



**T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00152/2021

**T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD 001
PALMA DE MALLORCA**

PLAÇA DES MERCAT, 12
Teléfono: 971 71 26 32 **Fax:** 971 22 72 19
Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es

N.I.G: 07040 33 3 2021 0000181
Procedimiento: SND AUTORIZACION/RATIFICACION MEDIDAS SANITARIAS 0000203 /2021 /
Sobre SANIDAD Y SALUD PUBLICA
De COMUNIDAD AUTONOMA DE LES ILLES BALEARS CAIB
Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

AUTO

ILMOS. SRS.

PRESIDENTE:

GABRIEL FIOL GOMILA.

MAGISTRADOS:

D. PABLO DELFONT MAZA

D. FERNADO SOCIAS FUSTER

D^a CARMEN FRIGOLA CASTILLON

D^a ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ

En Palma de Mallorca, a 7 de mayo de 2021.

HECHOS

PRIMERO.- El 05/05/2021, el Consell de Govern de les Illes Balears, en previsión de la finalización del estado de alarma instaurado por el Real Decreto 926/2020, de 24 de octubre, y la prórroga del mismo por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, ha acordado establecer, para el periodo comprendido entre el 09/05/2021 y el 23/05/2021, medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19 en

el ámbito de les Illes Balears; y todo ello al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en adelante LOMEMSP, de la Ley CAIB 5/2003, de 4 de abril, de Salud de les Illes Balears, en adelante LSIB, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en adelante LGS, y de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en adelante LGSP.

SEGUNDO.- El contenido del acuerdo adoptado el 05/05/2021 por el Consell de Govern de les Illes Balears, mediante el que se aprueban medidas excepcionales para prevenir y contener la pandemia ocasionada por la COVID-19, en lo que aquí puede interesar tiene el siguiente contenido:

“El proper dia 9 de maig finalitza l'estat d'alarma instaurat mitjançant el Reial decret 926/2020, de 24 d'octubre i la seva pròrroga operada pel Reial decret 956 /2020, de 3 de novembre.

L'experiència adquirida en més d'un any de lluita contra la pandèmia de SARS CoV-2, ens condueix a assumir que la represa de normalitat que representa la finalització de l'efectivitat de l'estat d'alarma no pot suposar, alhora, l'abandonament radical de les mesures elementals de prevenció i contenció de la pandèmia, tot amb l'objecte d'evitar el risc de noves onades de la malaltia que obliguin de bell nou a la presa de mesures més dràstiques per a la seva contenció.

Escau tenir present que la declaració de situació d'emergència sanitària que va dur a terme l'Organització Mundial de la Salut, segueix vigent i sorgint efectes a hores d'ara i així serà, pel que fa a Espanya, fins que, d'acord amb allò que disposa la Llei 2/2021, de 29 de març, de mesures urgents de prevenció, contenció i coordinació per fer front a la crisi sanitària ocasionada per la COVID 19, el Govern de la Nació declari expressament la finalització d'aquesta situació de crisi sanitària.

Certament, l'evolució de la lluita contra aquesta malaltia que ha pertorbat greument el normal desenvolupament de les activitats socials, ha millorat a hores d'ara manifestament, i així la disponibilitat de vacunes efectives contra el contagi deis SARS CoV-2, i els primers indicis de teràpies efectives contra la COVID 19, ens ofereix unes noves perspectives d'una més o menys propera represa de l'antiga quotidianitat.

Ara bé, avui per avui és encara massa limitat el percentatge del col·lectiu de la població que es troba vacunat per a que els efectes de la immunització massiva siguin plenament perceptibles i també a hores d'ara romanen sense esclarir determinades incògnites com poden ser quin serà l'abast temporal d'aquesta immunització induïda o quina serà la capacitat de contagi deis immunitzats a terceres persones no protegides, incògnites les quals fan que no es pugui prescindir de les mesures més elementals de prudència i protecció front al contagi.

Així doncs, a més de resultar necessari mantenir un seguit de mesures de prevenció i contenció del contagi de la COVID 19, a l'empara de l'esmentada

Llei 2/2021, de 29 de març, resulta també imprescindible mantenir algunes de les mesures restrictives adoptades a l'empara del Reial Decret que va acordar l'estat d'alarma, al menys durant el període de temps en què es duu a terme la vacunació de la població de més de cinquanta anys, que s'ha acreditat com la més vulnerable a la COVID-19.

II.-L'adopció de mesures que puguin suposar la restricció de drets fonamentals o llibertats públiques, es suporta en la Llei orgànica 3/1986 de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública, en l'article primer de la qual es preveu que per tal de protegir la salut pública i prevenir-ne la pèrdua o deteriorament, les autoritats sanitàries de les distintes administracions públiques poden, dins l'àmbit de les seves competències, adoptar les mesures previstes en la dita Llei quan així ho exigeixin raons sanitàries d'urgència o necessitat.

L'article segon habilita les autoritats sanitàries competents per adoptar mesures de control quan s'apreciïn indicis racionals que permetin suposar l'existència de perill per a la salut de la població a causa de la situació sanitària concreta d'una persona o grup de persones o per les condicions sanitàries en què es desenvolupa una activitat. I per al cas concret de malalties transmissibles, l'article tercer disposa que, amb la finalitat de controlar-les, l'autoritat sanitària, a més de dur a terme les accions preventives generals, pot adoptar les mesures oportunes per al control de malalts, de les persones que estiguin o hagin estat en contacte amb aquests i del medi ambient immediat, així com les que es considerin necessàries en cas de risc de caràcter transmissible.

Així mateix, l'article 26 de la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, també preveu la possibilitat que les autoritats sanitàries puguin adoptar les mesures preventives que considerin pertinents quan existeixi o se sospiti raonablement l'existència d'un risc imminent i extraordinari per a la salut.

Finalment, i quant a la normativa estatal, la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública, recull, en els articles 27.2 i 54, la possible adopció de mesures per part de les autoritats sanitàries en situacions de risc per a la salut de les persones.

III.- En l'àmbit autonòmic, l'article 45 de la Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears, estableix que corresponen al Govern de les Illes Balears la superior direcció de la política de salut, l'exercici de la potestat reglamentària, la planificació bàsica en aquesta matèria i l'establiment de les directrius corresponents. S'ha de considerar, per tant, el superior òrgan col·legiat en matèria sanitària de l'Administració de les Illes Balears.

Per la seva banda, l'article 51 de la dita llei Autonòmica, que regula les actuacions de control sanitari, estableix el deure de l'Administració sanitària, en l'exercici de les seves competències, d'adoptar les mesures adients d'intervenció provisionals davant situacions de risc per a la salut col·lectiva, com ara:

- Establir limitacions preventives de caràcter administratiu respecte a aquelles activitats públiques o privades que, directament o indirectament, puguin tenir conseqüències negatives per a la salut.
- Establir requisits mínims i prohibicions per a l'ús i el trànsit de béns i productes quan impliquin un risc o dany per a la salut.
- Adoptar les mesures adients d'intervenció provisionals davant situacions de risc per a la salut col·lectiva, sense perjudici de les indemnitzacions procedents.

En la mateixa línia, l'article 49.2 de la Llei 16/2010, de 28 de desembre, de salut pública de les Illes Balears, disposa que, quan existeixi o se sospiti raonablement l'existència d'un risc imminent i extraordinari per a la salut de la població, com a conseqüència d'una situació sanitària concreta d'una persona o d'un grup de persones, es pot ordenar l'adopció de mesures preventives generals i d'intervenció, entre les quals s'inclouen les de control individual sobre la persona o el grup de persones, mitjanant una resolució motivada, pel temps necessari per a la desaparició del risc.

L'adopció de mesures que impliquin privació o restricció de la llibertat o d'un altre dret fonamental està subjecta al que disposen la Llei 29 /1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i la Llei orgànica 3/1986, de 14 d'abril, sobre mesures especials en matèria de salut pública.

Finalment la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, determina la competència del jutjats i sales contencioses administratives, per a l'autorització o ratificació judicial de les mesures que les autoritats sanitàries considerin urgents i necessàries per a la salut pública i impliquin privació o restricció de la llibertat o d'un altre dret fonamental, en funció de que es tracti de mesures adreçades a subjectes concrets o a col·lectivitats genèriques persones

IV.- Segons el Servei d'Epidemiologia de la Direcció General de Salut Pública i Participació, al conjunt de les Illes Balears, hi ha indicadors que es troben en nivells de "Risc mitjà", especialment els referents a la incidència sobre la població general a 14 dies per 100.000 habitants.

A més, es continuen detectant brots, majoritàriament d'àmbit social-familiar. En les primeres setmanes d'aquest mes d'abril s'han detectat un total de 58 brots epidèmica, la majoria corresponents a una combinació d'àmbits familiar i social encara que hi ha alguns laborals, i de l'àmbit esportiu.

Menorca ha tingut un increment d'incidència recent secundari a tres brots nombrosos. El nombre reproductiu instantani a l'illa és de 2,89 després de tres brots recents.

En els últims 14 dies s'han detectat 662 casos, la majoria a Pilla de Mallorca 541 (81,75%), a Eivissa han estat 71 (10,7%), 49 a Menorca (7,4%) i 1 a Formentera (0,2%).

D'una altra banda, segons dades del Servei de Salut, durant el més d'abril hi ha hagut un clar increment de la incidència a les Illes de Menorca i Eivissa, mentre que a Mallorca es registra una estabilització i a Formentera baixa de manera clara. Al conjunt de les Illes Balears, la incidència a 14 dies per 100.000 habitants ha crescut un 5%. A Menorca ha augmentat un 109%; A Eivissa, un 57%; A Mallorca ha disminuït un 10% i a Formentera un 84%.

Aquest escenari continua recordant als inicis de la segona i tercera onada. Per exemple, dia 1 d'agost a Mallorca, a l'inici de la segona onada, registrà una incidència a 14 dies de 43. Dia 29 d'agost s'assolí, en canvi, l'elevada incidència de 539. El dia 11 de desembre a Eivissa, a l'inici de la tercera onada, teníem una incidència de 89. A finals de gener, la incidència superava els 2.000.

Per això, és imprescindible dur a terme una desescalada lenta i de màxima prudència, encara més en confirmar-se una elevada incidència a altres CCAA i al continent europeu. Això darrer és un fet que ens obliga a extremar les

precaucions, més encara davant la impossibilitat per part de la comunitat autònoma de limitar el desplaçaments des d'altres països.

A tot això s'ha d'afegir que, el territori balear compta amb una proporció inferior de persones que han patit la COVID-19 i per tant, menys persones immunitzades per haver emmalaltit amb anterioritat (el 6,3% segons el darrer estudi de seroprevalença de la Covid-19 realitzat pel Ministeri de Sanitat), la qual cosa es deu a que, tradicionalment, les Illes Balears han registrat una incidència inferior de la COVID a la de la resta de territoris de l'entorn espanyol i europeu.

Des de l'inici de la pandèmia de Covid-19, la Unitat de Genòmica del Servei de Microbiologia de l'Hospital Universitari Son Espases, centre hospitalari de referència de la comunitat autònoma, ha procedit a la seqüenciació de més d'un miler de mostres de pacients de les Illes Balears contagiats amb Sars-CoV-2.

El laboratori deis hospitals és un deis pocs d'Espanya que disposa de tecnologia ThermoFisher per realitzar les anàlisis per PCR. Dita tecnologia detecta variants soques del Sars-CoV-2 diferents a les habituals.

A més, la tradicional baixa incidència de la Covid-19 a les Illes Balears ha premés a l'Hospital Universitari Son Espases concentrar-se en la seqüenciació de fins el 25 deis nous casos (mentre que a altres llocs d'Espanya se seqüència el 5 % dels casos i a la Unió Europea la mitjana de seqüenciació es de l'1% dels nous casos). Per aquest motiu, les Illes Balears compten amb un procediment de seqüenciació més sofisticat i segur front a altres territoris.

Les Illes Balears ha estat així un deis primers territoris espanyols on s'ha detectat de manera precoc la presència de variants del Sars-CoV-2.

En la darrera tanda de seqüenciació, corresponent a les dues darreres setmanes de març i la primera d'abril, s'han analitzat 80 casos sospitosos de pertànyer a variants diferents a la predominant originalment en el territori balears. El resultat és que el 83,1 % deis nous casos corresponen a la variant britànica en el conjunt de la comunitat autònoma.

Per illes, a Menorca la variant anglesa representaria el 100 % dels casos, a Eivissa i Formentera el 87,1 %, i a Mallorca el 79,4 %, lloc a on tendria especial presència a la zona del llevant amb un 84,6 %.

Un total de 14 dels 80 casos seqüenciats presenten la mutació E484K, que determina una certa disminució de l'eficàcia de les vacunes disponibles. Els restants són casos de variants que no es consideren de rellevància.

En concret, deis 14 casos esmentats anteriorment, s'ha detectat per primera vegada a les Illes Balears un cas de la variant brasilera (P1) —concretament a l'illa de Mallorca, i 3 casos de la variant sud-africana a l'illa d'Eivissa. A més, s'han detectat 8 casos de la variant B.1525 a Mallorca i 1 cas de la variant B.1526 a Menorca.

És cert que les dades actuals no són de risc extrem, però hem pogut comprovar increments molt considerables durant el més d'abril que han fet, per exemple, que l'illa de Menorca (que va tenir mesures menys restrictives que les altres illes, perquè la seva situació havia millorat), ara mateix es troba en una situació pitjor que Mallorca i amb dades molt més preocupants. El mateix es pot dir de l'illa d'Eivissa.

Així mateix, les notícies que arriben des de la India són molt preocupants. Tant que el Ministeri de Sanitat ha ordenat quarentena de 10 dies a tots els viatgers que procedeixin d'allà amb la possibilitat d'aixecar-la amb una prova

diagnòstica negativa al cap de 7 dies. En aquests moments, a més es desconeix si estam davant una mutació del virus més amenaçant que les que hi ha hagut fins el moment.

L'experiència acumulada d'aquests darrers mesos ha fet evident el risc que suposa l'increment de la mobilitat nacional i internacional i de les trobades socials i familiars. La suma de la mobilitat de viatgers nacionals i estrangers cap a les Mes Balears, especialment quan implica punts d'origen amb una incidència elevada de la malaltia, juntament amb l'augment de les trobades socials, tant per part deis residents com deis visitants, pot tenir un paper important en la importació de casos i la propagació de la COVID-19.

També té un paper fonamental quant al risc de contagi, el lloc on es produeixen les trobades socials i s'ha evidenciat també el risc que suposen les trobades a espais interiors. Com és sabut, el perill d'acumulació d'aerosols en llocs amb una alta densitat de persones i una ventilació deficient incrementa el risc de contraure la malaltia i de generar situacions de superdisseminació del virus.

Per això, davant el risc que suposa l'arribada de viatgers nacionals i internacionals a les Illes Balears, es fa necessari definir mesures dirigides a disminuir la presència de persones en espais tancats, en aquells on hi ha risc que no es mantingui la distància de seguretat o en aquells on no es pugui observar de forma constant l'ús de mascareta. Exemples d'espais que presenten aquestes característiques serien els interiors deis bars i deis restaurants i els domicilis particulars.

Amb tot això, davant la possibilitat que hi hagi un increment de la incidència durant les properes setmanes, es considera que s'han de mantenir mecanismes per reduir la presència de persones a la via pública durant l'horari nocturn, mantenir els vigents controls sanitaris als viatgers que entrin a la comunitat autònoma, així com establir un nombre màxim de persones que es poden reunir a una trobada social i/o familiar.

Quant a les condicions en què es poden dur a terme les celebracions o la permanència de persones en llocs de culte (com també quant al nombre màxim de persones que es poden reunir a una trobada social i/o familiar), no podem obviar que en aquests moments la comunitat musulmana està celebrant el Ramadà, que té una durada de vint i nou dies, amb un menjar d'abans de la matinada (el suhur), i la festa nocturna que trenca el dejuni (iftar). El Ramadà finalitza amb la festa de la ruptura del dejuni (Id al-Fitr) que es produirà la setmana següent a la finalització de l'estat d'alarma i, per tant, durant la vigència d'aquest Acord.

Al igual que es varen preveure restriccions a les reunions i festes, com també als llocs de culte, per a les festivitats pròpies de la comunitat catòlica i cristiana, resulta necessari establir-les també, de manera semblant, per a la comunitat musulmana, atès que la situació de risc sanitari es manté a hores d'ara.

V.- Per tot el que s'ha exposat, en els apartats anteriors, mitjançant aquest Acord, i a l'empara de les lleis esmentades als apartats II i III, es pretén l'adopció de quatre mesures excepcionals per prevenir i contenir la pandèmia ocasionada per la COVID-19, durant el període comprès entre el dia 9 i el dia 23 de maig de 2021, que impliquen establir:

- a. Les condicions en que es permet la circulació de les persones en horari nocturn, atès que aquest condicionament s'ha evidenciat com la mesura més eficient en la lluita contra la pandèmia.
- b. Condicions per a l'entrada a les Illes Balears de persones procedents de la resta de comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla, que consistiran en la possibilitat de dur a terme controls sanitaris als ports i aeroports de les Mes Balears.
- c. Condicions en què es poden dur a terme les reunions i trobades familiars i socials.
- d. Condicions en què es poden dur a terme les celebracions o la permanència de persones en llocs de culte, fent especial atenció a la celebració del Ramadà.

Amb aquestes mesures, la pretensió del Govern de les Illes Balears és, en primer lloc, salvar vides (hem aconseguit ser un dels territoris europeus amb menys mortalitat), mantenir una incidència del virus baixa, protegir les persones més vulnerables, fent atenció al fet que es preveu que durant la quinzena de vigència d'aquestes mesures s'aconseguirà que gairebé tots els majors de 60 anys estiguin vacunats, si més no, amb una primera dosi, i s'hagi iniciat i accelerat la vacunació de les persones de la franja de 50 a 59 anys.

En aquest sentit hem de tenir present que la variant britànica (majoritària en aquests moments, tal i com s'ha exposat abans) s'ha acreditat no només com a molt més contagiosa, sinó també com a més letal i ataca ara mateix a persones més joves, de manera que a les nostres unitats de cures intensives hi estan entrant persones que estan en aquesta franja d'edat i fins i tot més joves.

Així mateix, amb aquestes mesures es pretén també mantenir una de les millors incidències d'Europa i estar ben posicionats per rebre turisme, allargar la temporada i reactivar l'economia de les Illes Balears.

Per tot això, el Consell de Govern, en la seva condició de màxim responsable de la política sanitària a les Illes Balears, adopta l'Acord següent:

Primer.

Objecte

Aquest Acord té per objecte establir mesures temporals i excepcionals per raó de salut pública per a la contenció de la COVID-19 a totes les Illes Balears, a l'empara de la Llei orgànica 3/1986 de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública, de la Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears, de la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat i la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública, durant el període comprès entre el dia 9 i el dia 23 de maig d'enguany.

Segon

Condicions per a la circulació de les persones en horari nocturn

En l'àmbit territorial de les Illes Balears i durant el període de vigència d'aquest Acord, únicament es podran dur a terme els desplaçaments i la circulació per les vies públiques entre les 23.00 i les 6.00 hores, per a la realització de les activitats

següents:

- a. Desplaçament per assistència sanitària d'urgència i per anar a la farmàcia per raons d'urgència, sempre que sigui a la més propera al domicili o al centre sanitari al qual s'ha acudit, així com per assistència veterinària urgent.

- b. Desplaçament de persones treballadores i els seus representants per anar o tornar del centre de treball en els casos en què el treball no es pugui realitzar en modalitat de treball a distància o teletraball, així com aquells desplaçaments inherents al desenvolupament de les funcions pròpies del lloc de treball o de la seva activitat professional o empresarial. S'hi inclouen els desplaçaments de persones professionals o voluntàries degudament acreditades per a realitzar serveis essencials, sanitaris i socials.
- c. Cura de persones grans, menors d'edat, persones dependents, amb discapacitat o especialment vulnerables per motius inajornables. S'hi inclouen els desplaçaments per necessitats de persones amb trastorn de la conducta, discapacitat o malaltia que requereixin activitat a l'exterior per al seu benestar emocional o de salut, quan estigui degudament justificat per professionals sanitaris o socials amb el certificat corresponent.
- c. Actuacions urgents davant d'òrgans judicials o dependències policials.
- d. Retorn al lloc de residència habitual després d'haver realitzat les activitats permeses relacionades anteriorment.
- e. Causa de forja major o una altra situació de necessitat justificada. En aquest sentit, es considera situació de necessitat justificada el desplaçament des de o cap el port o l'aeroport, en cas que la circulació derivi directament de l'arribada o sortida del vaixell o de l'avió.

Tercer

Condicions per a l'entrada a les Illes Balears de persones procedents de la resta de comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla

1. Les persones procedents d'altres comunitats autònomes o ciutats autònomes que pretenguin entrar en el territori de la comunitat autònoma de les Illes Balears, per via aèria o marítima, s'han de sotmetre a un control sobre el motiu del desplaçament i, si escau, a un control sanitari, en els termes que s'estableixen en aquest Acord.
Aquests controls són aplicables a les passatgeres i als passatgers el destí final dels quals siguin les Illes Balears i no a aquelles persones que es trobin en trànsit en un port o aeroport de les Balears amb destinació final a un altre país o un altre lloc del territori espanyol.
2. Els controls han de consistir en la comprovació de l'adequada justificació quan les persones es desplacen a les Illes Balears per algun dels motius següents:
 - a) Assistència a centres, serveis i establiments sanitaris.
 - b) Compliment d'obligacions laborals, professionals, empresarials, institucionals o legals.
 - c) Assistència a centres universitaris, docents i educatius, incloses les escoles d'educació infantil.
 - d) Retorn al lloc de residència habitual o familiar.
 - e) Assistència i cura a gent gran, menors, dependents, persones amb discapacitat o persones especialment vulnerables.
 - f) Desplaçament a entitats financeres i d'assegurances.
 - g) Actuacions requerides o urgents davant els òrgans públics, judicials i notariaus.
 - h) Renovacions de permisos i documentació oficial, així com altres tràmits administratius inajornables.
 - i) Realització d'exàmens o proves oficials inajornables.

- j) Per una causa de força major o una situació de necessitat.
 - k) Qualsevol altra activitat de naturalesa anàloga, acreditada degudament.
3. Les persones a què fa referència l'apartat anterior han d'emplenar amb antelació a la data del viatge el qüestionari que es troba a disposició de les viatgeres i els viatgers en la següent pàgina web del Servei de Salut: viajarabaleares.ivalsutes. A més, han de justificar adequadament el desplaçament mitjanant documentació complementària.

El qüestionari té a tots els efectes la consideració de declaració responsable i s'hi ha de justificar el motiu del desplaçament. S'apela a la responsabilitat individual dels viatgers en la comunicació de dades i estat de salut.

Aquest qüestionari s'ha de presentar (en paper o mitjançant el QR que generi) al personal dels punts de control establerts a l'efecte per part de les autoritats sanitàries en els ports i els aeroports de les Illes Balears.

El personal de control dels ports i aeroports pot dur a terme en qualsevol moment mesures de control per verificar les dades. La inexistència o la falsedat d'aquestes en el qüestionari pot donar lloc a la sanció corresponent.

En cas que el passatger o passatgera no hagi emplenat el qüestionari, l'ha d'emplenar en arribar al territori insular, per a la qual cosa pot comptar amb l'ajuda del personal dels punts de control. La negativa a emplenar el qüestionari pot ser objecte de la sanció corresponent.

1. Les persones que es desplacin a les Illes Balears per algun dels motius enumerats en el punt 2 d'aquest apartat, poden, voluntàriament, presentar una PDIA per SARS-CoV-2 amb resultat negatiu (PCR o TMA), realitzada en les setanta-dues hores prèvies a l'arribada a les Illes Balears, juntament amb la documentació justificativa del desplaçament, en els punts d'entrada a cada una de les illes.

El document acreditatiu ha de ser l'original, estar redactat en català o castellà i pot ser presentat en format paper o electrònic. El document ha de contenir, almenys, les dades següents: nom del viatger, número de passaport o del document o carta nacional d'identitat, data de realització de la prova, identificació i dades de contacte del centre que realitza l'anàlisi, Tècnica emprada i resultat negatiu de la prova.

Les persones que no acreditin la realització d'una PDOA per SARS-CoV-2 amb resultat negatiu, realitzada en les setanta dues hores prèvies a l'arribada a les Illes Balears, s'han de sotmetre, si escau, a les previsions establertes a l'efecte per les autoritats sanitàries.

El cost de les proves, tant en origen com a les Illes Balears, ha de ser assumit pel Servei de Salut de les Illes Balears en el cas dels viatgers que tinguin la seva residència a les illes i la realitzin en els centres concertats pel Servei de Salut de les Illes Balears. La Insta de ciutats i centres on el Servei de Salut de les Illes Balears hagi concertat la realització de la PCR es farà pública en la següent pàgina web del Servei de Salut de les Illes Balears: viajarabaleares.ivalsutes

En els casos restants, els passatgers assumiran el cost de la realització de la prova que es facin en origen.

5. Les persones procedents d'altres comunitats autònomes o ciutats autònomes, que pretenguin entrar en el territori de la comunitat autònoma de les Illes Balears per motius no inclosos en el punt 2 d'aquest apartat s'han de sotmetre a un control sanitari, en els termes següents:

a. Acreditació, en els punts d'entrada a cada una de les illes, del resultat negatiu d'una PDIA, realitzada en les setanta-dues hores prèvies a l'arribada. El document acreditatiu ha de ser l'original, estar redactat en català o castellà i pot ser presentat en format paper o electrònic. El document ha de contenir, almenys, les dades següents: nom del viatger, número de passaport o del document o carta nacional d'identitat, data de realització de la prova, identificació i dades de contacte del centre que realitza l'anàlisi, tècnica emprada i resultat negatiu de la prova.

Únicament es consideren PDIA vàlides la PCR (RT-PCR de COVID-19) o la TMA, mentre no sigui acceptat l'ús harmonitzat en la Unió Europea d'altres proves diagnòstiques com ara test ràpids d'anticossos, proves ràpides de detecció d'antigen o serologies d'alt rendiment (ELISA, CLIA, ECLIA).

b. Els passatgers que no acreditin adequadament la realització d'una PDIA per SARS-CoV-2 amb resultat negatiu realitzada en les setanta-dues hores prèvies a l'arribada, i sense perjudici de la sanció que els pugui correspondre, s'han de sotmetre a un test ràpid d'antígens (PRAg), en els centres habilitats prèvia cita a través del personal del punt de control, excepte que acreditin haver demanat i obtingut cita prèvia al telèfon d'INFOCOVID de les Illes Balears (900 100 971) per sotmetre's a una PCR en el termini màxim de les 48 hores posteriors. En ambdós casos s'han de mantenir en quarantena fins que disposin del resultat negatiu. En cas que el resultat sigui positiu, s'han de sotmetre a les instruccions de l'autoritat sanitària.

En cas que el viatger o la viatgera no presenti un certificat de realització de la prova PDIA en origen, i que a més es negui a fer-se la prova en arribar a les Illes Balears, sense perjudici de la sanció que correspongui, s'ha de comprometre a mantenir una quarantena de deu dies en el lloc de residència o en un domicili que permeti les condicions bàsiques per realitzar la quarantena. Aquesta opció es pot haver posat de manifest en el qüestionari que haurà emplenat abans de viatjar a les Illes Balears o en el que haurà d'emplenar a l'arribada, atès que el qüestionari té, a tots els efectes, la consideració de declaració responsable i s'apel·la a la responsabilitat individual dels viatgers en la comunicació de dades i estat de salut.

d. El cost de les proves ha de ser assumit pels passatgers i passatgeres.

6. S'exceptua de les obligacions que estableixen els apartats anteriors les persones següents:

a. Les que acreditin haver estat fora de les Illes Balears per un termini inferior a les 72 hores i que declarin, sota la seva responsabilitat, que en aquest període no han tingut símptomes compatibles amb la COVID-19.

b. Els transportistes de mercaderies i les tripulacions dels avions i vaixells comercials o mercants, sempre que es desplacin per motius laborals i que que declarin, sota la seva responsabilitat, que en aquest període no han tingut símptomes compatibles amb la COVID-19 i que no han estat en contacte estret amb un positiu.

c. Les persones menors de 6 anys.

d. Les persones menors de 12 anys que per motius de sentència judicial entre progenitors s'hagin de desplaçar a les Illes Balears periòdicament.

Les persones a què fan referència les lletres a) i d) han d'emplenar igualment, abans de viatjar a les Illes Balears o en arribar-hi, en el punt de control del port o

de l'aeroport, el qüestionari que hi ha a disposició deis viatgers a la pàgina web del Servei de Salut de les Illes Balears viajarabaleares.ibsalut.es i que té a tots els efectes la consideració de declaració responsable i s'apel·la a la responsabilitat individual deis viatgers en la comunicació de dades i estat de salut.

7. La Conselleria de Salut i Consum ha d'organitzar directament o per mitjà deis ens instrumentals adscrits a aquesta, els controls documentals i sanitaris deis passatgers i les passatgeres que, procedents deis territoris a què fa referència aquest Acord, accedeixin a la comunitat autònoma de les Mes Balears, via aèria o marítima.

Així mateix, la Conselleria de Salut i Consum ha de determinar el procediment, els requisits, els protocols i altres aspectes per a la realització de les PDIA, tant en origen, a les ciutats on es prevegi major nombre de persones que puguin realitzar un desplaçament amb destinació a les Illes Balears, com en destinació, en arribar a aquestes.

D'acord amb l'article 52 de la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública, la consellera de Salut i Consum, en la seva condició d'autoritat sanitària, pot disposar la sol·licitud de suport, auxili i col·laboració d'altres òrgans administratius, funcionaris públics o altres institucions, i pot fins i tot requerir, en cas d'estricta i urgent necessitat i per al millor compliment de la legislació vigent, l'auxili de les forces i cossos de seguretat de l'Estat o altres agents de l'autoritat que tinguin encomanades funcions de seguretat.

L'organització deis controls i la determinació deis procediments, els requisits, els protocols i els altres aspectes per a la realització de les PDIA que estableixi la Conselleria de Salut s'han de fer públics en la següent pàgina web del Servei de Salut de les Illes Balears: viajarabaleares.ibsalut.es

Quart

Condicions en què es poden dur a terme les reunions i trobades familiars i socials

2. Durant el període de vigència d'aquest Acord, únicament es poden dur a terme reunions i trobades familiars i socials d'un màxim de sis persones a l'interior o a l'exterior, tant en espais públics com privats. A l'interior únicament es poden dur a terme reunions, com a màxim, de dos nuclis de convivència.

3. No estan incloses en la limitació prevista en aquest apartat les activitats laborals, les institucionals, les de transport i les deis centres docents que imparteixen ensenyaments a què fa referència l'article 3 de la Llei orgànica d'educació, incloent-hi l'ensenyament universitari, ni aquelles per a les quals s'estableixen mesures específiques en el nou Pla de Mesures Excepcionals de Prevenció, Contenció i Coordinació per Fer Front a la Crisi Sanitària Ocasionada per la COVID-19, com ara les activitats esportives o culturals.

4. Mitjançant Acord del Consell de Govern s'estableixen mesures específiques per a les activitats de restauració.

Cinquè

Condicions en què es poden dur a terme les celebracions o la permanència de persones en llocs de culte

Quant a la permanència de persones en llocs de culte, a cadascuna de les Illes Balears, no es pot superar el 50% de la cabuda.

En tot cas, s'ha d'assegurar la distància d'almenys un metre i mig entre persones de diferents nuclis de convivència.

Sisè

Règim sancionador

Els incompliments individualitzats del que disposa aquest Decret poden ser constitutius d'una infracció administrativa d'acord amb el Decret llei 11/2020, de 10 de juliol, pel qual s'estableix un règim sancionador específic per fer front als incompliments de les disposicions dictades per pal·liar els efectes de la crisi ocasionada per la COVID-19”.

TERCERO.- El 06/05/2021 la Administración de la Comunidad Autónoma ha solicitado a la Sala: “[...] *la RATIFICACIÓN JUDICIAL para las medidas sanitarias que se contienen en el Acuerdo del Consell de Govern adoptado en sesión celebrada el día 5 de mayo de 2021[...]*”, que pueden sintetizarse en las siguientes:

1.- Condiciones para la circulación de personas en horario nocturno.- Se prohíbe el desplazamiento y circular por la vía pública entre las 23.00 horas y las 06.00 horas, con la salvedad de seis motivos tasados.

2.- Condiciones para la entrada en las Illes Balears.- Se establece **(i)** control sobre el motivo del desplazamiento, precisándose justificar el desplazamiento por los motivos tasados que se señalan, y **(ii)** control sobre un eventual control sanitario, requiriéndose una prueba diagnóstica en los términos que se describen.

3.- Condiciones para las reuniones y encuentros familiares y sociales.-

A).- Se limita a un número de seis personas tanto en el interior como en el exterior de los espacios públicos y privados.

B).- Se permiten dos núcleos de convivencia en espacio interior

4.- Condiciones para la celebración o permanencia de personas en lugares de culto. -

A).- Se limita la permanencia al 50 % del aforo.

B).- Se requiere establecer una distancia de seguridad de metro y medio entre personas de distinto núcleo de convivencia.

CUARTO.- El 06/05/2021 el Ministerio Fiscal ha informado, en resumen, lo siguiente:

1.- Que todas las medidas cuya autorización ha solicitado la Comunidad Autónoma son proporcionadas y están justificadas.

2.- Que la Sala debería autorizar las medidas recogidas en los apartados 2 y 4 del anterior antecedente de esta resolución.

3.- Que la Sala debería rechazar la solicitud de la Comunidad Autónoma en cuanto a las medidas señaladas en los apartados 1 y 3 del anterior antecedente de esta resolución por carecer “[...]de la necesaria cobertura legal y de competencia para su adopción por la Administración Autonómica [...]”, señalándose al respecto por el Ministerio Fiscal lo siguiente:

“1ª.- Las Condiciones que se solicitan para la circulación de personas en horario nocturno.

Incluso es público y notorio a este respecto que por parte de la Abogacía del Estado se recurrió en su día la extralimitación de la CCAA de Castilla Y Leon al pretender establecer un horario nocturno de confinamiento más amplio del que contemplaba el propio Real Decreto de estado de alarma -fijaba el “toque de queda” a las 20.00 horas- al carecer la CCAA de competencia para ello.

Y que por Auto del TS (PO 12/21) de fecha 16 de febrero de 2021 dictado en la correspondiente pieza de medidas cautelares la Sala otorgó la medida cautelar solicitada por la Abogacía del Estado recalcando, aún sin entrar es cierto en el fondo del asunto, que ese Acuerdo ampliatorio del horario del “toque de queda” de la Junta de Castilla y Leon se adoptó “por un órgano que resulta prima facie manifiestamente incompetente por razón de la materia”.

Si bien la autoridad sanitaria puede por tanto adoptar sin duda medidas sanitarias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales (la propia existencia en la regulación procesal de este procedimiento para autorización/ratificación de medidas sanitarias lo pone sin más de relieve), no es menos cierto que como principio general debe respetarse el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados. Es decir, cabe cuestionarse si entre las innominadas medidas “necesarias” del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, en el que se ampara esencialmente la demanda de la CCAA, pueden incluirse cualesquiera sean y con la extensión que se considere oportuna, incluso las expresamente contenidas en el Derecho de excepción.

El derecho a la libertad de circulación no tiene para su ejercicio un desarrollo posterior por Ley Orgánica conforme a los artículos 53 y 81 CE. Y las restricciones al mismo no pueden ser de tal intensidad que afecten a su contenido esencial. Como entendemos podría ocurrir de limitarse el mismo con carácter general en la franja horaria prevista por el Acuerdo del Consejo de Gobierno que pretende aprobarse.

2ª.- Las Condiciones que se solicitan para las reuniones y encuentros familiares.-

Medida que igualmente estaba comprendida expresamente entre aquéllas para las que fue necesario en su momento, por las razones ya antes expuestas, acudir al Derecho de excepción vigente.

Obsérvese que nos estamos refiriendo a las reuniones familiares/privadas, que no a las que se produzcan en lugar público. Lo cual está además íntimamente ligado con el ejercicio de otros derechos constitucionales tales como la intimidad personal y familiar

(art 18 CE), es decir, poder decidir tener una vida privada e impedir cualquier injerencia en la misma sobre esta parcela del todo ajena a la sociedad en general.”

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La limitación de los derechos en general.

En tanto que todo derecho se reconoce en el seno de un ordenamiento, cualquier derecho es limitado.

Ordenar o regular significa necesariamente limitar.

No existen, pues, derechos absolutos. Todo derecho, como derecho regulado, es un derecho limitado.

Es precisamente la ordenación del ejercicio de los derechos lo que permite su disfrute universal y simultaneo.

Y otra fuente de limitación de los derechos es la derivada de asegurar la compatibilidad entre el disfrute de unos derechos y la exigencia de respeto a otros derechos o bienes jurídicos protegidos.

SEGUNDO.- La delimitación y la limitación de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, todos ellos, son el reflejo inmediato de la dignidad de la persona y su desarrollo corresponde a Ley Orgánica -artículo 81.1 de la Constitución-.

La delimitación del derecho fundamental tiene carácter interno e incumbe al constituyente.

Así, por lo que se refiere a uno de los derechos concernidos aquí por las limitaciones cuya ratificación nos ha solicitado el Consell de Govern, en concreto en cuanto al derecho

fundamental de reunión, la delimitación del mismo exclusivamente protege el pacífico y sin armas -artículo 21 de la Constitución-.

La limitación del derecho fundamental, a diferencia de la delimitación, tiene un carácter externo, comprime el derecho fundamental para coexistir con otros derechos y es obra del legislador, el cual hace uso de la habilitación específica que le confiere la reserva de ley.

Limitar los derechos fundamentales no es ni suspenderlos ni vulnerarlos.

Mientras la limitación del derecho fundamental es una restricción lícita, llevada a cabo para asegurar su compatibilidad con otros derechos, la vulneración es una privación o restricción sin justificación.

Y la suspensión, a diferencia de la limitación, priva temporal o incidentalmente el ejercicio del derecho.

TERCERO.- La protección de la salud ante la pandemia y la limitación de los derechos fundamentales.

El artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud.

La salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, tal como señala el preámbulo de la LGSP, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar.

Decenas de miles de compatriotas -y millones de personas en el mundo- se han dejado la vida por haber hecho mella en ellos la pandemia.

Nadie podrá negar que la pandemia, con sus innegables riesgos para la salud, ha sido -y sigue siendo- un riesgo para la vida, con lo que es apreciable con naturalidad que está en juego el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución.

La efectividad de la debida protección del derecho fundamental a la vida se entrecruza en esta pandemia con otros derechos fundamentales, como la libre circulación y la reunión. En la colisión de esos derechos fundamentales, la cuestión es qué nivel de limitación es preciso y qué rango de norma permite adoptarlo o proporcionarlo.

El contenido esencial del derecho, que es el contenido típico e imprescindible del mismo, es decir, aquel sin el cual ese derecho sería irreconocible, es un principio teórico pero no convenientemente efectivo. Por ejemplo, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, al disponerse la disolución de la reunión cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, no se concilia el derecho fundamental de reunión con la garantía de las exigencias del interés general respecto al orden público. Sencillamente, se sacrifica el derecho de reunión.

El punto de partida, pues, es que en las colisiones de derechos fundamentales el tope del contenido esencial de los mismos no actúa como límite de los derechos en colisión.

No obligado, pues, el legislador por el contenido esencial del derecho fundamental, por el contrario, le incumbe observar el principio de proporcionalidad, es decir, que su invasión del derecho fundamental sea apropiada y necesaria para alcanzar su finalidad, debiendo ésta ser constitucionalmente legítima.

Y lo mismo cabe decir respecto a la propia Administración cuando, como ocurre en el artículo 3 de la LOMEMSP o en el artículo 54.1.f) de la LGSP, se habilita o hace posible a la autoridad sanitaria que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, adopte las medidas que considere necesarias.

Limitar un derecho fundamental es restringirlo lícitamente, en el caso del acuerdo del Consell de Govern adoptado en sesión celebrada el 05/05/2021, para asegurar su compatibilidad con el derecho fundamental a la vida.

La limitación de los derechos viene dada también por el aseguramiento de la compatibilidad del disfrute de cualquier derecho con las exigencias de respeto a otros derechos o a otros bienes jurídicos también protegidos constitucionalmente.

A diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento jurídico, en materia de derechos fundamentales no hay derechos más fundamentales que otros, es decir, los conflictos no se resuelven en favor de un derecho más fuerte que se imponga a un derecho más débil.

CUARTO.- La norma de cobertura y la proporcionalidad de las medidas cuya autorización se ha solicitado.

Ciertamente, según se señalaba en la STC número 20/1990, *“los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”*.

En cuanto a sus limitaciones, ha de tenerse en cuenta que si bien el artículo 81.1 de la Constitución, como ya hemos indicado anteriormente, exige que los derechos fundamentales recogidos en la misma se desarrollen, es decir, se regulen, mediante Ley Orgánica, no ocurre lo mismo con la posible limitación de las facultades que esos derechos fundamentales comprenden.

Por lo tanto, ni todas las posibles limitaciones de los derechos fundamentales han de venir guiadas por la Ley que regula el estado de alarma, ni tampoco puede dejar de encontrar acogida la cobertura que ofrece, para el caso, la LOMEMSP -artículo 3- o LGSP -artículo 54.1.f)-.

En efecto, que limitaciones como las que precedieron a las del caso hubieran sido tomadas adoptando la cobertura que ofrecía entonces el estado de alarma, o que al justificarse las mismas se aludiera a la posible insuficiencia de cualquier otro producto normativo ya en ese momento disponible, en definitiva, no puede conducir a que afirmemos lo que no creemos, esto es, que las limitaciones que forman parte de las medidas del caso no puedan basarse en las disposiciones antes indicadas -LOMEMSP y LGSP-.

No cabe confundir, pues, que el derecho de excepción constitucional desplace al derecho ordinario con que el derecho ordinario carezca de todas las potencialidades del derecho de excepción constitucional.

El agotamiento del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que desplazó al derecho ordinario, sin embargo, no lo afectó, esto es, no lo derogó, con lo que -antes y después del estado de alarma- el derecho ordinario presta cobertura normativa respecto a medidas limitativas de derechos fundamentales.

A nuestro juicio, rechazar la cobertura de la LOMEMSP por su generalidad supone también impedir hasta la más mínima limitación o afectación del derecho fundamental por Ley Orgánica, norma señalada directamente por la Constitución y prevista incluso para su regulación, esto es, no meramente para el establecimientos de limitaciones sino para el propio desarrollo del derecho fundamental.

Tampoco existen pronunciamientos del Tribunal Supremo constitutivos de jurisprudencia que avalen la posición del Ministerio Fiscal; y el que se menciona por el Ministerio Fiscal ni siquiera entra en la cuestión. Por lo tanto, no es certero ni útil avanzar cualquier pronóstico al respecto.

El criterio manifestado por el Ministerio Fiscal en el informe presentado el 06/05/2021 respecto a las medidas que considera que no deben ser autorizadas por carecer de competencia la Comunidad Autónoma, sin decirlo, se aparta de un informe anterior, emitido el 11/12/2020 y presentado a la Sala en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona número 529/2020. En ese informe de 11/12/2020, invocada por la parte demandante la falta de competencia de la Comunidad Autónoma, el Ministerio Fiscal replicaba lo contrario, señalándose así lo siguiente:

“[...] se pretende además la nulidad de pleno derecho de las resoluciones recurridas al carecer la Consellera de Salut de competencia para dictarlas y por la reserva, se alega, de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales. Frente a ello cabe alegar que la resolución de la Administración Autonómica adoptando las medidas sanitarias y urgentes que aquí se cuestionan tiene amparo legal suficiente y claro en la legislación vigente: en la Constitución Española (art. 43.2); en el Estatuto de Autonomía de las Islas baleares al asumir las competencias en materia sanitaria; en la LO 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (arts 1 y 2); en la Ley 14/1986 General de Sanidad (art. 26.1 y 2); en la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 9.2); en la Ley 16/2010 de Salud Pública de las Illes Balears (arts. 42, 44, 45, 49); la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears (artículo 51).”

Y aun añadía el Ministerio Fiscal el 11/12/2020 que:

“[...]las medidas adoptadas no suponen en modo alguno el “desarrollo” de derechos fundamentales a que se refiere el art. 81.1 de la CE ni suponen la “regulación” de tales derechos a que se refiere el art. 53.1 de la CE.”

La Sala, en su composición de sección funcional, ya ha respaldado por sentencia - enteramente y en tres ocasiones- medidas como las del caso, incluso adoptadas por la propia Administración de la Comunidad Autónoma sin disponer de la formal cobertura normativa del estado de alarma.

Entre esas sentencias de la Sala se encuentra la referente al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona número 529/2020, siendo todas de 29/01/2021 y con referencias ROJ: STSJ BAL 61/2021, ROJ: STSJ BAL 59/2021 y ROJ: STSJ BAL 46/2021, respectivamente.

En definitiva, la Sala, a la vista del informe emitido el 30/04/2021 por el Comité de Malalties Infeccioses de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears y examinadas las medidas que pretende implantar la Comunidad Autónoma, que son correlato de las precedentes, coincide con el juicio del Ministerio Fiscal en que todas ellas están adecuadamente justificadas y debidamente proporcionadas.

Por último, la Sala tiene que aplicar en este caso la doctrina del Auto de 04/05/2021 en el procedimiento de autorización de medidas sanitarias número 197/2021, de modo que, tenemos que distinguir entre:

- 1.- Medidas ya adoptadas y que no han entrado en vigor, para las que la Sala considera precisa la solicitud de autorización, y
- 2.- Medidas adoptadas y ya en vigor, para las que la Sala considera precisa la solicitud de ratificación.

Así las cosas, si bien la Administración de la Comunidad Autónoma ha solicitado “[...] *la RATIFICACIÓN JUDICIAL para las medidas sanitarias que se contienen en el Acuerdo del Consell de Govern adoptado en sesión celebrada el día 5 de mayo de 2021[...]*”, la Sala considera que no tiene que resolver como se pide, es decir, ratificando las medidas adoptadas sino autorizándolas.

En atención a lo expuesto,

LA SALA ACUERDA

UNICO.- Autorizamos las medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19 en el ámbito de les Illes Balears, acordadas por el Consell de Govern en la sesión extraordinaria celebrada el 05/05/2021.

Contra este Auto cabe interponer recurso de reposición ante esta Sala en el plazo de cinco días a partir de su notificación

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA D^a ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA D^a CARMEN FRIGOLA CASTILLON, AMBAS INTEGRANTES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DE ESTE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, CONFORME AL ARTÍCULO 260 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, FRENTE AL AUTO RESOLVIENDO LA AUTORIZACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS N^o 203/2021.

Las Magistradas suscribientes de este voto particular manifestamos nuestro absoluto respeto al sentido del parecer mayoritario de esta Sala, plasmado en el Auto que precede, pero no podemos compartir ni la totalidad sus razonamientos jurídicos ni tampoco la integridad de la decisión que contiene, por las razones que a continuación se expondrán.

A los efectos de obtener una mayor claridad expositiva, diferenciaremos las distintas cuestiones que convergen en el análisis de la solicitud de autorización planteada a este Tribunal por el Govern de les Illes Balears, al amparo del artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

PRIMERO. Ámbito de la *cognitio* correspondiente a esta Sala.

Como esta Sala ya ha establecido en la Sentencia nº 82/2021, de 29 de enero, el ámbito de cognición en este procedimiento especial, preferente y sumario recogido en el artículo 122 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, tras la reforma producida por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, queda reducido, primero, al examen de la competencia del órgano que solicita la autorización o ratificación de la ejecutoriedad de las medidas aprobadas, restrictivas de derechos fundamentales, en aras de la salud pública, así como, segundo, a la necesidad y proporcionalidad de estas medidas en atención a los fines de preservación de la vida y salud de las personas. Únicamente el órgano judicial puede examinar estas cuestiones, ya que no se trata de una impugnación contra una decisión administrativa, sino la petición de las Administraciones Públicas para que los órganos judiciales den cobertura a la eficacia de las resoluciones sanitarias que afectan a los derechos básicos de las personas.

En consecuencia, la Sala debe efectuar un análisis de legalidad -que comprende la competencia y proporcionalidad- de las medidas sanitarias presentadas para su autorización, en ningún caso de oportunidad, cuya apreciación corresponde a las autoridades públicas correspondientes.

SEGUNDO. Maremágnum normativo y administrativo tras la constatación de la situación de emergencia provocada por la pandemia.

Desde mediados del mes de marzo de 2020, nos encontramos inmersos en una pandemia de ámbito mundial provocada por el COVID-19, declarada el día 11 de ese mes por el máximo organismo en la materia, la Organización Mundial de la Salud.

Esta situación extraordinaria y excepcional en la que se halla la sociedad actual en pleno siglo XXI, ha reclamado desde la constatación de la amplia difusión y rápida propagación de los sujetos infectados, la inmediata, coordinada y efectiva intervención y colaboración entre todos los poderes públicos implicados, en cuanto servidores de los intereses generales y garantes de los derechos básicos de las personas, especialmente la vida y la salud, a fin de prevenir y contener los contagios, obtener vías de curación efectivas, procurando evitar el colapso del sistema sanitario.

En el mes de marzo de 2020, la estupefacción e incertidumbre era global, ante las numerosas vidas humanas que quedaron en el camino, algunas de ellas sin poder siquiera ser atendidas en las clínicas y hospitales. Los infectados por este virus de espontánea aparición e incontrolable capacidad de dispersión se multiplicaban día a día, en un ambiente de contenida impotencia ante la incertidumbre acerca de su origen y evolución. Desde marzo de 2020, no cabe duda que todos y cada uno de los poderes públicos trataron de ejercer sus competencias constitucionalmente establecidas de la forma que el ordenamiento jurídico permitía, las condiciones extraordinarias reclamaban, el sentido común imponía y la sociedad en su conjunto precisaba. Y no podemos dejar de mencionar a la ciudadanía, la cual, durante esta prolongada situación extraordinaria, ha estado de la mano de las autoridades, cumpliendo las duras medidas que se han venido estableciendo, las cuales le han supuesto ya un prolongado sacrificio en sus derechos y libertades básicas.

Transcurrido más de un año desde el comienzo de la pandemia, en una visión retrospectiva, se puede afirmar que todos los agentes servidores de los intereses públicos, en una situación de emergencia sanitaria de gran calibre a nivel mundial, utilizaron los mecanismos que el ordenamiento jurídico prestaba a fin de acometer un conjunto de actuaciones en un ambiente de incertidumbre e indefinición inicial del modo de prevenir y atajar la expansión de los contagios. Y estas medidas implicaban inexorablemente la afectación a derechos y libertades fundamentales, recogidos en la sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, con el objetivo de poder salvar vidas humanas y preservar la salud de las personas.

En este escenario de excepción, de situación claramente fuera de lo normal, el Gobierno Español, de acuerdo con el artículo 116.2 de la Constitución y los artículos 1 al 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, decidió declarar el estado de alarma a nivel nacional mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el cual se fue sucesivamente prorrogando cada 15 días hasta su finalización el 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020, de 5 de junio), si bien ajustando la naturaleza y extensión de las medidas incluidas a los indicadores de la situación sanitaria.

Bajo el paraguas del estado de alarma, se adoptaron medidas de gran calado sobre los derechos fundamentales correspondientes a la población española, tales como limitación de las salidas y

entradas en los domicilios, presencia en las vías públicas, confinamientos por diámetro kilométrico, cierre de colegios, encuentros familiares y sociales, entre otras, las cuales afectaban a derechos y libertades constitucionalmente consagrados, tales como la intimidad personal y familiar (artículo 18.1), libre circulación (artículo 19), libertad de reunión y manifestación (artículo 21), en cuanto impusieron serias restricciones sobre el ejercicio de los mismos. A medida que los datos acerca de los contagios y de la descongestión del sistema sanitario iban mejorando, a finales de abril de 2020 el Consejo de Ministros aprobó un Plan de desescalada a fin de establecer pautas comunes a fin de adaptar las medidas sanitarias de carácter excepcional a las situaciones concretas de los territorios, contemplando un regreso paulatino a la normalidad.

Una vez expirado el estado de alarma a las 00'00 horas del día 21 de junio, el país, en general, y nuestra Comunidad Autónoma, en particular, se encontraba sometido a ciertas obligaciones sanitarias, tales como el uso de las mascarillas y mantenimiento de la distancia social. El Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por COVID-19, adoptó medidas preventivas mientras no fuera declarada oficialmente la finalización de la crisis sanitaria, dejando a las competencias de las comunidades autónomas el establecimiento de las mismas, y entre ellas, se contempló la posibilidad de acometer medidas en ámbitos espaciales delimitados. Así, el Govern de les Illes Balears, como autoridad sanitaria (artículo 45 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears) dictó el Acuerdo de 19 de junio de 2020, por el que se aprobó el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad.

En el marco de sus competencias, ante la evolución negativa de la pandemia en nuestras islas, percatada a finales del mes de agosto y principios de septiembre de 2020, el Consell de Govern, en su acuerdo de 7 de septiembre de 2020 (BOIB nº 154, de 7 de septiembre de 2020) habilitó a la Consellera para la adopción de medidas temporales y excepcionales para la contención de la COVID 19 en determinadas áreas geográficas.

En este momento de inexistencia del paraguas otorgado por la declaración de alarma, en cuanto a nuestra Comunidad Autónoma se refiere, ante la agravación de los indicadores de contagios

experimentada en determinadas áreas básicas de salud, la Consellera de Salut, haciendo uso de la delegación citada, decidió adoptar confinamientos perimetrales de ciertos barrios en el municipio de Palma (ABS Son Gotleu y ABS de Arquitecte Bennàzar), resoluciones que fueron ratificadas judicialmente al amparo del artículo 8-6 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en la redacción anterior a la modificación operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre), mediante sendos Autos dictados el 11 y el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma.

Se trataban de medidas adoptadas en el primer semestre transcurrido desde el comienzo de la situación de la emergencia sanitaria, las cuales se restringían a determinadas áreas geográficas en atención al elevado nivel de personas contagiadas y la presión de los centros de salud de la zona, como se permitía en el Acuerdo del Consell de Govern de 7 de septiembre de 2020, el mismo órgano que, ocho meses más tarde, en la misma situación de “normalidad” constitucional al desaparecer la excepción ínsita al estado de alarma, constando un nivel de riesgo medio y una incidencia acumulada estabilizada en Mallorca y nula en Formentera, desde nuestro punto de vista, da un paso de gigante y limita la libertad de movimientos y de reuniones privadas a todos los ciudadanos de las islas. Y lo hace cuando el proceso de vacunación se encuentra ya iniciado, existe un avance trascendente del estado de la ciencia acerca de la etiología del virus y las herramientas para prevenir sus contagios.

Evidente y afortunadamente, la situación en la actualidad resulta más alentadora para la vida y la salud de las personas que en el mes de marzo de 2020, y ello se pone de manifiesto en las respectivas Exposiciones de Motivos de las dos normas con rango de Ley que el legislativo y ejecutivo estatal han dictado en previsión del fin del estado de alarma, la Ley 2/2021 y el Real Decreto-Ley 8/2021, especialmente en la primera Ley citada, en la cual se relaciona la favorable evolución de la situación en nuestro país, distinguiendo entre situación de emergencia, la cual se estima finalizada, y la situación de crisis sanitaria, en la cual el poder legislativo aprecia que nos encontramos:

“A la vista de los distintos indicadores y parámetros examinados en relación con las capacidades estratégicas de asistencia sanitaria, vigilancia epidemiológica, contención de las fuentes de contagio y protección colectiva, el avance favorable en la contención de la pandemia

y de las cadenas de transmisión permite en el momento actual que, una vez expirada la vigencia de la última prórroga, y superadas todas las fases del proceso de desescalada, queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en todo el territorio nacional.

Sin embargo, la actual evolución favorable en la contención de la pandemia no exime a 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 que reconoce este artículo en su primer apartado.

Por ello, aunque los efectos de la pandemia han sido notablemente controlados gracias a las medidas de contención adoptadas, su naturaleza y evolución imprevisible, así como «el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes» y la «incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos» a los que alude el Tribunal Constitucional en su Auto de 30 de abril de 2020 (FJ 4), en relación con las formas de contagio y con la propagación del virus, aconsejan la adopción de una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, que permitan seguir haciendo frente y controlando la pandemia, una vez expire la vigencia del estado del alarma y decaigan las medidas derivadas de su adopción.

En este sentido, es esencial distinguir entre la expiración de las medidas limitativas de contención adoptadas durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas sucesivas para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, y la crisis sanitaria propiamente dicha, provocada por la pandemia, la cual subsiste, aunque notablemente atenuada en nuestro país, y cuya superación aún no ha sido oficialmente declarada ni en el ámbito nacional, ni en el internacional, por los organismos y autoridades competentes”.

Todas las anteriores afirmaciones las efectuamos desde el punto de vista de la proporcionalidad de las medidas aprobadas el 5 de mayo de 2021, no respecto a su eficacia. El Tribunal debe examinar si el nivel de presión que se impone sobre algunos de los derechos constitucionalmente consagrados resulta o no atemperado a los derechos básicos que se sostiene que se tratan de salvaguardar, esencialmente el derecho primigenio a la vida y a la salud, consagrados en el artículo 15 de la Norma Fundamental.

Finalmente, ya nos encontramos en el estado de alarma actual, y que finaliza el próximo 9 de mayo, el cual fue declarado mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021 mediante el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

Los poderes legislativo y ejecutivo estatales, ante la finalización de la situación excepcional, pero no de la crisis sanitaria, han regulado una serie de medidas sanitarias en la Ley 2/2021, de 29 de marzo (especialmente, el uso obligatorio de mascarillas en su artículo 6) y en el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo (debiendo destacar en su artículo 1 la referencia al control en la llegada de pasajeros internacionales).

TERCERO. Situación actual, previa al fin del estado de alarma. Nivel de riesgo medio, fases.

En su petición de autorización por este Tribunal, el Abogado de la CAIB se remite al informe emitido el 30 de abril de 2021 por el “Comité de Malalties Infeccioses” (aportado como Anexo II), en el cual se expone que, según los datos recopilados por el Servei d’Epidemiologia de la Direcció General de Salut Pública i Participació en los últimos 14 días, se ha alcanzado un nivel de riesgo medio en las islas de Mallorca, Menorca y Eivissa, presentando la incidencia acumulada (sobre 100.000 habitantes, en 14 días) una estabilización en la isla de Mallorca, mientras que sufre un incremento (de un 109 % en Menorca y un 57% en Eivissa durante el mes de abril de 2021. Por el contrario, en Formentera existen datos de incidencia acumulada 0, correspondiente con un nivel de riesgo de “nueva normalidad”. También se hace referencia, entre otras circunstancias empíricas, a la escasa tasa de inmunidad “natural” registrada en las Islas, al proceso paulatino de vacunación de sus habitantes, a la presencia de contagios por variantes del virus procedentes de otros países, mutaciones, y especialmente a que la mayoría de los 58 brotes epidémicos detectados en la última quincena resultan ser de procedencia socio-familiar, habiendo detectado 662 casos en la totalidad del archipiélago, 541 en Mallorca (81,75%), 71 en Eivissa (10,7%), 49 en Menorca (7,4%) y 1 caso en Formentera (0,2%).

Además de la justificación contenida en la parte expositiva del Acuerdo de 5 de mayo de 2021, amparada en el citado Informe del de 30 de abril de 2021, en el artículo Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de abril de 2021 por el que se establecen los niveles de alerta sanitaria por islas

que estarán vigentes en la comunidad autónoma de las Illes Balears, se establecen medidas excepcionales de prevención del contagio de la COVID-19 aplicables temporalmente a las islas y se introducen modificaciones puntuales en el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 27 de noviembre de 2020 (BOIB nº 54, de 24 de abril de 2021), se disponen los niveles de alerta sanitaria para cada una de las islas de la comunidad autónoma de las Illes Balears hasta el 9 de mayo de 2021:

Para la isla de Mallorca, el nivel de alerta sanitaria 2.

Para la isla de Menorca, el nivel de alerta sanitaria 1.

Para la isla de Eivissa, el nivel de alerta sanitaria 2.

Para la isla de Formentera, el nivel de alerta sanitaria 1.

CUARTO. Marco constitucional y legal para la adopción de medidas sanitarias que afecten a los derechos y libertades fundamentales.

En artículo 43 de la Constitución Española impone a los poderes públicos el deber de *“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”*.

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, precisa en su artículo 26 que:

"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 de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras 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."

Finalmente, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone que:

"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:

(..) b) La intervención de medios materiales o personales. (..) d) La suspensión del ejercicio de actividades.

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

En términos análogos y concordantes con la legislación básica, se pronuncian la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears (artículo 51), y la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears (artículo 49).

Como quiera que estas medidas preventivas que las autoridades públicas decidieran acometer a fin de garantizar la salud de todos, como determina el artículo 43.2 CE, pudiesen afectar al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas, hace más de treinta años se aprobó la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, la cual dispone en su artículo 1 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"*.

El presupuesto habilitante de estas medidas son las "razones sanitarias de urgencia o necesidad", y en concreto, en el artículo 3 se refiere a las que se pueden adoptar en el caso de enfermedades contagiosas, tales como puede derivarse de la infección por COVID-19, estableciendo que:

"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".

Este precepto ha sido el empleado por las diferentes autoridades sanitarias a fin de dar cobertura legal al abanico de medidas restrictivas que se adoptaron a lo largo y ancho del territorio nacional en el período en el cual no estuvo vigente el primer estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020, esto es, desde el 21 de junio de 2020 hasta el 25 de octubre de 2020. Basta acceder a los distintos Boletines Oficiales. Se aprobaron cuando la situación era de normalidad constitucional, pero con crisis sanitaria, como la que va a comenzar en nuestras Islas el 9 de mayo de 2021.

De conformidad con el artículo 8.6 LJCA, en la redacción anterior a la Ley 3/2020, la eficacia de estas medidas limitativas -individuales o colectivas- dependía de la autorización o ratificación otorgada por los Juzgados de lo Contencioso, y desde el 18 de septiembre de 2020, la decisión se hizo recaer sobre las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores en cuanto se tratase de medidas limitativas que afectasen a sujetos indeterminados.

Al margen de las diferentes posturas adoptadas por las Salas radicadas en las distintas Comunidades Autónomas, algunas de las cuales adoptaron una postura favorable a avalar las medidas mientras que otros Tribunales decidieron no otorgarles respaldo, es cierto que esta Sala en todas y cada una de las decisiones que ha tenido que adoptar en relación -directa o indirecta- con la habilitación de la ejecutoriedad de estas medidas sanitarias limitativas de derechos, especialmente confinamientos perimetrales aprobados antes de la declaración del segundo estado de alarma, ha considerado que las autoridades sanitarias de les Illes Balears actuaban de acuerdo con la normativa vigente y que las decisiones eran proporcionadas (véanse las resoluciones de este Tribunal dictadas en los procedimientos nº AP 347/2020, DDFD 529/2020, DDFD 557/2020, MSN 597/2020 y MSN 117/2021).

El razonamiento jurídico de estos Autos y Sentencias emitidos por este Tribunal descansaba en todos y cada uno de los preceptos constitucionales y legales arriba transcritos, atendiendo al estado de la situación de crisis sanitaria, así como efectuando una ponderación entre los derechos básicos implicados y puestos de manifiesto. En especial, respecto de las medidas de confinamiento perimetral de determinados barrios, se trataban de decisiones que afectaban a la

libertad de movimientos y de reunión, entre otros derechos fundamentales, pero en zonas acotadas perimetralmente en atención al elevado índice de contagios detectado. Constituían medidas con una extensión temporal, espacial y personal limitada, aprobadas en los meses de septiembre y primera mitad de octubre de 2020, cuando habían transcurrido seis meses desde la aparición casi súbita de la pandemia, la cual había puesto en jaque al sistema sanitario, debiendo hacer uso todos los operadores públicos de los mecanismos jurídicos de los cuales disponían por aquel entonces, básicamente la Ley Orgánica 3/1986, la cual notoriamente no constituye un cauce legal completo ni adecuado para poder contemplar con generalidad las decisiones que las autoridades sanitarias pueden acometer para que la actuación de contención y prevención de un acontecimiento como una pandemia pueda ser controlada y atajada, decisiones acerca de medidas que, por otro lado, en el primer estadio de la pandemia, no resultaban del todo conocidas. A pesar de ello, esta Ley Orgánica constituía el único recurso legislativo existente por aquel entonces, para poder habilitar las distintas medidas sanitarias limitativas que las administraciones sanitarias consideraban de necesaria o urgente adopción.

Ha transcurrido más de un año desde que se inició la crisis sanitaria, en la actualidad la situación es más favorable, esencialmente por el progreso en el sistema de vacunación y por el mayor grado de conocimiento acerca de la enfermedad, y no cabe duda que las autoridades sanitarias, desde hace un tiempo razonable, podemos hablar de varios meses, ya disponen de mecanismos e información científica para delimitar las medidas que se deben adoptar a fin de controlar la evolución de los contagios, sin perjuicio de que las circunstancias pudiesen ser cambiantes y estas decisiones debiesen adaptarse a las mismas.

El territorio español ha estado sumido en dos períodos temporales distintos al régimen de excepcionalidad que implica la declaración del estado de alarma, la cual se adoptó por el ejecutivo central al considerar que el país se encontraba en una situación de alteración grave de la normalidad, como se trata de una pandemia (artículo cuarto letra b).

A partir de una lectura de los artículos once y doce.uno de la Ley Orgánica 4/1981, unido al contenido de la Ley Orgánica 3/1986, las medidas sanitarias preventivas que limiten o restrinjan derechos fundamentales pueden adoptarse en el seno de una situación de estado de alarma, pero

no necesitan de la declaración de esta situación de excepcionalidad a fin de que puedan aprobarse por las autoridades sanitarias. No se tratan de circunstancias alternativas ni excluyentes.

Pero, una vez transcurrido un año desde la constatación de la pandemia, y coincidiendo las medidas sanitarias cuya autorización solicita el Govern, con las que les Illes Balears llevan cumpliendo desde el 25 de octubre de 2020, no consideramos que se traten de puras “medidas” puntuales en el tiempo y de adopción casi inmediata, sino que ya se insertan en un modo de actuación administrativa, además dirigida a la generalidad de las personas en les Illes Balears, que excede del concepto.

Los derechos a la vida y a la integridad física de los individuos, como ha sucedido en la situación sanitaria extraordinaria en la cual nos hallamos sumidos, reclaman el sacrificio de otros derechos fundamentales, como la libertad de movimientos, de circulación o de reunión.

Las medidas cuya autorización interesa de esta Sala el ejecutivo autonómico forman ya parte de un “modus operandi” previsible y de alcance general, que afecta a derechos y libertades fundamentales revestidas con la máxima protección constitucional. El sacrificio de los derechos de los ciudadanos reclama un exquisito celo en el cumplimiento del orden constitucional por parte de todos y cada uno de los poderes públicos. Nos encontramos en un estado de Derecho, y el fin debe ajustarse a los medios que otorga el ordenamiento jurídico.

Las medidas aprobadas por el Govern el 5 de mayo de 2021, se denominan “medidas”, pero en esencia engloban una serie de decisiones de alcance general que precisarían de una oportuna cobertura normativa más allá del artículo tercero 3 de la Ley Orgánica 3/1986, ya que si bien la indeterminación de su último inciso ha permitido la aprobación de medidas de contención hasta el momento, ello no implica que se pueda utilizar este recurso legal para establecer *de facto* una situación de emergencia, la cual debe declararse y gestionarse a través de los instrumentos previstos constitucionalmente.

Las medidas innominadas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 son decisiones extraordinarias inmediatas para controlar enfermedades contagiosas, no una pandemia, y ante la grave situación en la cual hemos estado sumidos, ha permitido sobrellevar la

adopción de medidas restrictivas y limitativas de derechos, en ausencia de una regulación más adecuada.

Pero no se pueden adoptar estas medidas sanitarias de forma prolongada, genérica e injustificada, ya que ello hace vislumbrar una excepcionalidad para la cual no están concebidas, teniendo en cuenta que su aplicación resulta inmediata, se desconoce si existe procedimiento y obviamente sus garantías de elaboración e impugnación son menores que otros cauces jurídicamente previstos. Resulta constitucionalmente inaceptable que formalmente se adopten medidas sanitarias, cuando en realidad encubren una situación de excepción, restringiendo los derechos y libertades fundamentales al margen de los instrumentos y garantías que la Constitución recoge.

Bajo este prisma analizaremos la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Govern.

QUINTO. Objeto sobre el que versa la solicitud de autorización por esta Sala. Medidas cuya autorización se solicita y medidas existentes antes del fin del estado de alarma. Proporcionalidad.

Una vez examinada la constitucionalidad y legalidad de la posibilidad de adopción de medidas sanitarias que afecten a derechos y libertades básicos de la totalidad de la población de la Comunidad Autónoma, concretamente les Illes Balears, a continuación abordaremos la proporcionalidad de las concretas medidas adoptadas por el Consell de Govern el 5 de mayo de 2021.

El Consell de Govern de les Illes Balears, en la sesión urgente y extraordinaria celebrada el 5 de mayo de 2021, ha aprobado un elenco de medidas de carácter sanitario, para cuyo despliegue de efectos se interesa la autorización judicial, las cuales se enmarcan en el escenario inmediato en el que se encontrarán les Illes Balears en el momento de la finalización del período del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, terminación prevista para el próximo día 9 de mayo de 2021, a las 00:00 horas.

Ante el eminente fin de la cobertura jurídica que otorga la declaración del estado de alarma, el Ejecutivo Autonómico sustenta en este acuerdo que, en aras de la salud, colectiva resulta imprescindible seguir una “hoja de ruta” basada, primero, la necesidad de mantener tanto una serie de medidas preventivas y de contención de los contagios, de acuerdo con la Ley 2/2021 de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, entre las cuales se incluyen el mantenimiento de uso de mascarillas, si bien nada indica acerca de la distancia social; segundo, el mantenimiento de algunas de las restricciones contenidas en el Real Decreto por el cual se acordó el estado de alarma en octubre de 2020, al menos durante el período de tiempo que se realiza la vacunación de la población de más de 50 años, al haberse demostrado como el núcleo más vulnerable a la COVID-19.

Como veremos, estas medidas reproducen en esencia las ya vigentes actualmente, en pleno estado de alarma a punto de fenecer, contempladas en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 926/2020 y adaptadas a la Comunidad Autónoma de les Illes Balears mediante diferentes Acuerdos del Consell de Govern y Decretos dictados por su Presidenta, actuando por delegación del Gobierno de España.

En este Acuerdo del Consell de Govern del día 5 de mayo de 2021 se incluyen una serie de medidas que, sin duda alguna, afectan a determinados derechos y libertades fundamentales de las personas, limitándolos, tales como el derecho a la libertad (artículo 17.1), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1), el derecho a la libre circulación (artículo 19) y el derecho a la libertad religiosa (artículo 16).

Este conjunto de medidas aprobadas en aras de la salud pública, a aplicar en todo el territorio Balear y para todas las personas que se encuentran en el mismo desde el día 9 al 23 de mayo de 2021, cuyo análisis efectuaremos por separado, son las que se relacionan:

1) En el apartado segundo se determinan las condiciones en las cuales se permite la circulación de las personas en horario nocturno, coloquialmente conocido como “toque de queda”, fijado entre las 23 horas y las 6 horas, durante las cuales todas las personas verán limitada su libertad de

circulación consagrada en el artículo 19 CE, al admitir exclusivamente los desplazamientos y la circulación por las vías públicas en los supuestos que se señalan.

La declaración del estado de alarma efectuada por el Real Decreto 926/2020, impone en su artículo 5, con determinadas excepciones, la limitación de la libertad de deambulación y circulación de las personas en horario nocturno durante el lapso temporal comprendido entre las 23.00 y las 6.00 horas, permitiendo la modulación condicionada de esta franja horaria en los distintos territorios, con una serie de mínimos y máximos (entre las 22 y 00 horas; entre las 5 y las 7 horas).

Los términos de esta medida a aplicar una vez finalizado el estado de alarma, coincide con los límites actualmente vigentes, los cuales, a día de hoy, se encuentran recogidos en el Decret 34/2021, de 23 de abril, de la Presidenta de las Illes Balears, por el que se establecen medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19 en todas las Illes Balears, al amparo de la declaración del estado de alarma (BOIB nº 54, de 24 de abril de 2021).

Debemos recordar que, en el mes de septiembre de 2020, en situación de crisis sanitaria pero de normalidad constitucional, al no estar ya vigente el estado de alarma, el Consell de Govern habilitó a la Consellera de Salut para que, en atención a la gravedad de las circunstancias, adoptase medidas sanitarias que pudiesen incluir la limitación de movimientos de entrada y salida, pero restringida a ciertas zonas donde la situación de contagios provocaba una saturación de los centros sanitarios.

Así, en el Acuerdo del Govern de 7 de septiembre de 2020, con una situación de riesgo e incidencia semejante a la actual, el ejecutivo autonómico aprobó:

“Primero. Disponer que, cuando la situación epidemiológica de una isla, un término municipal o agrupación de estos, un núcleo de población o una zona urbana perimetralmente determinada, presente de conformidad con los estudios epidemiológicos realizados una situación de transmisión comunitaria del SARS-CoV-2, se adopten, con carácter temporal y eficacia geográfica limitada en aquel espacio geográfico, medidas de control y limitación de oportunos derechos, especiales y reforzadas, para contener esta transmisión.

Segundo. Disponer que, con carácter enunciativo y no limitativo, las medidas concretas a las que hace referencia el punto precedente pueden abarcar:

Restricciones totales o parciales de la libre entrada y salida de personas en la concreta zona salvo motivos justificados.

Limitaciones de la circulación y la permanencia por las vías y espacios de uso público.

Limitaciones o prohibiciones específicas de contactos y reuniones sociales fuera del grupo de convivencia habitual.

Suspensión o limitación de la capacidad, horarios y tipos de actividad de establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público, así como de establecimientos de restauración.

Suspensión o limitación de la capacidad y de los horarios de actividad de lugares de culto.

Suspensión de fiestas, atracciones de feria y fiestas populares.

Suspensión de actividades culturales y deportivas.

Suspensión o limitación de actividades en academias, autoescuelas, centros de enseñanzas no regladas y centros de formación.

Suspensión o limitación de actividades en centros, de prestaciones técnicas en materia de servicios sociales, así como en el régimen de visitas y salidas a los servicios sociales de tipo residencial.

Suspensión o limitación de otros eventos y actividades de carácter multitudinario que puedan ocasionar aglomeraciones de personas.

Otras medidas similares a las anteriormente relacionadas que se consideren imprescindibles en atención a la situación epidemiológica de las zonas afectadas.

En la actualidad, se ha acordado limitar a toda la población la libertad de circulación en una franja horaria nocturna, cuando no se ha demostrado que el “toque de queda” sea la única forma de evitar aglomeraciones y posibles contagios, cuando restringe durante siete horas diarias el ejercicio de un derecho fundamental, el del artículo 19 CE. Esta restricción horaria a la libertad de movimientos de las personas se acomoda esencialmente con la hora de cierre máxima establecida por las autoridades sanitarias a los establecimientos de hostelería y de ocio. Se va a obligar a todos los ciudadanos a no desplazarse ni circular por la vía pública desde las 23 a las 6 horas, cuando quizás se pueden delimitar las zonas de mayor incidencia acumulada o donde se

detecta una mayor presión hospitalaria a fin de imponer esta limitación, pero con carácter más delimitado en el espacio y afectando a menos individuos. En Formentera, por ejemplo, la incidencia acumulada es prácticamente nula, y se mantiene esta medida restrictiva de la libertad circulatoria.

Consideramos que el mantenimiento de la limitación del artículo 19 de la Constitución, en los términos planteados, resulta desproporcionado e injustificado, al implicar un sacrificio del derecho fundamental de toda la población sin motivar que constituya el único recurso eficaz para la contención de las infecciones, cuando no se han contemplado, como sí se realizó en otras ocasiones recientes, otras alternativas menos drásticas que pudiesen conllevar el mismo resultado, tales como los confinamientos perimetrales de la zona de Son Gotleu y de Arquitecto Bennàzar decretados en el mes de septiembre de 2020, y autorizados judicialmente, cuando en ese momento el proceso de vacunación no había comenzado y el conocimiento acerca de las causas de propagación y medios de prevención era de alcance menor que el que dispone la ciencia en estos momentos.

Por ello, procedería denegar la autorización.

2) En el apartado tercero se fijan las condiciones para la entrada en les Illes Balears de personas procedentes del resto de comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las cuales afectan a la libre circulación en España, prevista en el artículo 19 CE.

La limitación de entrada y salida de las comunidades autónomas y ciudades autónomas, salvo motivos tasados, se incluyen como medidas de excepción en el artículo 6 del Real Decreto 926/2020.

En el momento actual, las limitaciones de entrada de viajeros procedentes, por vía aérea o marítima, provenientes de otros puntos del territorio nacional se incluyen en el Decret 33/2021, de 9 de abril, de la Presidenta de les Illes Balears (BOIB nº 48, de 10 de abril de 2021), en cuanto modifica el Decret 21/2020, de 14 de diciembre, de la Presidenta de les Illes Balears (BOIB nº 209, de 15 de diciembre de 2020).

Las medidas cuya autorización se interesa no solo consisten en la posibilidad de efectuar controles sanitarios en puertos y aeropuertos - como se indica en la solicitud presentada a este Tribunal- sino que de su tenor literal se desprende que, para los supuestos de personas cuyo viaje proceda de cualquier punto del territorio español, la entrada en les Illes Balears se permite solo en supuestos tasados, y en cuanto la llegada no se inserte en estas causas justificadas, se modifica el régimen de las pruebas diagnósticas precisas y se somete al régimen sancionador específico recogido en el Decret Llei 11/2020, de 10 de julio. Podemos afirmar que la entrada en las Islas indirectamente se restringe a los viajeros procedentes de cualquier otro punto de España, sometiéndolos a causas que no se exigen para las personas procedentes de otros países.

En el acuerdo tercero adoptado por el Consell de Govern el 5 de mayo de 2021, se señalan claramente determinadas causas para permitir la entrada en les Illes Balears a personas procedentes de otros puertos y aeropuertos españoles, y en cuanto el viaje no se subsuma en esta justificación, se altera la regla acerca de la necesaria prueba diagnóstica del virus, transformándose en una exigencia previa de carácter sancionable.

Este no es el tratamiento normativo por los viajeros internacionales, de acuerdo con la Resolución de 11 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Salud Pública (BOE nº 298, de 12 de noviembre de 2020), en ejecución de la previsión contenida en la disposición adicional sexta, referida al control sanitario de los pasajeros internacionales, del Real Decreto Ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. El artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y la disposición adicional segunda de la Ley 2/2021, de 29 de marzo se refieren al sistema de control sanitario de los pasajeros internacionales.

Se hace de peor condición al viajero que procede de España, al fijar motivos tasados para entrar en las Islas, que el que comenzó el viaje desde un país extranjero, al cual ni el Estado (en ejercicio de sus competencias previstas en el artículo 149.1.20 CE) ni por consiguiente el Govern le establece causa alguna para permitir su entrada, constituyendo esta diferencia de trato injustificada una discriminación en toda regla que este Tribunal no debe permitir, en aras de la

tutela de la igualdad de las personas proclamada en el artículo 14 de la Constitución y de la libertad de circulación consagrada en el artículo 19 de la Norma Fundamental.

Esta medida sanitaria es discriminatoria y desproporcionada, en cuanto vulnera el derecho a la igualdad de trato y a la libertad de circulación, no resultando justificada por los motivos de contención de la pandemia que el Govern señala en su solicitud, ya que, si se trata de evitar la proliferación de aglomeraciones para evitar contagios, se produce igual riesgo con la llegada de turismo nacional que con el procedente del extranjero, cuando se someten a controles sanitarios, sin que se haya acreditado que el régimen de entrada sea diferente ante la existencia de circunstancias que lo justifiquen.

Si no se observan estas pautas coercitivas, el acuerdo sexto somete el incumplimiento al régimen sancionador específico previsto en el Decret-Llei 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para afrontar los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19.

Si bien no se prohíbe de forma expresa la entrada injustificada en les Illes Balears desde otras partes del territorio español, sí se hace de forma indirecta, por lo que resulta una medida desproporcionada y desigual que no puede ser autorizada, discriminación que ha sido puesto de relieve por la propia Comisión Europea al Estado Español.

3) Las condiciones en las que podrán llevarse a cabo reuniones y encuentros familiares y sociales se contemplan en el apartado cuarto, con el mismo contenido que en el Decret de la Presidenta del Govern aprobado el 23 de abril del 2021 y en el artículo 7 del Real Decreto 926/2020. Únicamente se permiten las reuniones y encuentros familiares y sociales de un máximo de seis personas en el interior o en el exterior, tanto en espacios públicos como privados. En el interior únicamente se permiten reuniones, como máximo, de dos núcleos de convivencia.

Estas medidas afectan, en cuanto a los encuentros privados, a los derechos fundamentales a la libertad (artículo 17.1 CE) y a la intimidad personal y familiar (18.1 CE); respecto a las reuniones y encuentros públicos, al derecho de reunión previsto en el artículo 21 de la Norma Fundamental.

No cabe duda que la limitación de las concentraciones de personas en espacios y lugares públicos constituye una medida proporcionada a la finalidad de prevención y contención de los contagios, además de que las autoridades públicas competentes en cada caso, especialmente la municipal, ostentan competencias que inciden en el control de las vías y lugares de uso público, por lo que las decisiones sanitarias que se han adoptado a fin de restringir el número de personas concentradas en encuentros que se producen en el exterior, resultan proporcionadas a los fines perseguidos, en cuanto restringen el derecho fundamental del artículo 21.1 CE de forma adecuada a la finalidad perseguida, permitiendo su ejercicio en cuanto no incide en los derechos a la salud de los demás, ya que al desenvolverse estas reuniones en espacios públicos, no solo conlleva un riesgo para quienes participan en ellas, sino también a quienes los rodean. La autorización de la medida resulta procedente.

Por lo que respecta a las reuniones y encuentros privados, esto es, los que se desarrollan en espacios cerrados de titularidad particular, especialmente en domicilios, se restringe a un total de 6 personas y a 2 núcleos de convivencia. Resulta evidente la afectación al derecho a la intimidad personal y familiar que produce esta medida, máxime cuando se limitan las personas y su procedencia, sin justificarse la razón de este número y de los grupos convivientes que contempla, cuando en otras ocasiones, cuando la situación de crisis sanitaria carecía del progreso científico y de medios actual, el Govern Balear consentía reuniones en interiores de hasta 10 personas, como en la Resolución adoptada por la Consellera de Salut el 28 de agosto de 2020, por la que se modifican medidas concretas del Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020 (BOIB nº 149, de 28 de agosto), sin limitar núcleos de convivencia.

Los requisitos impuestos para poder desarrollar encuentros y reuniones en espacios privados resultan injustificados, considerando que limitan en exceso el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, así como el de reunión, por lo que no debían autorizarse estas medidas.

4) El apartado quinto determina las condiciones para las celebraciones o la permanencia de personas en lugares de culto, con especial referencia a la celebración del Ramadán, estableciendo

un aforo del 50% y distancia personal de 1'5 metros entre no convivientes, al igual que se recoge el punto 4 del Decreto de la Presidenta del Govern de fecha 23 de abril de 2021, en aplicación del artículo 8 del Real Decreto 926/2020.

Esta medida limitativa de la libertad religiosa y de culto proclamada en el artículo 16 de la Constitución, en cuanto permite el ejercicio del derecho a acudir y practicar los actos de fe en los edificios y centros religiosos, acotando el número de personas con posible presencia en su interior y la obligación de procurar el mantenimiento de la distancia interpersonal de un metro y medio, se aprecia como atemperada a fin perseguido de evitar las infecciones en lugares accesibles al público, pero se realiza de forma que se permite el ejercicio del derecho para las personas que lo deseen, ajustando esta libertad a unas condiciones que eviten potenciales aglomeraciones con riesgo para la salud y la vida de los demás, por lo que el criterio mayoritario de la Sala nos parece acertado.

SEXTO. En atención a las consideraciones expuestas, las Magistradas suscribientes del voto particular estimamos que se debió denegar la autorización a las medidas que determinan las condiciones en las cuales se permite la circulación de las personas en horario nocturno (apartado segundo), a las medidas que fijan las condiciones para la entrada en les Illes Balears de personas procedentes del resto de comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla (apartado tercero) y a las medidas relativas a las condiciones en las que podrán llevarse a cabo reuniones y encuentros familiares y sociales (apartado cuarto), en cuanto se refiere a espacios y ámbitos privados.

En la Ciudad de Palma, a 7 de mayo de 2021.

Así lo acordaron y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, anotados al margen.