Esto es, se trata de medidas susceptibles de conseguir el objetivo propuesto, con lo que queda cumplimentado el juicio de idoneidad.

6.2.2 También consideramos que las de referencia son medidas necesarias en el sentido de no conocerse otras medidas más moderadas para la consecución del propósito con igual eficacia. La experiencia práctica que ahora tenemos y se pone de manifiesto en las justificaciones de referencia es que medidas más laxas que las que aquí se trata no han funcionado correctamente en relación al objetivo evidente que se persigue. Entendemos también, por tanto, que las medidas son

indispensables si se quiere obtener el objetivo de reducir o -al menos- minimizar el incremento de la transmisión del virus (juicio de necesidad).

Hemos visto en el anterior apartado que el mayor -y muy elevado- porcentaje de los brotes activos se residencia en el ámbito social, especialmente cuando se producen agrupaciones de personas en las que resulta difícil llevar la mascarilla de forma permanente.

En particular, y en lo que hace a la medida de limitación de la circulación nocturna entre las 01,00 y las 06,00 horas, queremos remarcar que la superación del canon constitucional del juicio de necesidad lo que requiere es que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia. Obvio es decir que para intentar impedir la actividad de ocio nocturno conocida como “botellón” existen otras medidas distintas de la limitación de la circulación nocturna, pero también nos parece claro que la eficacia es mucho menor que la del denominado “toque de queda”, como fácilmente hemos podido apreciar en la comparativa de lo sucedido no hace mucho entre los lugares en los que existía limitación de la circulación nocturna y aquellos otros en los que no se daba tal limitación. Es lo que -como expresamos en nuestro auto 195/2021- se explica en el Informe del Inspector Jefe, Jefe Adjunto de la Unidad de la Policía Nacional adscrita a la Comunitat Valenciana, el que, con base en los datos y explicaciones que contiene tal informe, viene a concluir que “(p)or tanto, lo que es posible afirmar desde el punto de vista policial, en cuanto al control y supervisión de las medidas restrictivas que se han venido aplicando, es que la ya citada de restricción nocturna ha sido una de las más eficaces, y su anulación podría contribuir notablemente a una pérdida de control en cuanto a la multiplicación de contactos sociales ...”; lo cuál es complementado y actualizado en el informe de la Comisaria Jefa de la Unidad de la Policía Nacional Adscrita a la Comunidad Valenciana que se adjunta al escrito de solicitud de autorización. En tal informe, entre otras cosas y en atención a las razones y datos que el mismo contiene, se expresa que la experiencia acumulada durante el periodo de pandemia muestra que la medida de restricción de la movilidad nocturna ha sido -junto al uso obligatorio de la mascarilla- la medida más eficaz, por cuanto la naturaleza de la misma y su horario -nocturno- permite detectar con suficiente claridad los incumplimientos. También se indica que la actividad social en dicho horario está desarrollada, en su mayoría, por sectores jóvenes de población, especialmente aquellos que se comprenden entre los 15 y los 30 años, presentando este sector una altísima incidencia en cuanto al número de contagios y siendo, además, en este momento de período estival y perteneciendo a uno de los últimos sectores de población a los que se va a inmunizar mediante la vacunación. Además, el informe termina señalando que, aun cuando se aplican otras medidas como el control de aforos u horarios de los locales o establecimientos de ocio nocturno, no son suficientes ni tan eficaces como la citada medida, siendo prueba de ello que la experiencia evidencia de forma reiterada que, no existiendo restricciones de movilidad nocturna, tras el cierre de los locales o establecimientos se producen concentraciones espontáneas de personas que continúan con actividades de ocio, en un contexto y circunstancias en las que la relajación de las medidas de autoprotección es de difícil cumplimiento y control.

6.2.3 Finalmente, también consideramos que las medidas son proporcionadas en sentido jurídico estricto. Así, además del resto de razones que en relación con este requisito ofrece el acto administrativo (y que aquí, nuevamente, damos por reproducidas), es de observar en relación con la limitación horaria de la circulación de personas -la medida de mayor intensidad de las que analizamos- que no sólo ofrece las ventajas para el interés general que hemos visto en el apartado 6.2.1, sino que, por la franja horaria que involucra -apenas 5 horas, entre las 01.00 horas a las 6,00 horas- y las muy importantes excepciones que incluye, minimiza su afectación a la actividad económica. Por eso, apreciamos que estas medidas tratan de conjugar o encajar de la mejor manera posible las dos “piezas” más importantes (salud y economía -por este orden-) de este insólito puzzle que representa la actual pandemia. Además, la limitación de la circulación queda circunscrita a los municipios de más alto riesgo de transmisión (por su incidencia acumulada y -especialmente- por tener más población y -por tanto- mayor interacción social y probabilidad de exposición); esto es, ni siquiera se trata de una limitación generalizada a toda la Comunidad Autónoma.

No podemos dejar de remarcar, además, (i) la expansión de la variante Delta -mucho más contagiosa-, (ii) el actual crecimiento exponencial de contagios -nos encontramos ya en un nivel de riesgo alto o alerta 3 y en algunos departamentos en nivel de riesgo muy alto o alerta 4-, (iii) el aumento de las hospitalizaciones -en las dos últimas semanas se ha producido un incremento del 183% de pacientes hospitalizados y ya está empezando a observarse una evolución creciente en las camas de agudos y camas UCI-, y (iv) la situación cercana al colapso que se está ya produciendo en los centros de Atención Primaria; todo ello con las consecuencias que han quedado explicitadas en el apartado 6.1 de este razonamiento jurídico.

También apuntamos el dato de que el período temporal al que se contraen las medidas cuya autorización se nos insta viene acotado a dos semanas.

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

Con todo esto queda cumplimentado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

6.3 Conclusión.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que, tal como exige nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 788/2021, la justificación sustantiva de las medidas sanitarias solicitadas está a la altura de la intensidad y extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trata.

6.4 Consideración adicional.

Como reflexión final nos referimos al distinto ámbito espacial al que quedan circunscritas las dos medidas sometidas a nuestra autorización; la limitación de la circulación de personas a determinados municipios de la Comunidad Valenciana,

y la limitación del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales a todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Aunque no observamos en la resolución administrativa y solicitud de autorización que aquí analizamos una explicación específica respecto del diferente ámbito espacial de ambas medidas, sí que del conjunto de la información que se nos facilita podemos extraer las razones de tal diferencia.

Entendemos que el factor de selección que se opera respecto de la primera medida viene determinado por su mayor intensidad de afectación al núcleo de derechos fundamentales y en aras de preservar el principio de proporcionalidad en sentido estricto. No cabe duda que ambas medidas inciden en la esfera de derechos fundamentales (libertad ambulatoria y derecho de reunión, respectivamente), pero nos parece claro que, tanto por el tipo de derecho fundamental como -sobre todo- por la intensidad de afectación, la aflicción de derechos fundamentales no es la misma.

Además, apreciamos que la limitación del máximo de personas en reuniones se encuentra coherente y resulta acompañada con el resto de medidas sanitarias adoptadas en este momento de manera conjunta por la Administración y que, igualmente que ésta, se dictan para todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Es cierto que esas otras medidas no se han sometido a nuestra autorización (por no afectar a derechos fundamentales), pero esto no obsta a reconocer la relación y complementariedad entre ambos tipos de medidas. El que unas y otras no tengan la misma naturaleza (por afectar o no a derechos fundamentales) no obsta a evidenciar su común finalidad y una cierta interdependencia entre las mismas.

En cualquier caso, e incluso al margen de lo anterior, juzgamos (por todo lo razonado *ut supra*) que esta medida -con la proyección espacial que postula- supera el canon constitucional de proporcionalidad.

Vistos los preceptos y razonamientos jurídicos expuestos, y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

Autorizar las medidas adoptadas en resolución de 9 de julio de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas relativas a la circulación de personas en determinados municipios de la Comunidad Valenciana, y a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados en todo el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, durante el período de 14 días a contar desde el día de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

Contra esta resolución cabe **RECURSO DE CASACIÓN** a interponer directamente ante el Tribunal Supremo en el plazo de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos Sres. Magistrados anotados al margen. Doy fe.

VOTO PARTICULAR QUE SE FORMULA POR EL ILMO. SR. MAGISTRADO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA D. MANUEL J. DOMINGO ZABALLOS, CONFORME AL ARTÍCULO 260 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985 DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, FRENTE AL AUTO Nº 271/21

Discrepo respetuosamente del parecer jurídico de mis compañeros de Sala, por lo que – conforme a lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial- formulo el presente voto particular, que en las consideraciones siguientes:

Primera.- La autorización de la Sala comprende por igual las medidas relativas a la circulación de personas en determinados municipios de la Comunidad Valenciana, y a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados en todo el ámbito de la Comunidad Valenciana. Mi desacuerdo se ciñe a la autorización de las segundas medidas tal y como se adoptan por la Consellería de Sanitat Universal i Salut Pública en su resolución de nueve de los presentes mes y año.

En el razonamiento jurídico sexto del auto mayoritario, un subapartado 6.2.3 plasma el juicio de la Sala afirmando que *las medidas son proporcionadas en sentido jurídico estricto*. Refiriéndose a la limitación horaria de la circulación de personas – se dice que *la medida de mayor intensidad de las que analizamos- recoge que la limitación de la circulación queda circunscrita a los municipios de más alto riesgo de transmisión; esto es, ni siquiera se trata de una limitación generalizada a toda la Comunidad autónoma. Por todo lo anterior concluye que, tal como exige el T.S. en su sentencia 788/2021, la justificación sustantiva de las medidas sanitarias solicitadas está a la altura de la intensidad y extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trata.*

Como quiera que la limitación del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales se extiende a todo el territorio de la Comunidad autónoma, una consideración adicional cierra el mismo razonamiento jurídico del auto, en el entendimiento de que también con esa proyección espacial se supera *el canon constitucionalidad de proporcionalidad*. A su contenido remito para el buen entendimiento de lo que sigue.

Segunda.- Que la extensión espacial del llamado “toque de queda” se extienda los términos municipales recogidos en la resolución atendiendo a los de más alto riesgo de transmisión (por su incidencia acumulada, y por su

mayor población y, por consiguiente, mayor interacción social y probabilidad de exposición) es uno de los elementos que sirven a la Sala para entender cumplido el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En el razonamiento jurídico quinto del auto se deja plasmado el criterio de la Sala acerca de la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-advo, en las dos recientes sentencias, nº 719/ 2021 (RC 3375/2021) y 788/2021,(R.C 3704/2021), respectivamente fechadas el 24 de mayo y el 3 de junio últimos.

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

Por tanto, este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden 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 nº14/2021.”

La segunda de las sentencias, F.J séptimo, el alto tribunal plasma un razonamiento que considero de mayor interés en el asunto que nos ocupa: <<[...] Con todo ello quiere ponerse de relieve que la intensidad(la fuerza con que inciden los derechos fundamentales) y la extensión(el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales) *no son equiparables en una*

limitación de viajes entre islas y el “toque de queda”, por no hablar del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales: estas últimas restricciones son considerablemente más intensas y extensas. Ello, como se verá, tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, como la justificación sustantiva de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. En línea con cuanto queda expuesto, esta Sala entiende que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible>>. (todas las cursivas son mías)

Tercera.- La resolución que autoriza el auto mayoritario ciñe los efectos de las medidas recogidas en el ordinal primero de su parte dispositiva (circulación de personas) a un término municipal de la provincia de Alicante, otro de la provincia de Castellón y treinta de la provincia de Valencia (su capital entre ellos). Es un ámbito territorial y subjetivo -por residentes y transeúntes- muy considerable, pero no es general. Tal alcance – en mi interpretación de las dos sentencias del Tribunal Supremo- no entra en el ámbito de decisión de una Administración autonómica, en concreto a través de un acto administrativo de la titular de una Consellería.

En cualquier caso, yerra la resolución jurisdiccional de la que discrepo en su entendimiento de quedar superado el juicio de proporcionalidad de las medidas relativas a la permanencia de grupos de personas en espacios privados y públicos, a pesar de que se extienden a todo el territorio de la Comunidad Valenciana.

Reconoce el auto que la resolución administrativa, como la solicitud de autorización, no contiene una explicación explícita respecto al diferente ámbito espacial de cada una de las medidas. Sin embargo afirma que del conjunto de la información facilitada se pueden extraer las razones de la diferencia

Leída no ya la resolución, sino los documentos facilitados a la Sala, no advierto la diferencia: ni en el cuidado escrito de solicitud presentado por la Abogada de la Generalitat, ni en el no menos cuidado informe de la Subdirectora General de Epidemiología, Vigilancia de Salud y Sanidad Ambiental, que sirve de fundamento a la misma, aparece la más mínima razón justificativa de la diferencia de tratamiento en el alcance espacial – y por consiguiente subjetivo- de cada una de las medidas recogidas en los ordinales primero y segundo de la parte decisoria de la Resolución autorizada. Tampoco lo advierto en el informe del Fiscal no oponiéndose a la autorización de las medidas. Estamos, por consiguiente- aunque no lo haya apreciado así el auto mayoritario- ante una resolución administrativa incongruente en sí misma.

El auto recoge que el factor de selección que se opera viene determinado por su mayor intensidad de afectación al núcleo de derechos fundamentales... *no cabe duda que ambas medidas inciden en la esfera de libertades fundamentales (libertad ambulatoria y derecho de reunión, respectivamente) pero nos parece claro que, tanto por el tipo de derecho fundamental como- sobre todo- por la intensidad de la afectación, la aflicción de derechos fundamentales no es la misma.* Ocurre, sin embargo que, al tratar el Tribunal Supremo de esta problemática en las sentencias de referencia, se equiparan la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así el derecho de reunión. En mi modesta opinión, por consiguiente esa diferenciación jurídicamente no existe. Por lo demás, no alcanzo a entender que *la aflicción de los derechos fundamentales no sea la misma*, algo claro para mis compañeros, sin ir más lejos, el toque de queda se ciñe a cinco horas nocturnas y las otras limitaciones a toda la jornada. En cuanto a que la limitación del máximo de personas en reuniones se encuentre coherente y resulte acompasada con el resto de medidas sanitarias adoptadas, no creo que constituya justificación de la medida con el alcance que se da a la misma, como no lo sería de haber resuelto extender las medidas relativas a la circulación a todo el territorio valenciano.

Para terminar, y en línea con el contenido de otros dos votos particulares recientemente emitidos por el magistrado suscribiente (autos nº 195/2021 y nº 209 / 2021), con la misma cuestión de fondo, la posición que se mantiene no supone negar la atribución de la Consellería de Sanidad, tanto la medida del llamado *toque de queda* como la de limitación a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados. En modo alguno, dada la alarmante situación de la pandemia en una parte importante del territorio y afectando a grupos de población muy significativos. Lo que sostengo es que, medidas sanitarias tan restrictivas del derecho de reunión y a la intimidad familiar – en *el núcleo duro* de nuestro sistema constitucional de libertades públicas y derechos fundamentales- cabe adoptarla, pero en el marco del que he dado cuenta acotado recientemente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 24 de mayo y 3 de junio del corriente año.

Cuarta.- Por todo lo expuesto y en conclusión: las medidas relativas a la permanencia de grupos de personas en espacios privados y públicos –ordinal segundo del Resuelto de la Resolución de 9 de julio de 2021 de la Consellería de Sanitat Universal y Salut Pública- ha debido autorizarse, si bien ceñido su ámbito al de los municipios donde despliegan efectos las medidas relativas a la circulación de personas.

