



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN  
SEGUNDA

Plaza San Francisco Nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 47 93 99

Fax.: 922 479 423

Email: s2contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Derechos fundamentales

Nº Procedimiento: 0000138/2021

NIG: 3803833320210000218

Materia: Otros actos de la Admon

Resolución: Auto 000113/2021

Intervención:

Solicitante

Fiscal

Interviniente:

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

MINISTERIO FISCAL

Procurador:

## AUTO

### Presidente

Ilmo. Sr. D. Pedro Manuel Hernández Cordobés

### Magistrados

Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Moreno – Luque Casariego

Ilmo. Sr. D. Jaime Guilarte Martín – Calero

Ilma. Sra. Dña. María del Pilar Alonso Sotorrío

Ilmo. Sr. D. Evaristo González González (ponente)

Ilmo. Sr. D. Francisco Eugenio Úbeda Tarajano

En la Muy Leal, Noble, Invicta y Muy Benéfica Ciudad, Puerto y Plaza de Santa Cruz de  
Santiago de Tenerife, a día 9 de mayo de 2021

Vistos han sido los presentes autos de ratificación de medidas registrados como número 138/2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, actuando en Pleno, con asistencia de todos sus miembros.

El procedimiento ha sido promovido por la administración de la Comunidad Autónoma, en solicitud de ratificación de las medidas adoptadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias en sesión celebrada el día 6 de mayo de 2021 y publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 93, del viernes 7 de mayo de 2021. Su representación y defensa corresponde al Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

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.





Con intervención del Ministerio Fiscal.

Es ponente Su Ilustrísima Señoría don Evaristo González González.

## HECHOS

**Primero.-** Con fecha 7 de mayo de 2021 se solicita por parte de la administración de esta Comunidad Autónoma la ratificación judicial de las medidas adoptadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias en sesión celebrada el día 6 de mayo de 2021 y publicado en el Boletín Oficial de Canarias, número 93, correspondiente al viernes 7 de mayo de 2021.

**Segundo.-** Registrada la solicitud y formados los correspondientes autos, dióse traslado al Ministerio Fiscal.

**Tercero.-** El mismo día 7 de mayo de 2021 presentó su informe el Ministerio Fiscal, en el siguiente sentido:

“el Fiscal se opone a la ratificación de la medida de limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, en los términos en que se propone. Así como de la limitación del número máximo de personas no convivientes en encuentros familiares y sociales, en espacios de uso privado, sin que tengamos nada que oponer a la aprobación de las restantes por parte de la Sala de lo Contencioso- administrativo del TSJ de Canarias.”

**Cuarto.-** Previa deliberación del Pleno, se dicta la presente resolución dentro del plazo legal.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.-** La administración de la Comunidad Autónoma solicita la ratificación judicial de las siguientes medidas, adoptadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias en sesión celebrada el día 6 de mayo de 2021 y publicado en el Boletín Oficial de Canarias, número 93, correspondiente al viernes 7 de mayo de 2021:

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

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



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

- a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil, así como a academias de idiomas y de refuerzo educativo de asignaturas incluidas en planes de estudios de educación reglada, conservatorios y escuelas de música, o para la preparación de procesos selectivos en academias o centros de formación.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado de mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Asistencia y cuidado de animales domésticos o explotaciones agropecuarias.
- k) Entrenamientos o competiciones profesionales o federados de ámbito nacional o internacional.
- l) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- m) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

La permanencia de grupos de personas tanto en espacios de uso público como privado, cerrados o al aire libre, quedará supeditada a que no se supere el número máximo de personas que se indica, salvo que se trate de convivientes, en función del nivel de alerta establecido para cada territorio según lo dispuesto en el apartado 2.1.13 del Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020 y sus sucesivas actualizaciones, sin perjuicio de mayores



restricciones que puedan establecerse para determinadas actividades y establecimientos teniendo en cuenta el riesgo de transmisión del SARS-CoV-2 asociados a los mismos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



**Segundo.-** El artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA) es una cláusula atributiva de competencia.

En efecto, el artículo 10 establece las competencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y este apartado 8, introducido por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, prevé que:

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

El artículo 122 quater LJCA es una norma de procedimiento, introducida también por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, modificada posteriormente por el artículo 15.4 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo y que tiene el siguiente tenor literal:

“Artículo 122 quater. Autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales.

En la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente ley será parte el Ministerio fiscal. Esta tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse por auto en un plazo máximo de tres días naturales.”

**Tercero.-** Expuesto lo anterior, y antes de proceder al examen de las medidas que adopta el Gobierno de Canarias, considera la Sala que ante todo se ha de precisar cuál es el cometido de este Tribunal en la ratificación solicitada, es decir, el sentido y alcance de la parte dispositiva de esta resolución.

Al respecto, hacemos nuestro el criterio expresado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid en su sentencia 594/2020, de 28 de agosto, en cuyo fundamento jurídico séptimo se dice:

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

- La competencia objetiva del órgano administrativo.
- Principio de necesidad. La concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.
- Principio de adecuación.
- La prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción. - Principio de razonabilidad.



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

No es nuestro cometido la revisión de la oportunidad de las medidas acordadas. Nuestra función es analizar cuáles de dichas medidas limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si tal limitación encuentra, primero, cobertura legal, siendo o no competente la Administración que las acuerda, y además si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en la restricción o limitación de dichos derechos esenciales. No se extiende, por el contrario, a revisar aquellas recomendaciones o consejos dirigidos a la población que no constituyen limitación o restricción de ningún derecho fundamental sino meras indicaciones desprovistas de fuerza imperativa alguna.

**Cuarto.-** El Gobierno de Canarias invoca como fundamentos jurídicos de su decisión y con carácter principal las siguientes normas.

- La Constitución. Su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto

- La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante, LOMESP).

De acuerdo con lo previsto en el artículo primero de la LOMESP, dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias pueden adoptar las medidas previstas en la citada Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

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

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



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.



- La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (por sus siglas, LGS).

De conformidad con su artículo 26:

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

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó”.

- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (por sus siglas, LGSP).

“Artículo 54. Medidas especiales y cautelares.

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

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

a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.

b) La intervención de medios materiales o personales.

c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.

d) La suspensión del ejercicio de actividades.

e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

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

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



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

- La Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC).

Según su artículo 25:

“En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que consideren pertinentes y sean necesarias y eficaces para hacer desaparecer aquel riesgo o mitigar al máximo los efectos de su eventual materialización, tales como las órdenes generales y particulares hacer, no hacer o tolerar, la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas, centros o establecimientos o de parte de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.”

**Quinto.-** Del conjunto normativo anteriormente enunciado resulta que dentro del marco que dichas normas jurídicas establecen las autoridades sanitarias de nuestra 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 dichas medidas sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales.

Más en concreto, la habilitación legal deviene fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de la LOMESP al señalar que: “Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. 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 LGS 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, asimismo encuentra respaldo en la LGSP.

El Tribunal Constitucional ha venido aceptando 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 en cuanto al supuesto y fines que persigue y que dicha limitación esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales. Así, STC 76/2019, de 22 de mayo.



En el supuesto que aquí nos ocupa estos presupuestos constitucionales se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en la LOMESP sobre los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la salud pública e integridad física, como por los supuestos y fines que aparecen definidos en la misma, puesto que en ella se prevé los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales límites y que se resumen en el ámbito material a que se circunscribe: salud pública; la exigencia de que estas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias y que traten de controlar o evitar la transmisión de una enfermedad. Todo ello, sin perjuicio de que será la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales concernidos la que condicionará en cada caso la exigencia de utilizar otros instrumentos jurídicos más idóneos desde una perspectiva constitucional.

En suma, la exigencia de que estas medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades competentes por considerarse urgentes y necesarias para la salud pública, se encuentren sometidas a la necesaria autorización o ratificación judicial, 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.

Con arreglo a las consideraciones expuestas y siempre con la debida observancia de 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.

**Sexto.-** La Sala aprecia, por mayoría, que no procede la ratificación de la medida identificada como “1.- Limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encuentren en niveles de alerta 3 y 4”.

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

El apartado 1 establece que en las islas en niveles de alerta 3 y 4 se restringe la entrada y salida de personas, salvo las excepciones que a continuación establece, pero si el traslado es entre islas ya no rigen estos supuestos, sino que basta una PDIA negativa, según el apartado 2. Por lo tanto, se establece un régimen jurídico que discrimina en virtud de que se viaje entre islas o no, introduciendo una diferencia de trato que no apreciamos suficientemente justificada. También puede citarse el apartado 4 que exceptúa del apartado 1.1 a las personas procedentes de fuera del territorio de nuestra Comunidad Autónoma que acrediten una reserva en un establecimiento turístico de alojamiento inscrito en el Registro General turístico de la



Comunidad Autónoma de Canarias y estén sujetos al régimen de control de salud pública en la admisión a un establecimiento alojativo de acuerdo con el Decreto Ley 17/2020, de 29 de octubre, pero si esa misma persona tuviera el propósito de alojarse en la vivienda de un amigo o familiar no le sería posible ni siquiera presentando una PDIA negativa, tendría siempre que regirse por el régimen de excepciones anteriores y no consideramos que esa reserva turística pueda ser un elemento diferenciador suficiente en relación con los fines de tutela de salud pública exigibles.

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

**Séptimo.-** La Sala aprecia, por unanimidad, que no procede la ratificación de la medida identificada como “2.- Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno”.

A pesar de establecer un régimen de excepciones, consideramos que esta medida no está debidamente justificada y que no supera el canon de proporcionalidad porque no hemos apreciado ningún motivo en cuya virtud pueda razonablemente defenderse que las conductas de riesgo resulten aún más peligrosas si se ejecutan en horario nocturno o las inocuas dejen de serlo porque el día dé paso a la noche.

Nos hallamos aquí ante un verdadero confinamiento por la sola razón del horario.

Si lo que se pretende, tácitamente, es evitar determinadas conductas que puedan entrañar un mayor riesgo para la salud pública porque se considera que las mismas habitualmente, por costumbre social, se desarrollan de noche, cuentan los poderes públicos con otros instrumentos jurídicos de intervención menos lesivos, como pudieran ser los comprendidos en la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, o las previsiones de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que citamos a título meramente ejemplificativo y entre otras, sin que resulte proporcionado someter a la generalidad de la población a una privación periódica de su libertad deambulatoria por la mera razón de la hora, ni aun estableciendo el catálogo de excepciones que se nos ofrece.

En todo caso, la medida identificada como número 3 rige tanto en horario diurno como nocturno.

Por consiguiente, es el parecer de la Sala que debe denegarse su ratificación, no apreciando debidamente justificada la afectación negativa de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 17 y 19 de la Constitución.



**Octavo.-** La Sala aprecia, por unanimidad, que procede la ratificación de la medida identificada como:

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

A nuestro juicio, esta medida es proporcionada y no supone una restricción del núcleo esencial de los derechos fundamentales concernidos (libertad y reunión), sino que afecta únicamente a aspectos accesorios de los mismos, modulándolos, pero no impidiéndolos.

En efecto, el artículo 53.1 de la Constitución establece, a propósito de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades y ésta en todo caso deberá respetar su contenido esencial.

El constituyente, por tanto, reconoce que dentro de cada derecho fundamental existe un contenido esencial y, por consiguiente, existirán también elementos que no lo sean. Verificar el respeto a ese contenido esencial tiene, por tanto, gran relevancia. De hecho, contenido esencial y principio de proporcionalidad son dos «límites de los límites» que cuentan con sustantividad propia y operan de manera cumulativa en nuestro sistema de derechos fundamentales, como nos recuerda la STC 236/2007

Para comprender qué debemos considerar contenido esencial resulta ineludible la cita de la STC 11/1981, de 8 de abril, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo:

«Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.



El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

Y concluye:

«entendemos por “contenido esencial” aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».

En esta misma línea se sitúa también el Tribunal General de la Unión Europea, que ha definido el contenido esencial de un derecho o libertad como «la sustancia del derecho o de la libertad de que se trate» (así, en el “Caso DenizBank A.Ş. contra Consejo”, sentencia de 13 septiembre 2018)

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que el contenido esencial de un derecho fundamental es aquella parte del mismo que no puede ser vulnerada en modo alguno, expresión que, por cierto, toma del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Y una regulación no vulnera el contenido esencial cuando “solamente afecte a las modalidades de ejercicio de un (...) derecho, sin poner en peligro su existencia misma”, según sentencia del caso “SMW Winzersekt v. Rheinland-Pfalz”, asunto C-306/93. De manera que la garantía absoluta de inmunidad se ciñe al núcleo esencial del derecho.

Respetado el núcleo esencial de los derechos fundamentales concernidos, puesto que sólo quedan afectadas modalidades particulares de ejercicio, apreciamos asimismo que la medida es proporcionada en relación con la tutela de la salud pública que se pretende conseguir.

Ahora bien, todo ello en el bien entendido de que la Sala ratifica las restricciones expresadas de presente dentro de esta medida número 3. En cuanto a la frase: “sin perjuicio de mayores restricciones que puedan establecerse para determinadas actividades y establecimientos teniendo en cuenta el riesgo de transmisión del SARS-CoV-2 (...) este Tribunal entiende, y lo hace por unanimidad, que la interpretación literal de la frase no puede ser otra sino que la Comunidad Autónoma pone en nuestro conocimiento que en el futuro podría tener que adoptar



mayores restricciones; el único valor de esta proposición es el informativo, no el prescriptivo. El Tribunal no puede ratificar aquello que no conoce, ni conceder autorizaciones genéricas, así que ratifica únicamente el contenido prescriptivo de presente contenido en la medida número 3, toma conocimiento de la posibilidad de que en el futuro puedan establecerse mayores restricciones en este mismo ámbito y recuerda a la administración solicitante que si, en efecto, en el futuro adoptase esas mayores restricciones deberá someterlas a nuestra ratificación, conforme al artículo 10.8 LJCA.

**Noveno.-** La Sala aprecia, por unanimidad, que procede la ratificación del apartado 1 de la medida identificada como: “4.- Limitación a la permanencia de personas en lugares de culto.”

En este caso, el derecho fundamental concernido, la libertad religiosa, se ve afectado sólo en aspectos accesorios y que, por su entidad, resultan proporcionados al fin de tutela de salud pública que se pretende alcanzar.

Tomamos también en consideración que el uso obligatorio de mascarilla deriva ya en todo caso 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 COVID19, artículo 6 y concordantes.

E igualmente que la propia Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su artículo tercero establece como límite del ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto 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.

Es aquí asimismo aplicable la jurisprudencia sobre el concepto y relevancia del contenido esencial de los derechos fundamentales que hemos examinado en el razonamiento jurídico anterior, puesto que el Tribunal, por unanimidad, considera que el apartado 1 de la medida número 4 en ningún caso vulnera el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa y de culto que garantiza el artículo 16 de la Constitución.

**Décimo.-** La Sala aprecia, por unanimidad, que no procede la ratificación del apartado 2 de la medida identificada como “4.- Limitación a la permanencia de personas en lugares de culto.”

A juicio de la Sala este apartado 2 goza de autonomía respecto del apartado 1 de la misma medida. Sus presupuestos de hecho son diferentes y es posible, por razón de su propio contenido, la pervivencia de uno de los apartados sin necesidad de que también perviva el otro.

El juicio es desfavorable porque este apartado 2 no justifica debidamente, y sería precisa una motivación jurídica realmente reforzada, por qué introduce una autorización previa para la utilización del exterior de edificios o la vía pública para la celebración de actos de culto religioso, siendo así que el artículo 16.1 de la Constitución 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 y el artículo 21.1 de la misma reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, añadiendo además que el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. En todo caso, la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, prevé en su artículo 10 que la autoridad gubernativa puede prohibir o, en su caso, proponer la modificación de un acto de reunión o manifestación si se apreciase riesgo para las personas o los bienes.

Por lo tanto, el régimen de comunicación previa permite un control eficaz de los actos de reunión y manifestación, sin que apreciemos ninguna circunstancia que exija introducir una autorización previa adicional, cuya constitucionalidad además sería dudosa.

Por consiguiente, es el parecer unánime de la Sala que debe denegarse su ratificación, no apreciando debidamente justificada la afectación negativa de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 16 y 21 de la Constitución.

### PARTE DISPOSITIVA

El Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias acuerda:

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

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DE LA SALA D. JAIME GUILARTE MARTÍN-CALERO y D. PEDRO HERNÁNDEZ CORDOBÉS.

Mantenemos criterio discrepante del parecer de la mayoría en relación al juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida primera del Anexo del Acuerdo del Gobierno de Canarias adoptado en sesión celebrada el 6 de mayo del presente año, por las siguientes razones.

En el examen de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, transcrita en el cuerpo del auto, debe tenerse presente que en la lucha contra la pandemia, con más de un año de evolución (el primer caso en Canarias de Covid-19 fue importado y diagnosticado en La Gomera el 31 de enero de 2020), las consecuencias aún extremadamente graves para la vida y la salud de la población en general y la falta de tratamiento farmacológico de la enfermedad,



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.



las medidas de intervención no farmacológica que persiguen interrumpir la cadena de transmisión y, consecuentemente, el número de casos, ingresos hospitalarios y fallecimientos, y secuelas que comienzan a describirse en la literatura científica, son de suma importancia, como refiere el informe de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud, de 6 de mayo de 2021 que se acompaña a la solicitud de ratificación presentada por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

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

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

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



NOTIFÍQUESE la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la administración de la Comunidad Autónoma, haciéndoles saber que la misma no es firme, sino que cabe interponer contra ella los recursos previstos en los artículos 87.2 y 87 ter LJCA.

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 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.

Así por este Auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados indicados en su encabezamiento.





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.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
EVARISTO GONZÁLEZ GONZÁLEZ - Ponente	09/05/2021 - 13:51:23
JUAN IGNACIO MORENO-LUQUE CASARIEGO - Deliberador	09/05/2021 - 13:52:01
JAIME GUILARTE MARTÍN-CALERO - Deliberador	09/05/2021 - 13:55:46
MARÍA DEL PILAR ALONSO SOTORRÍO - Deliberador	09/05/2021 - 14:09:25
PEDRO MANUEL HERNÁNDEZ CORDOBÉS - Deliberador	09/05/2021 - 14:27:17
FRANCISCO EUGENIO ÚBEDA TARAJANO - Deliberador	09/05/2021 - 14:28:34
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: A05003250-382e11bd3333f8ce4147de122c21620567001078	
El presente documento ha sido descargado el 09/05/2021 13:30:01	