

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Cuarta**  
**Sentencia núm. 788/2021**

Fecha de sentencia: 03/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3704/2021

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina  
López

Transcrito por: RBA

Nota:

Resumen

Solicitud de ratificación judicial de medidas sanitarias con arreglo al art. 10.8 de la LJCA. Toque de queda y número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales. Islas Baleares. Art. 3 de la Ley 3/1986: justificación del carácter indispensable de la restricción.

R. CASACION núm.: 3704/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina  
López

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Cuarta**  
**Sentencia núm. 788/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 3 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3704/2021, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto núm. 167/2021, de 20 de mayo, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el procedimiento núm. 226/2021 que denegó la ratificación de parte de las medidas aprobadas por acuerdo del Gobierno de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de mayo de 2021 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó en el procedimiento núm. 226/2021 auto que contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

«[...] Por todo ello, las Magistradas suscribientes entendemos que debió denegarse las medidas que determinan las condiciones en las cuales se permite la circulación de las personas en horario nocturno (apartado segundo), 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 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.[...].».

**SEGUNDO.-** Notificado el anterior auto, el Ministerio Fiscal, presentó con fecha 25 de mayo de 2021 escrito de recurso de casación, en el que interesa a la Sala:

«[...] EL FISCAL, considera que PROCEDE ESTIMAR, en los términos ya expresados, el presente recurso de casación, anulando el Auto de instancia, de fecha 20 de mayo de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, fijando la doctrina jurisprudencial que ut supra se ha expresado; así como revocar la autorización para la adopción, por parte de la Comunidad Autónoma de las Islas Balares, exclusivamente ente de las medidas de restricción de la circulación de personas en horario nocturno y de reunión de un número máximo de personas en espacios privados. Manteniendo la autorización de las medidas relativas a la entrada de personas en las Islas Baleares y a la asistencia a cultos religiosos que consideramos ajustadas a Derecho.[...].».

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2021, se tuvo por interpuesto y admitido a trámite el recurso de casación, confiriéndose traslado a la Comunidad Autónoma de las Islas

Baleares para alegaciones por plazo de tres días. Trámite evacuado por escrito del Abogado de dicha Comunidad, registrado el 31 de mayo de 2021 en el que, solicitó a la Sala:

«[...] Que teniendo por presentado ese escrito, lo admita y tenga por formalizadas las correspondientes ALEGACIONES en oposición al Recurso de Casación interpuesto de adverso y que, en su día, dicte SENTENCIA por la que se INADMITA el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal o, subsidiariamente lo DESESTIME en su integridad, declarando no haber lugar a la fijación de la “doctrina” propuesta de adverso.[...]».

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 2021, se pasaron las actuaciones al ponente Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez para resolver.

**QUINTO.-** El día 1 de junio del 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 20 de mayo de 2021.

Los antecedentes del asunto son como sigue. Mediante acuerdo de 17 de mayo de 2021, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares modificó las medidas excepcionales para contener la pandemia de Covid-19 previamente adoptadas mediante acuerdo de 5 de mayo de 2021. El nuevo acuerdo, llamado a surtir efecto en el período comprendido entre el 23 de mayo y el 6 de junio del presente año, dejó las medidas configuradas del siguiente modo: A) Prohibió la circulación por vías públicas («toque de queda») entre las 24 y las 6 horas, con determinadas excepciones (asistencia sanitaria, desplazamientos laborales, cuidado de personas dependientes, etc.). B) Estableció condiciones y controles para la entrada en el territorio balear de

personas provenientes de otros lugares del territorio nacional. C) Fijó en seis el número máximo de personas en reuniones familiares y sociales en espacios interiores, y en ocho en espacios abiertos, de nuevo con ciertas excepciones (actividades laborales, institucionales, docentes, etc.). D) Limitó al 50 % el aforo en lugares de culto cerrados.

Este acuerdo de 17 de mayo de 2021 va precedido de un extenso preámbulo, donde se exponen las normas que le dan cobertura y las razones que justifican las medidas adoptadas. En lo atinente a la cobertura o fundamento normativo, por lo que ahora específicamente importa, el preámbulo afirma que:

«[...] la adopción y prórroga de medidas que puedan suponer la restricción de derechos fundamentales o libertades públicas se soporta en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública [...]. Y, para el caso concreto de enfermedades transmisibles, el artículo 3 dispone que, con el fin de controlarlas, la autoridad sanitaria, además de desarrollar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con estos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.[...]».

Por lo que se refiere a la justificación sustantiva de las medidas adoptadas, el preámbulo se basa en información procedente del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública y Participación y, tras exponer la situación epidemiológica en distintos lugares de la Comunidad Autónoma, considera que, si bien los datos no son de riesgo extremo, es aconsejable restringir la movilidad y los encuentros a fin de que las condiciones continúen mejorando.

**SEGUNDO.-** El Consejo de Gobierno solicitó la ratificación judicial de las mencionadas medidas, tal como ordena el art. 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras la modificación introducida por la Ley 3/2020. La ratificación fue otorgada por el auto ahora impugnado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares considera que, una vez que el 9 de mayo pasado finalizó el estado

de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, recupera su plena eficacia el «derecho ordinario». Y a este respecto indica que la limitación de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no ha de encontrar cobertura necesariamente en la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, sino que puede hacerse también con base en el referido «derecho ordinario»; y ello con independencia de si tal limitación de derechos fundamentales debe apoyarse siempre y necesariamente en las previsiones de una ley orgánica, o si puede fundarse también en leyes ordinarias. Una vez dicho esto, afirma sumariamente que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, proporciona cobertura o fundamento normativo suficiente para que las autoridades sanitarias autonómicas, en el ejercicio de sus competencias, impongan las limitaciones de derechos fundamentales necesarias para combatir la pandemia.

En cuanto a la justificación sustantiva de las medidas adoptadas, la referida Sala de instancia no hace un análisis detallado de las mismas en relación con la situación epidemiológica, sino que se remite escuetamente a las conclusiones de un informe del Comité de Malalties Infeccioses de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Éste aconseja mantener el distanciamiento social mientras se alcanza la inmunidad de grupo; limitar la movilidad no esencial, siguiendo el ejemplo de Francia y Alemania; disminuir la presencia de personas en espacios cerrados; y restringir la movilidad en el horario nocturno. Con base en estas consideraciones, la Sala de instancia considera que debe prevalecer la prudencia, invocando el principio de precaución.

El auto impugnado va acompañado de un voto particular, formulado por dos Magistradas. En sustancia, éstas concuerdan en que la restricción o limitación de derechos fundamentales en el marco de la contención de la pandemia puede hacerse al margen del estado de alarma; pero sostienen que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es una norma excesivamente genérica y, por tanto, insuficiente, para dar cobertura a las medidas aquí examinadas. A ello añaden un pormenorizado análisis de la situación epidemiológica en que

se dictó el acuerdo sometido a ratificación judicial, concluyendo que las medidas en él contenidas son excesivas e injustificadas.

**TERCERO.-** Contra el referido auto de 20 de mayo de 2021, por el que la Sala de instancia ratificó las medidas sanitarias adoptadas mediante el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2021, el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación al amparo del art. 87 ter de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, recientemente introducido por el Real Decreto-Ley 8/2021.

El Ministerio Fiscal comienza acreditando, de manera breve pero clara, el cumplimiento de los requisitos reglados del recurso de casación, relativos al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución. Identifica las normas que estima infringidas por el auto impugnado y afirma que este recurso de casación presenta interés casacional objetivo a fin de aclarar la siguiente cuestión:

«[...] si las Comunidades Autónomas, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, pueden adoptar al amparo de la LO 3/1986, de 14 de abril (LOMESP); de la Ley 14/1986, de 25 de abril (LGS) y de la Ley 33/2011, de 4 de octubre (LGSP); medidas sanitarias que puedan suponer una limitación de derechos fundamentales y que no se encuentran vinculadas a una concreta persona enferma y a su entorno inmediato, sino que se extienden a toda la población, o si por el contrario es precisa la previa declaración del estado de alarma para que, en concreto, se pueda ordenar una restricción de la movilidad nocturna y/o una limitación del número de personas que puedan reunirse en espacios privados.[...]».

Una vez identificada la cuestión de interés casacional objetivo, el Ministerio Fiscal precisa que su impugnación se refiere únicamente a la ratificación judicial del llamado «toque de queda» nocturno y del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales; no a las otras medidas. Razona que las medidas contestadas inciden en la libertad de circulación y en el derecho a la intimidad familiar, proclamados respectivamente por los arts. 19 y 18 de la Constitución y observa que, si para establecer limitaciones semejantes se consideró necesario aprobar el estado de alarma, no cabe una vez finalizado éste prolongarlas o reiterarlas sobre la

sola base de la legislación sanitaria. En otras palabras, entiende que el «derecho ordinario» de que habla la Sala de instancia, incluido el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, no proporcionan la cobertura normativa constitucionalmente exigible para imponer el «toque de queda» nocturno o un número máximo de personas en reuniones familiares y sociales.

Además de este reproche de falta de suficiente cobertura o fundamento normativo, afirma el Ministerio Fiscal -en la misma línea que las Magistradas discrepantes- que las medidas contestadas no superan el juicio de proporcionalidad a la vista de la situación epidemiológica. Añade que la limitación de la movilidad nocturna habría podido lograrse por medios menos invasivos, tales como el adelanto de la hora de cierre de establecimientos no esenciales; y que el control de la observancia del número máximo de personas reunidas en domicilios particulares es prácticamente imposible, de manera que la medida resulta innecesaria.

**CUARTO.-** El Abogado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ha sido oído. En sus alegaciones dice, de entrada, que el recurrente no ha hecho el debido juicio de relevancia sobre las normas que se dicen infringidas, ni ha formulado correctamente la cuestión de interés casacional objetivo.

Una vez cuestionada la corrección formal del recurso de casación del Ministerio Fiscal -cuya legitimación, por cierto, no niega- el resto de las alegaciones tienen como punto central sostener que todos los problemas jurídicos inherentes a la adopción de medidas sanitarias por las Comunidades Autónomas en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 han sido ya resueltos por esta Sala en la reciente sentencia nº 719/2021, de 24 de mayo pasado.

En este orden de ideas, el Abogado de la Comunidad Autónoma esgrime dos argumentos. Uno es que, según la mencionada sentencia, cualquier limitación de derechos fundamentales necesaria para combatir la pandemia puede ser impuesta por la Administración autonómica, en el

ejercicio de sus competencias en la materia, con base en la legislación sanitaria; es decir, la Ley Orgánica 3/1986, junto con la Ley 14/1986 y la Ley 33/2011.

El otro argumento del Abogado de la Comunidad Autónoma es que, siempre con arreglo a nuestra sentencia nº 719/2021, el control que deben hacer las Salas de lo Contencioso-Administrativo a la hora de otorgar o denegar la ratificación de medidas sanitarias prevista en el art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional, es limitado y debe ceñirse únicamente a: examinar la competencia de la Administración actuante, la invocación de las normas legales que confieren la específica habilitación, la identificación del peligro grave, y la extensión subjetiva, espacial y temporal de las medidas. De aquí infiere que, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, no debía la Sala de instancia extender el examen de las medidas más allá de ese punto. En línea con esto, no entra propiamente el Abogado de la Comunidad Autónoma en el debate sobre la justificación de las medidas adoptadas en relación con las concretas circunstancias, recordando que los peligros son notorios.

**QUINTO.-** Abordando ya la cuestión planteada, es conveniente comenzar analizando las objeciones formuladas por el Abogado de la Comunidad Autónoma. Esta Sala, tal como quedó apuntado más arriba, entiende que el recurso de casación del Ministerio Fiscal reúne los requisitos formales, pues identifica la relevancia para la resolución del asunto de las normas que reputa infringidas y precisa la cuestión que presenta interés casacional objetivo. Los elementos legalmente exigidos para preparar e interponer el recurso de casación han sido suficientemente satisfechos.

Sentado lo anterior, es preciso referirse a las dos líneas argumentativas del Abogado de la Comunidad Autónoma. Así, es cierto que nuestra sentencia nº 719/2021 ha establecido ya algunos criterios básicos que deben guiar la interpretación y aplicación de la función atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo por el art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional, introducido por la Ley 3/2020. La sentencia nº 719/2021, más en concreto, despeja ya

algunas dudas sobre la posibilidad de que, siempre en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19, las Comunidades Autónomas adopten medidas sanitarias que supongan una restricción o limitación de derechos fundamentales. Ahora bien, la sentencia nº 719/2021 no ha resuelto todos los posibles problemas atinentes a la restricción o limitación de derechos fundamentales en el mencionado contexto, entre otras razones, porque -como ella misma indica- el tema entonces debatido era la limitación de viajes entre islas en la Comunidad Autónoma de Canarias. Otras medidas y otros derechos fundamentales pueden suscitar dificultades entonces no abordadas y, por consiguiente, conducir a esta Sala a desarrollar y precisar los criterios básicos establecidos en la referida sentencia nº 719/2021. No es correcto, así, afirmar que el presente recurso de casación no pueda añadir nada, desde un punto de vista jurisprudencial, a lo dicho en aquella ocasión.

También debe rechazarse la afirmación de que la Sala de instancia no debía ir más allá de un control de la competencia de la Administración actuante, la invocación de las normas habilitantes, la identificación del peligro y el ámbito de aplicación (subjeto, espacial y temporal) de las medidas. Ciertamente, la sentencia nº 719/2021 dice que esos extremos deben ser controlados a la hora de ejercer la función prevista en el art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional. Pero esto lo dice en un determinado contexto, a saber: para dejar claro que la ratificación judicial de naturaleza preventiva contemplada en el mencionado precepto legal no excluye la posibilidad de que cualquier persona que ostente un interés legítimo pueda después impugnar las medidas sanitarias judicialmente ratificadas mediante el recurso contencioso-administrativo. En otras palabras, el control judicial preventivo no es un examen exhaustivo de la legalidad de la actuación, ni por supuesto cercena el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier persona afectada por las medidas ratificadas.

Por ello, no conviene sacar esa importante indicación de la sentencia nº 719/2021 fuera del contexto en que se hizo; y ello porque puede conducir al equívoco de pensar, como sugiere el Abogado de la Comunidad Autónoma, que la función prevista en el art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional queda

circunscrita a un control preventivo predominantemente -cuando no exclusivamente- de la legalidad externa o formal de las medidas sanitarias adoptadas. Dicho de otro modo, la sentencia nº 719/2021 no dice que ese control preventivo no deba versar también sobre la justificación sustantiva y la proporcionalidad de las medidas sanitarias, por supuesto en relación con las circunstancias del caso concreto. Más bien dice lo contrario.

**SEXTO.-** Una vez despejadas las anteriores objeciones, cabe ya examinar la cuestión de interés casacional objetivo suscitada por el Ministerio Fiscal. A decir verdad, la cuestión consta de dos partes: la primera es si la restricción de derechos fundamentales impuesta por medidas sanitarias en la lucha contra la pandemia sólo puede hacerse al amparo del estado de alarma; y la segunda, naturalmente para el supuesto de que la respuesta a lo anterior sea negativa, si la legislación ordinaria -incluido el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986- da cobertura o fundamento normativo suficiente para restricciones de derechos fundamentales de personas distintas de los enfermos y de su entorno inmediato, de manera que puedan afectar a toda la colectividad.

Comenzando por la primera parte de la cuestión, de nuestra sentencia nº 719/2021 ya se desprende que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma. Entonces se dijo que, al menos en ciertos supuestos, la legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente. No es ocioso, sin embargo, dar algunas explicaciones sobre este punto. Que el Gobierno y el Congreso de los Diputados considerasen necesario, en marzo de 2020 y en octubre de 2021, declarar el estado de alarma y que con base en el mismo se restringieran determinados derechos fundamentales no significa que, una vez levantado el estado de alarma, no exista ninguna base constitucionalmente idónea para adoptar medidas sanitarias de lucha contra la pandemia que restrinjan algunos derechos fundamentales. No corresponde ahora a esta Sala valorar la conveniencia de la declaración del estado de alarma, en particular como medio apto para la restricción de derechos fundamentales; pero el hecho de que las instituciones políticas del Estado lo reputasen entonces necesario para ese fin

no puede entenderse como imposibilidad de restricción de derechos fundamentales mediante medios normativos ordinarios, como son la ley orgánica y, en su caso, la ley ordinaria. Y, desde luego, esa opción de las instituciones políticas del Estado no puede reputarse jurídicamente vinculante para los tribunales a la hora de dilucidar cuál es el fundamento normativo constitucionalmente requerido para las restricciones de derechos fundamentales.

La restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general. La restricción de derechos fundamentales -y más aún su suspensión- en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra, como es sabido, en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I.

Con esto queda respondida la primera parte de la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el Ministerio Fiscal.

**SÉPTIMO.-** La segunda parte de la cuestión, una vez aclarado que cabe la restricción o limitación de derechos fundamentales en la lucha contra la pandemia del Covid-19 sin necesidad del estado de alarma, tiene que ver con la idoneidad de la vigente legislación sanitaria para dar cobertura o fundamento normativo a tales restricciones.

A este respecto debe recordarse, ante todo, algo que ya se expuso con claridad en nuestra sentencia nº 719/2021: la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo.

Así las cosas, la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación.

No está de más observar, llegados a este punto, que las restricciones de derechos fundamentales consideradas en el presente recurso de casación son bastante distintas de las que dieron lugar a nuestra sentencia nº 719/2021. Entonces se trataba de la limitación de los viajes entre islas, mientras que ahora se trata del «toque de queda» entre las 24 y las 6 horas para toda la población de la correspondiente Comunidad Autónoma y de un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales. Así, los derechos fundamentales no son exactamente los mismos: allí era únicamente la libertad de circulación en el territorio nacional (art. 19 de la Constitución), mientras que aquí están en juego también los derechos a la intimidad familiar y -aunque el Ministerio Fiscal no lo mencione- el derecho de reunión (arts. 18 y 21 de la Constitución). Además, por lo que hace específicamente al llamado «toque de queda» probablemente está en juego algo más que la libertad de circulación, pues no es lo mismo prohibir desplazarse entre dos lugares determinados que obligar a todos a permanecer en su domicilio durante ciertas horas: esto último impide desplazarse a cualquier parte. Con todo ello quiere ponerse de relieve que la intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales) no son equiparables en una limitación de viajes entre islas y

en el «toque de queda», por no hablar del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales: estas últimas restricciones son considerablemente más intensas y extensas. Ello, como se verá, tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, como la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.

En línea con cuanto queda expuesto, esta Sala entiende que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible.

Pues bien, actualmente la única norma con rango de ley orgánica que en el ordenamiento español podría dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales es el ya mencionado art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Este precepto, como es sabido, dispone lo siguiente:

«[...] 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 es innegablemente escueto y genérico. Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra sentencia nº 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por

tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es suficiente.

Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011. Por referirse sólo al «toque de queda», sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo podría la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura.

Esta constatación, sin embargo, no conduce a concluir que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Éste puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias -a la vista de las circunstancias específicas del caso- esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública, tal como hemos dicho que es preciso hacer en la sentencia n.º 719/2021. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

Con lo expuesto queda respondida la segunda parte de la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el Ministerio Fiscal.

**OCTAVO.-** La aplicación de estos criterios al caso que es objeto del presente recurso de casación conduce a rechazar el motivo del Ministerio Fiscal consistente en que las medidas sanitarias ratificadas por el auto impugnado sólo podían tomarse al amparo del estado de alarma. Pero hay que acoger el motivo relativo a que tales medidas no superan el juicio de proporcionalidad: ni el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ni la Sala de instancia han justificado que las mencionadas medidas sanitarias restrictivas de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar resultasen indispensables a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el territorio autonómico, sino que se apoyan sólo en consideraciones de prudencia.

Procede, así, casar el auto impugnado y, en su lugar, ratificar el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2021 únicamente en lo atinente a la limitación de viajeros provenientes de otros lugares del territorio nacional y en lo relativo a la limitación del aforo en los lugares de culto.

**NOVENO.-** Dado que el Ministerio Fiscal no puede ser legalmente acreedor ni deudor de costas procesales, no procede hacer ningún pronunciamiento al respecto.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 20 de mayo de 2021,  
que anulamos.

**SEGUNDO.-** Denegar la solicitud de ratificación judicial del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2021 en lo relativo a sus apartados tercero y quinto, otorgando la ratificación del mismo en todo lo demás.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

