

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE VACACIONES

Procedimiento autorización art. 10.8 LJCA

Número recurso Sala 2661/2021

Partes procesales: Generalitat de Catalunya y Ministerio Fiscal

A U T O

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Javier Aguayo Mejía

Don Amador García Ros

Don Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 23 de agosto de 2021

HECHOS

PRIMERO.- El Abogado de la Generalitat de Catalunya presentó el pasado día 20 de agosto solicitud de autorización de las medidas sanitarias que la Consellería de Salut considera urgentes y necesarias para la salud pública, e implican la limitación o restricción de derechos fundamentales, con destinatarios no identificados individualmente, contenidas en la "**RESOLUCIÓ SLT/___/2021, de 20 d'agost, per la qual es prorroguen i es modifiquen les mesures en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 al territori de Catalunya**", que igualmente rubrica el titular de la Consellería de Interior.

A pesar de su rúbrica, su contenido se limita a la modificación del apartado 3 de la Resolució SLT/2654/2021, de 19 de agosto, en lo relativo a las restricciones a la movilidad nocturna.

La solicitud de autorización y la Resolución vienen acompañadas de un informe titulado "informe amb relació a modificar les mesures especials en matèria de salut pública vigents per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de covid-19 a Catalunya".

SEGUNDO.- 1.- La solicitud de la autorización recuerda que ya el día 17 pasado fue efectuada una solicitud similar, con relación la "**RESOLUCIÓ SLT/___/2021, de 17 d'agost, per la qual es prorroguen i es modifiquen les mesures en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 al territori de Catalunya**".

En aquella solicitud se proponía ratificar la medida de restricción a la movilidad nocturna mediante la prohibición de los desplazamientos y la circulación por las vías públicas entre las 01:00 y las 06:00 horas de los 125 municipios con más de 5.000 habitantes que presentaban un índice de incidencia acumulada igual o superior a 125 casos diagnosticados por 100.000 habitantes en los últimos 7 días, así como a otros 23 municipios que sin tener esa incidencia sin embargo se solicitaba igual medida por razón de ser limítrofes o quedar enmarcados en los anteriores.

2.- Aquella solicitud y la Resolución a ratificar cambió el índice de incidencia acumulada de 250 casos diagnosticados por 100.000 habitantes en los últimos 7 días, hasta entonces empleado como criterio técnico para identificar los municipios que por razones sanitarias debían estar sometidos a un toque de queda, por el de 125 casos diagnosticados por 100.000 habitantes.

Sobre este aspecto, nuestro Auto del 19 de agosto motivó lo siguiente.

<<3.- La Resolución analizada sigue a la precedente en ese primer criterio, si bien modifica el del índice de incidencia de casos diagnosticados de 250 a 125 casos por 100.000 habitantes, lo que tiene como evidente consecuencia el aumento del número de municipios afectados y de habitantes que ven limitados sus derechos y libertades fundamentales, con respecto al que resultaría de aplicar el criterio técnico hasta ahora considerado.

No compete a este Tribunal establecer que un criterio técnico sea más acertado que el otro, pero sí tiene el deber-función de comprobar que la medida acordada que se propone ratificar no sólo sea idónea a la finalidad de atajar el riesgo a la salud pública como consecuencia de la pandemia, sino también que es proporcionada a dicho fin, y que no existe ninguna otra medida alternativa menos intromisiva en los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos afectados en dicho ámbito.

Y en este aspecto, la exposición de motivos de la Resolución nos dice que ese nuevo parámetro es el indicado en el documento “Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19”, elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la versión actualizada del 2 de junio de 2021. Pero no explica la razón por la que ese criterio, que por razones técnicas no fue considerado necesario aplicar desde aquella fecha, sin embargo sobrevenidamente lo sea en este momento y además como la última ratio que no pueda ser prescindida por otra consideración que cumpla la misma finalidad de manera menos intromisiva.

Igual sucede con el informe de la Agència de Salut Pública que antes extractamos en literal, del que se desprende, tanto que los indicadores están bajando y, por tanto, las medidas adoptadas hasta el momento se han mostrado efectivas, como que todavía no ha habido tiempo para observar un impacto sostenido y elevado en la evolución decreciente de la

curva epidémica y de los indicadores epidemiológicos y de salud pública que condicionan la situación de riesgo en Cataluña. Si bien, sin embargo, propone el cambio de aquel criterio para incrementar el número de municipios y habitantes afectados por el toque de queda. Entiéndase bien, no discutiéndose la gravedad de la pandemia y la preponderancia de la salud sobre cualquier otro elemento a considerar, ello no permite obviar a la Administración que ajuste su actuación a la Ley y al resto del ordenamiento jurídico, lo que a los presentes limitados efectos le exige explicar la razón por la que el criterio técnico anteriormente considerado - que le es conocido desde el 2 de junio de 2021 y decidió por razones técnicas no aplicar hasta ahora-, ha sobrevenido en este momento poco acertado. Fuera de esto, cabe considerar que el cambio del índice de incidencia acumulada de 250/100.000 habitantes a la mitad, en principio, es un criterio idóneo a la finalidad sanitaria (como igualmente lo sería rebajar el índice de incidencia acumulada a un cuarto o a un octavo de aquélla, y así sucesivamente), pero no justifica la Administración que sea proporcionada, ni que no exista ninguna otra medida igualmente idónea y menos intromisiva.

4.- Las anteriores consideraciones nos llevarán a ratificar la medida de restricción a la movilidad nocturna a los municipios de más de 5.000 habitantes que presentan un índice de incidencia acumulada igual o superior a 250 casos diagnosticados por 100.000 habitantes en los últimos 7 días, y no al resto que se solicita.>>.

3.- Esta nueva solicitud se presenta en el día siguiente a la notificación del Auto.

Se justifica en un informe sanitario que reconoce reproduce los aspectos asistenciales, epidemiológicos y de salud pública que ya se contenían en el que acompañaba la Resolución administrativa que fue autorizada parcialmente en aquel Auto del 19 de agosto.

Y expresa que de aquel primer informe, como ahora de su reiteración- inciden en que es necesario y está justificado el toque de queda a los municipios que presenten un índice de incidencia acumulada superior a 125 casos diagnosticados per 100.000 habitantes en los últimos 7 días, como medida de salud pública, con el objetivo de disminuir la circulación y transmisión del virus, el número de casos y las hospitalizaciones.

En concreto, afirma que la medida propuesta es proporcionada con el objetivo de control de la quinta ola pandémica, ya que en esta nueva solicitud se establece para lo municipio de más de 20.000 habitantes en una situación epidemiológica reconocida por las autoridades sanitarias como de riesgo muy alto.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal ha emitido el informe preceptivo previsto en el art. 122 quater LJCA, en el que, tras recordar que a la Administración solicitante le cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en caso de disconformidad

con la denegación de las medidas solicitadas, sin que le quepa suplicación u otro recurso ante la misma Sala que lo dictó, informa.

"Tercero.- Dicho todo lo anterior, parece evidente que la nueva solicitud de autorización de medidas sanitarias que el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya formula en el día de hoy, eludiendo el trámite legalmente previsto en la LJCA del recurso de casación, no hace sino reiterar los argumentos ya alegados en la solicitud anterior de fecha 17.8.202, interesando nuevamente de la Sala que autorice la medida de restricción de la movilidad nocturna en aquellos municipios (ahora de más de 20.000 habitantes) en los que la incidencia acumulada en los últimos siete días sea igual o superior a los 125 casos diagnosticados por cada 100.000 habitantes, medida que la Sala ya rechazó en su Auto de ayer, con los argumentos denegatorios que constan en su Fundamento de Derecho Quinto y que se han dado por reproducidos, y que estima el Ministerio Fiscal que no quedan desvirtuados por la nueva solicitud ni por el nuevo informe sanitario que la acompaña.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Fiscal considera que debe confirmarse el Auto de esa Sala de fecha 19 de agosto de 2021 y, en consecuencia a ello, *denegarse la modificación de la medida de restricción de la movilidad nocturna que la Administración sanitaria hoy solicita.*"

TERCERO.- Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, Don Javier Aguayo Mejía, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El Abogado de la Generalitat de Cataluña solicita autorización urgente, al amparo del artículo 10.8 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), de la medida que la autoridad sanitaria considera urgente y necesaria para la salud pública, en el ámbito de Cataluña e implican la limitación o restricción de derechos fundamentales, con destinatarios no identificados individualmente, que debería tener vigor hasta las 00:00 horas del día 27 de agosto.

2.- Esta solicitud del día 20 de agosto reitera la ya formulada el pasado día 18, y que dió lugar a nuestro Auto del día 19 de agosto, que acordó no autorizar la prohibición de los desplazamientos y la circulación por las vías públicas entre las 01:00 y las 06:00 horas), salvo en los municipios con más de 5.000 habitantes, que tuviesen un índice de incidencia acumulada superior a 250 casos diagnosticados por 100.000 habitantes en los últimos 7 días ("IA7>250" en lo sucesivo).

En nuestro Auto del 19 de agosto razonamos con relación el cambio del criterio técnico del índice de incidencia acumulada de 250 a la mitad ("IA7>125" en lo sucesivo), que esta medida no era proporcionada, y que la Administración no justificaba que no existiera ninguna otra igualmente idónea y menos intromisiva.

La nueva solicitud insiste en la necesidad de la medida IA7>125, si bien ahora la limita a los municipios de tengan más de 20.000 habitantes, en lugar del criterio de más de 5.000 habitantes hasta ahora aplicado.

3.- La Resolución a autorizar contiene en su exposición la siguiente motivación de la necesidad y de la proporcionalidad de esta medida:

"Existeix un ampli consens d'evidència científica sobre l'efectivitat de disminuir les interaccions socials, especialment amb mesures com la limitació de la circulació de persones en horari nocturn quan s'han pres altres mesures restrictives en relació amb l'oci nocturn i amb la limitació de reunions en àmbit familiar i social. No es pot ignorar que les restriccions sobre els establiments de l'oci nocturn i altres activitats vinculades a aquest oci ja adoptades prèviament amb la mateixa finalitat sanitària, propicien les activitats de botellot en espais públics on s'agrupen persones, majoritàriament joves, sense distància interpersonal i sense mascareta i que es converteixen en focus molts disseminadors, especialment quan la incidència de contagis és molt alta, com encara ho és a Catalunya (amb una taxa de 149,6 casos per 100.000 habitants els darrers 7 dies) i les possibilitats que interactuïn persones contagiades asimptomàtiques és elevada.

Així, amb la limitació de la mobilitat nocturna és pretén reduir les interaccions socials que es produeixen en horari nocturn atès que són les més freqüentades per les franges d'edat amb major incidència de la malaltia actualment i, en conseqüència, evitar situacions de contacte de risc, tenint en compte que en relació amb aquestes franges la cobertura vacunal és encara insuficient en un context en què no es pot invocar la immunitat de grup per vacunació.

La mesura proposada en l'informe és, per tant, necessària i es considera proporcionada amb l'objectiu de control de la cinquena onada pandèmica ja que s'estableix amb un criteri selectiu a municipis de més de 20.000 habitants en una situació epidemiològica reconeguda per les autoritats sanitàries com de molt alt risc."

SEGUNDO.- 1.- Con anterioridad a la resolución de la solicitud de autorización de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y libertades pública, con destinatarios no individualizados, por razones sanitarias, es aconsejable establecer el marco constitucional del ámbito de estas autorizaciones judiciales, que condicionan la efectividad de las que sean acordadas por la autoridad sanitaria.

2.- El principio de exclusividad jurisdiccional, establecido en su vertiente negativa en el artículo 117.4 de la Constitución, ordena que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior **"y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho"**.

Es por ello que cuando la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye a las Salas de este orden la competencia judicial para autorizar o ratificar las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias, que consideren urgentes y necesarias para la salud pública e implican limitación o restricción de los derechos fundamentales de ciudadanos no identificados individualmente, lo hace no porque presuma que los jueces tengan especiales conocimientos epidemiológicos o de otra materia sanitaria, ni, por tanto, para que sea función judicial decir qué criterio técnico sea el correcto en cada situación de la pandemia.

Cuando la Ley atribuye al Poder Judicial la competencia de la autorización de las medidas de esta clase, lo es "**en garantía de cualquier derecho**", como es en el caso los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos afectados por estas resoluciones de la autoridad sanitaria.

3.- Si bien en la historia contemporánea se han producido formas de gobierno en las que al Poder Judicial no le cabía efectuar ningún tipo de control de legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas, o lo podía ejercitar de una manera meramente formal, lo cierto es que en la actualidad España se conforma como un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica que toda la actuación administrativa queda sometida a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico, sin que ya existan zonas inmunes a la fiscalización judicial.

En concreto, la fiscalización que corresponde efectuar a Juzgados y Tribunales con respecto las medidas de las autoridades sanitarias que implican limitar con carácter generalizado los derechos fundamentales de los ciudadanos comprende la comprobación de que la Administración que pide la ratificación *<<(i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.>>*.

Así resulta de la doctrina del Tribunal Supremo que se citó en el Auto "a reformar", que ha sido reiterada en sus Sentencias de 18 y 19 de agosto (recurso 5899 y 5904/2021, respectivamente), recaídas sobre denegación de autorización de las decisiones de otras autoridades sanitarias que igualmente apreciaron necesario y proporcionado exigir el pasaporte Covid para entrar en determinados establecimientos, o acreditar no padecer la enfermedad mediante el resultado de un test de antígenos.

4.- Es también consecuencia que España se constituya como un Estado de Derecho que las partes procesales ostenten el derecho a la tutela judicial

efectiva, siendo una de sus vertientes el derecho al ejercicio de los recursos contra las resoluciones judiciales que aprecien perjudiciales a sus intereses y derechos, en la configuración que de los mismos establezcan las leyes procesales.

Derecho a la tutela judicial efectiva que también gozan los Entes de Derecho Público en cuanto el Ordenamiento les atribuye capacidad para ser parte en los procesos (así STC 239y 240/2001, 69 y 175/2002, 206/2011).

5.- Es por ello que cuando no autorizamos en nuestro auto del día 19 de agosto la prohibición de circulación y tránsito por las vías públicas en los municipios de Cataluña de más de 5.000 habitantes que no tuviera al menos un IA7>250, no fue por arrogarnos una capacidad técnica, de la que evidentemente carecen los Jueces y Tribunales, sino por no cumplir la autoridad sanitaria solicitante la exigencia de justificar su necesidad, y que no hubiera otra medida igualmente idónea y menos intromisiva en los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

Como que en caso de disconformidad hubiera podido interponer el recurso de casación que le fue explícitamente informado con la notificación del Auto, pero no ningún otro no previsto en las leyes procesales, como sería la presentación de una nueva solicitud de autorización, con contenido sustancialmente igual a otra anterior, sin que haya modificación de las circunstancias consideradas, para la reconsideración por el Tribunal de la decisión adoptada y firme.

El derecho a al tutela judicial efectiva igualmente implica el principio de intangibilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, que *<<asegura a los que son o han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello>>* (STC 16/1986, 159/1987, 119/1988, 12/1989, 142/1992, 23/1994, 151/1995), pues *<<la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme>>* (STC 34 y 380/1993, 170/1999, 111/2000).

TERCERO.- 1.- El Auto de 19 de agosto acordó motivadamente no autorizar la prohibición de desplazamientos y tránsito en los municipios que no alcanzasen al menos el índice IA7>250 con más de 5.000 habitantes.

Por tanto la denegación de autorización comprende también los municipios de más de 20.000 habitantes, que es lo que pretende la nueva solicitud, sin novedad alguna en este aspecto con respecto la dió lugar a nuestro Auto citado.

Tampoco se ha producido ninguna modificación en las circunstancias alegadas por la autoridad sanitaria en su informe, pues la nueva solicitud se ha presentado pasadas únicamente 48 horas, sin que se justifique que entre uno y el otro momento haya cambiado la curva epidémica, ni los datos o índices considerados para determinar su criterio, que ni tan siquiera han sido presentados actualizados. Con esto queremos decir que de los propios datos de la Administración solicitante, disponibles en su sede

electrónica, se desprende que parte de los municipios de más de 20.000 habitantes para los que se interesa el toque de queda no alcanzan el índice IA7>125 en la fecha de la solicitud, de manera que según sus propias premisas resultaría todavía más innecesario y desproporcionado el toque de queda que para estos municipios sin embargo solicita.

Por consiguiente, procederá no modificar el sentido de nuestro Auto de 19 de agosto.

2.- La fundamentación de la denegación de autorización del toque de queda en los municipios que no alcanzase el IA7>250 se residenció en la no justificación de que aquella medida fuera indispensable para salvaguardar la salud pública, y no en la afirmación que dicha medida constituyera en verdad una razón de orden o de seguridad pública. La referencia que hicimos al orden y a la seguridad pública se limitó a la denegación de la autorización del toque de queda en los municipio que sin tener esa incidencia epidemiológica eran limítrofes con otros que si la tenían.

Sin embargo en el expositivo de la nueva Resolución administrativa subyace que el mantenimiento de la seguridad y el orden público es finalidad del toque de queda de los municipios de más de 20.000 habitantes con IA7>125, como, en especial, limitar las interacciones sociales y el fenómeno de "botellón".

Siendo así, cabe ahora, a mayor abundamiento, referir que el control de las interacciones sociales no es ningún criterio sanitario estrictamente considerado, como una genuina potestad para el mantenimiento de la seguridad y del orden público, cuya naturaleza además no transmuta según las franjas horarias de las relaciones sociales, para convertirse en cuestión sanitaria lo que en horario diurno es indiscutiblemente un tema de policia administrativa.

Con ello, bajo dicha consideración de mayor abundamiento, queremos enfatizar, que: i) el control de las interacciones sociales no es una medida que deba ser autorizada por Juzgados y Tribunales, y; ii) la acreditada posibilidad de control de todo tipo de interacciones sociales en horario diurno por la policia administrativa, justifica que no resulta indispensable la restricción que a los derechos fundamentales implica el toque de queda, para que se pueda realizar esto mismo en el horario que habría de comprender la prohibición de circulación y deambulacion por las vías públicas; esto es, que para conseguir esa misma finalidad de hacer respetar las medidas de distancia social y uso de mascarilla, la Administración dispone de medios igualmente efectivos y menos lesivos a los derechos fundamentales y libertades públicas.

En atención a lo expuesto;

PARTE DISPOSITIVA

1.- No autorizar la medida contenida en la RESOLUCIÓN SLT/____/2021, de 20 d'agost, per la qual es modifica la Resolució SLT/2654/2021, de 19 d'agost ,

per la qual es prorroguen i es modifiquen les mesures en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 al territori de Catalunya.

Así, por este Auto, lo pronunciamos y firmamos.

Notifíquese en legal forma a las partes procesales, indicando que contra el presente Auto cabe interponer recurso de casación en el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con acompañamiento de testimonio de dicho auto, mediante escrito que deberá exponer los requisitos de procedimiento, señalar la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa se fije doctrina y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto recurrido.