



R. CASACION/5388/2021

R. CASACION núm.: 5388/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1092/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 26 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 5388/2021, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por el Letrado de los Servicios Jurídicos de dicha Administración Pública, contra el Auto de 14 de julio de 2021, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento n.º 209/2021, que acordó no autorizar la medida contenida en el anexo del Acuerdo de Gobierno adoptado en sesión celebrada el 8 de julio de 2021.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

Firmado por: CELSA PICO LORENZO
26/07/2021 13:39
Minerva

Firmado por: PILAR TESO GAMELLA
26/07/2021 14:03
Minerva

Firmado por: ANTONIO JESUS
FONSECA-HERRERO RAIMUNDO
28/07/2021 17:19
Minerva

Firmado por: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO
GIMENEZ
27/07/2021 11:52
Minerva

Firmado por: PABLO MARIA LUCAS
MURILLO DE LA CUEVA
27/07/2021 12:01
Minerva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto de 14 de julio de 2021, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, acordó:

«no autorizar la medida contenida en el anexo del Acuerdo de Gobierno adoptado en sesión celebrada el 8 de julio de 2021.»

SEGUNDO.- Por escrito de 19 de julio del corriente, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias interpuso recurso de casación contra el citado Auto, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: *«[...] dictando en su día pronunciamiento en el que, con estimación del mismo, case y anule el Auto recurrido, en los términos expuestos en el presente recurso.»*

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de 20 de julio de 2021, se confirió traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para alegaciones por plazo común de tres días. Trámite que evacuó el Fiscal por escrito de 23 de julio, con el resultado que consta en autos.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de los corrientes, se pasaron las actuaciones a la magistrada ponente Excm. Sra. doña Celsa Pico Lorenzo para resolver.

QUINTO.- El día 26 de julio de 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio.*

La Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias interpone recurso de casación contra el Auto de 14 de julio de 2021, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento de ratificación de medidas n.º 209/2021.

El citado Auto acordó no autorizar la medida contenida en el anexo del Acuerdo de Gobierno de Canarias adoptado en sesión celebrada el 8 de julio de 2021 cuya publicación en el Boletín Oficial de Canarias no consta en los autos.

El Anexo, tal cual refleja el fundamento primero del Auto impugnado, indica:

«Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno en la isla de Tenerife y subsidiariamente de no autorizarse la medida anterior en el ámbito de toda la isla de Tenerife, acordar la medida recogida en el presente anexo para los municipios en los que la tasa de incidencia acumulada a 7 días sea superior a los 100 casos/100.000 habitantes.

1. Se limita la libertad de circulación de personas en horario nocturno en la isla de Tenerife y subsidiariamente de no autorizarse la medida anterior en el ámbito de toda la isla de Tenerife, acordar la medida recogida en el presente anexo para los municipios en los que la tasa de incidencia acumulada a 7 días sea superior a 100 casos/105 habitantes. entre las 00:30 h y las 06:00 h.

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

- a) Adquisición de medicamentos y productos sanitarios en oficinas de farmacia.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urgencia.

- d) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual tras realizar algunas de las actividades previstas en este apartado.
- f) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.
- i) Repostaje en gasolineras o estaciones de servicio, cuando resulte necesario para la realización de las actividades previstas en los párrafos anteriores.
- j) Asistencia y cuidado de animales domésticos o en explotaciones ganaderas.»

El Acuerdo sostiene que las medidas que adopta para prevenir la difusión de contagios y combatir la pandemia, una vez expirado el estado de alarma, se fundamentan en las siguientes disposiciones legales: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y en la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias.

El Acuerdo rechaza que las alternativas de instrumentos jurídicos de intervención menos lesivos en la afectación de derechos fundamentales propuestas por el Tribunal Superior de Justicia Canarias en el razonamiento jurídico 7 de su Auto 113/2021, de 9 de mayo, en relación a la medida de limitación de libertad de circulación de personas, la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas complementarias, o las previsiones de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana sean herramientas idóneas para la protección de los intereses públicos implicados.

El Gobierno de Canarias sometió la medida contenida en el Anexo del Acuerdo de 8 de julio de 2021, a la ratificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en concreto a su Sala de Santa Cruz de Tenerife, conforme al artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción. En cumplimiento de su artículo 122 *quater*, la Sala pidió informe al Ministerio Fiscal, el cual fue favorable a la ratificación de la medida de

limitación de la libertad de circulación en horario nocturno en los términos propuestos.

SEGUNDO.- *El Auto de 14 de julio de 2021 aquí recurrido.*

El Auto de 9 de mayo de 2021, a que hace mención el Acuerdo de 8 de julio de 2021, había denegado la ratificación de varias medidas incluyendo la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno. Sin embargo, ese punto, como bien destaca el fundamento segundo del Auto aquí concernido, no fue impugnado por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en el recurso de casación 3375/2021 fallado por Sentencia de este Tribunal de 24 de mayo de 2021.

Reitera la Sala de Canarias lo afirmado anteriormente en su fundamento jurídico SEGUNDO:

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

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

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

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

Y en el fundamento TERCERO reproducí un fundamento de la Sentencia de este Tribunal de 3 de junio de 2021, procedimiento 3704/2021, concretamente los dos últimos apartados del séptimo:

«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.»

En el fundamento CUARTO hace mención a que:

«Problemática semejante hemos abordado en nuestros recientes autos de 28 de junio y 5 de julio en la pieza de medidas cautelares del recurso 193/21 cuyo objeto es el acuerdo del Gobierno de Canarias de 19 de junio de 2020 aprobando una medida que aumenta las

restricciones de la actividad de restauración y hostelería comprometiendo la rentabilidad del trabajo desplegado.»

En el SEXTO resalta que:

« El informe de 8 de julio analiza los datos desde el 1 de mayo hasta el 8 de junio constatando un incremento exponencial de casos diarios con un valor el 5 de julio de 169.07 casos por 100.000 habitantes, triplicándose el número de contagiados con una incidencia notable en la población más joven en el contexto de una situación epidemiológica nueva y diferente pero no ofrece datos contundentes de los que obtener la gravedad de la pandemia en cuanto a sus efectos sobre la salud de las personas y la funcionalidad del sistema sanitario como habíamos apreciado en los autos anteriores (fallecimientos, hospitalizaciones, en cuidados intensivos o en planta, y contagiados aislados en sus domicilios).»

En el SÉPTIMO afirma que:

«Lo dicho apunta a que subyace en la limitación de la movilidad en horario nocturno la finalidad de evitar concentraciones de jóvenes no vacunados que aumentarían la cadena exponencial de contagios.

En definitiva se plantea la proporcionalidad entre la limitación de derechos fundamentales y el beneficio que se obtiene con la medida por la que, al menos una parte de los días, se disminuye al mínimo la posibilidad de contagio al reducir durante esas horas nocturnas las actividades de ocio donde por definición se relaja el cumplimiento de las elementales normas para evitar o disminuir el riesgo de contagio dado que son eventos en los que difícilmente puede asegurarse el cumplimiento de las obligadas medidas de seguridad sanitaria. Entendemos que esta es la causa determinante de la medida adoptada y sometida a autorización judicial aunque no se haya afrontado esta problemática con la debida claridad.»

En el OCTAVO entiende que:

«Poca duda genera la razonabilidad e idoneidad de la medida de aislamiento parcial para conseguir el fin propuesto de disminuir el riesgo de contagio protegiendo el derecho a la vida y la integridad física y la salud pública sin que se produzca un daño inasumible al no afectar a la actividad económica y laboral y centrarse el confinamiento durante el tiempo en el que la mayoría de las personas está descansando en casa aunque no haya confinamiento con el resultado de facilitar el control del ocio nocturno y mejorar la disponibilidad de medios personales de vigilancia durante el resto del día cuando también se producen estas concentraciones de jóvenes no vacunados ajenos al peligro de la enfermedad. Se fijan

también unas excepciones razonables en tanto que justifican el riesgo de contraer o propagar la enfermedad. No se ha fijado un periodo de tiempo concreto por más que parezca que se relaciona con el ritmo de la vacunación.

Dicho esto, no puede ignorarse que la actividad que se trata de evitar puede constituir la infracción administrativa leve prevista en el artículo 37.17. de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley 4/15): "El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana".

La dificultad jurídica, no sanitaria, para razonar el otorgamiento de este tipo de medidas se centra en que también tienen que ser indispensables para que pueda autorizarse tan importante restricción de la libertad personal dado la doctrina jurisprudencial antes expuesta: "no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución" para efectuar severas restricciones a la libertad personal que es un derecho fundamental previsto en el artículo 1, 17 y 19 CE.

Nadie niega la idoneidad de la medida para luchar contra la enfermedad y facilitar el funcionamiento del Servicio de Salud en los términos propuestos por Salud Pública antes de que se produzcan dificultades por la sobrecarga de trabajo, que ya son notables desde el inicio de la epidemia, pero el fin no justifica cualquier medio y el acuerdo adoptado es excesivo y a costa de un perjuicio grave para la inmensa mayoría de la población, incluida la joven, que cumple las normas con la finalidad de evitar estos incumplimientos cuya prevención y sanción corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado debiendo desplegar a tal efecto la actuación que sea necesaria para evitarla y corregirla si no han tenido éxito otros medios impositivos o disuasorios, incluida la publicidad institucional en medios de comunicación, lo que constituye la medida alternativa menos gravosa que hace innecesaria la propuesta, como habíamos advertido en el auto anterior de 9 de mayo, y no se ha justificado su imposibilidad o ineficacia y en cambio elude una excepción al Ordenamiento Jurídico que pugna con derechos fundamentales, al contrario, confirma la vigencia del Estado de Derecho también en tiempos de pandemia cumpliéndose las normas o sancionando su incumplimiento a quienes no están vacunados y hacen un uso irresponsable de su libertad sin respetar los derechos de los demás (artículo 10.1 CE).

Así que no estimamos que sea proporcionada la restricción de la libertad de circulación para impedir botellones en espacios públicos. No se ha acreditado que la situación en la que se encuentra la epidemia represente un peligro tan grave e inminente para la salud y la capacidad asistencial que justifique esta excepción habiendo medios ordinarios menos restrictivos de los derechos fundamentales para resolver la problemática que se plantea»

TERCERO.- *El recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

El escrito de interposición, al amparo del artículo 88.2, apartados a), c) e i) y 88.3, apartado a) de la LJCA, indica que el Auto contra el que se dirige fija ante cuestiones sustancialmente iguales una interpretación del Derecho estatal contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales como es el caso de:

- Auto n.º 271/2021 de 12 de julio de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Cuarta.

- Auto n.º 68/2021 de 16 de julio, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera.

- Auto n.º 117/2021 de 16 de julio de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

En estos Autos se ratifica la limitación de circulación de las personas en horario nocturno ("toque de queda").

Tras invocar la doctrina sentada en las SSTS de 24 de mayo de 2021 y 3 de junio de 2021, esgrime que el juicio de proporcionalidad efectuado por la Sala de Santa Cruz de Tenerife no se ajusta a los parámetros sentados por la jurisprudencia (STC 14/2003).

Afirma que no estamos ante un replanteamiento de la medida, sino ante la nueva adopción de una medida sanitaria con base en el nuevo escenario epidemiológico que objetiva un ascenso descontrolado y preocupante de los casos con una evolución ascendente, rápida y de alto riesgo, que exige, entre otras, la medida sanitaria que se propone según los criterios de los epidemiólogos informantes.

Por otra parte, en el FD 6º del Auto recurrido se señala que el informe epidemiológico de 8 de julio, analiza los datos desde el 1 de mayo hasta el 8

de junio. Pero la fecha, advierte, no es correcta pues el informe dice: "el análisis se realiza sobre el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de mayo de 2021 y la semana actual", se firma el 8 de julio, por tanto, hasta esa fecha y no hasta el 8 de junio.

Defiende que el mencionado informe epidemiológico de 8 de julio, de la Dirección General de Salud Pública de 27 folios, además de otros tres informes aportados y tres documentos gráficos, comprende una descripción exhaustiva de los datos existentes en ese momento, en especial de las circunstancias y consideraciones técnicas más relevantes motivadoras de las medidas que se acuerdan, y un esfuerzo argumentativo destacable, al igual que en el propio Acuerdo de Gobierno que se sometió a su consideración. El citado informe tiene por objeto ofrecer los datos actualizados sobre la evolución de la incidencia de la Covid-19 en la isla de Tenerife, y en cuanto a los efectos de la pandemia sobre la salud de las personas, dice que es una información notoria y conocida desde el comienzo de la misma, sobre la cual a día de hoy existe una cierta incertidumbre dado que no se conocen los efectos que sobre la salud de las personas puede acarrear este virus.

Aduce que la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de Salud es un órgano con especialización técnica, integrado por especialistas en Medicina Preventiva y Salud Pública. Especialidad que, conforme a la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo 1980/2005, de 6 de junio, comprende cinco áreas profesionales específicas que son la epidemiología, la Administración sanitaria, la medicina preventiva, la salud ambiental y laboral, y la promoción de la salud.

Con cita del Auto de 16 de julio de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria afirma que en el presente caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, no ha realizado una valoración en profundidad de las explicaciones contenidas en el informe desde una perspectiva jurídica.

Pasa a relatar el contenido de los informes de Salud Pública sobre cifras de incidencia, nivel asistencial y demás circunstancias epidemiológicas para justificar la limitación de circulación en horario nocturno. Así dice que a 24 de junio había 14 camas ocupadas en Unidad de Cuidados Intensivos, frente a 22 el 7 de junio, siendo el porcentaje de ocupación COVID 19 el 3,27 % el 24 de junio frente al 4,44 % el 6 de julio, y el 8,28 % el 24 de junio y el 13,02% el 7 de julio.

La Dirección General de Salud Pública expone la específica incidencia del toque de queda en la contención del virus, con un estudio del número de brotes ocasionados por el segmento de población al que preferentemente va dirigida (jóvenes de entre 15 y 29 años), responsables del 20% del total de brotes detectados en el archipiélago. Si se considera también el grupo de adultos jóvenes (entre 18 y 44 años, el porcentaje aumenta hasta el 46%). Destaca asimismo la capacidad de difusión que tiene el indicado segmento de la población por su movilidad y por el mayor número de interacciones sociales con respecto a otros segmentos de edad. Todo ello, afirma, avalado por diferentes estudios que demuestran la eficacia y evidencia científica de la medida.

Indica que el grupo de adultos jóvenes es el que genera una tasa más elevada de brotes (4,6 brotes/100000 hab.) y un número de casos hasta 18.374, con una media de 5 casos por brote. Es decir, cualquier medida dirigida a este segmento de la población tendrá un gran impacto en la pandemia, porque es responsable del 45,8 % de los brotes.

Mantiene que, en el juicio de necesidad, lo que hay que valorar es si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia. Reputa obvio que las medidas indicadas por el Auto para evitar "botellones" tiene una eficacia mucho menor que la del denominado "toque de queda". Además, en un contexto teórico podría pensarse que Ley 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana es suficiente a estos efectos, pero en la práctica se ha constatado que pese a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la

incidencia ha seguido aumentando, lo que tales medidas no han impedido un crecimiento en el número de contagios.

Recalca que en este punto existe una disparidad de criterios entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia que se han pronunciado sobre la ratificación del denominado "toque de queda", que a juicio de la recurrente es necesario unificar, pues en unas Comunidades Autónomas se ha considerado que las medidas contempladas en la Ley 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana no son idóneas a estos efectos, y en otras como en Extremadura, siguiendo la línea del Tribunal Superior de Canarias, sí lo consideran como medios idóneos menos restrictivos.

Señala que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el Auto de 12 de julio de 2021, que ratificó el toque de queda en dicha Comunidad, señala:

"Obvio es decir que para intentar impedir la actividad de ocio nocturno conocida como "botellón" existen otras medidas distintas de la limitación de la circulación nocturna, pero también nos parece claro que la eficacia es mucho menor que la del denominado "toque de queda", como fácilmente hemos podido apreciar en la comparativa de lo sucedido no hace mucho entre los lugares en los que existía limitación de la circulación nocturna y aquellos otros en los que no se daba tal limitación. En tal informe, entre otras cosas y en atención a las razones y datos que el mismo contiene, se expresa que la experiencia acumulada durante el periodo de pandemia muestra que la medida de restricción de la movilidad nocturna ha sido - junto al uso obligatorio de la mascarilla- la medida más eficaz, por cuanto la naturaleza de la misma y su horario -nocturno- permite detectar con suficiente claridad los incumplimientos".

En el mismo sentido, apunta, se pronuncia el Auto de 16 de julio de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que considera que tales medidas ordinarias no tienen el mismo grado de efectividad en la consecución del fin propuesto.

Y, en razón de todo ello, considera de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente doctrina:

«Que el alcance de la potestad jurisdiccional en el juicio de proporcionalidad de las medidas sanitarias sometidas a su ratificación, cuando existen informes técnicos razonados y exhaustivos en los que se plasma el criterio científico que avala la medida sanitaria acordada, debe hacerse en sentido jurídico estricto, valorando si la medida acordada está avalada en informes técnicos y si de ellos se deriva que la medida es adecuada, necesaria y proporcional al fin perseguido, de manera que, el órgano jurisdiccional no puede llevar a cabo un enjuiciamiento de los aspectos que conllevan juicios de valor técnico científico, y sustituirlos por su criterio carente de apoyo técnico necesario para contradecir tales informes y denegar la autorización de la medida sanitaria solicitada.

Que en el juicio de necesidad que debe hacerse sobre la medida acordada por la Autoridad Sanitaria, particularmente en la limitación de la circulación de las personas en el horario nocturno, el llamado "toque de queda, las medidas contempladas en la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, no son instrumentos jurídicos válidos y eficaces a efectos epidemiológicos como medidas para controlar la transmisión del virus, y por tanto, no pueden considerarse como medidas para la consecución del propósito con igual eficacia que la medida propuesta, y denegar la autorización por este motivo.»

Se incide en que tanto las medidas del Acuerdo del Gobierno de Canarias de 8 julio de 2021, como la motivación de su proporcionalidad contenida en los Informes de la Dirección General de Salud Pública, son similares a los relatados en los Autos de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos citados (particularmente de Cantabria y Valencia), para las que sí se produjo el pronunciamiento favorable de ratificación por apreciación de la proporcionalidad, utilizando los mismos criterios que los que se contemplan en el Acuerdo del Gobierno de Canarias de 8 de julio de 2021, y teniendo en cuenta que los datos en la isla de Tenerife son incluso peores que los que presentaba, por ejemplo Cantabria, en esas fechas (IA a 14 días 315,85 el 9 de julio):

Concluye que la decisión contenida en el Auto recurrido supone una merma en el ejercicio de la competencia del Gobierno de Canarias como autoridad sanitaria para la adopción de medidas preventivas, a efectos de garantizar el derecho a la protección de la salud, y lograr una favorable evolución de la pandemia.

CUARTO.- *Las alegaciones del Ministerio Fiscal.*

El Ministerio Fiscal interesa finalmente la estimación del recurso de casación y consiguiente ratificación de la medida solicitada por el Gobierno de Canarias en los municipios de la isla de Tenerife en que la tasa de incidencia acumulada a 7 días sea igual o superior a 154 casos por cien mil habitantes.

Con carácter previo pone de relieve que el recurso de casación invoca diferentes supuestos de los comprendidos en el artículo 88 LJCA. Se limita a enunciarlos, dice, aunque con sistemática deficiente y deslavazada, incide en el supuesto del artículo 88.2. a) LJCA.

Y respecto del juicio de proporcionalidad el interés casacional lo cifra la Comunidad Autónoma de Canarias en fijar el alcance de los informes técnicos existentes.

Destaca que, según la demanda, es el grupo de edad entre 20 y 29 años el que presenta tasas más elevadas: 329,6 casos por 100.000 habitantes.

Invoca la normativa de todos conocida en este ámbito, Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley Orgánica 3/1986 y Ley 33/2011, de 4 de octubre, como apoyo jurídico de lo interesado, sin que entre en el análisis de la eficacia que pudiera tener la Ley Orgánica 4/1915 (sic) en realidad 2015, de 30 de marzo, para luchar contra la pandemia, como instrumento jurídico más.

Entiende que los juicios de valor científico que la Administración autonómica genera tienen su razón de ser en fundamentar la decisión administrativa y que están sometidos al control del órgano jurisdiccional.

Sostiene que la medida propuesta deviene indispensable, no en toda la isla de Tenerife, sino en los municipios que rebasan los 154 casos a 7 días por cien mil habitantes.

QUINTO.- *El juicio de la Sala. El contexto del recurso de casación.*

En la Sentencia de 24 de mayo de 2021, FJ Cuarto, en que también fue parte recurrente la Comunidad Autónoma de Canarias argumentamos sobre el artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, que ha introducido en nuestro orden jurisdiccional el recurso de casación contra los Autos dictados en el procedimiento de ratificación de medidas limitativas de derechos fundamentales por razones de salud pública que afecten a destinatarios no identificados individualmente, incorporado en los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

En aras al principio de brevedad nos remitimos a la citada Sentencia por cuanto, además, la Sala de instancia reproduce párrafos parciales de ella.

No obstante, vamos a recalcar que: i) las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables, ii) el tribunal actuante no sustituye la imprescindible habilitación normativa en que ha de descansar la medida de que se trate, iii) el juicio del tribunal al que se somete la ratificación ha de constatar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas y, como insiste la Sentencia de 21 de julio de 2021, recaída en recurso de casación 5262/2021, en línea con lo dicho en la Sentencia de 17 de junio de 2021, recurso casación 4244/2021, iv) es la Administración la que debe justificar que existe riesgo de propagación de una enfermedad transmisible y también la que ha de explicar que la medida restrictiva de derechos que propone, es adecuada, imprescindible y proporcionada.

La modificación del artículo 87 de la LJCA en virtud del artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021 ha introducido un recurso de casación contra los Autos que autorizando o denegando las medidas sanitarias que, como ya dijo la Sentencia de 24 de mayo de 2021, sigue descansando en la apreciación de un interés casacional objetivo. Mas, también recordó que:

«por la naturaleza del proceso en que nos encontramos, la aplicación que a tal efecto hemos de hacer de las pautas fijadas por el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción no puede ajustarse a los mismos patrones observados a la hora de la admisión de recursos contra

sentencias o contra los demás autos previstos en su artículo 87, ya que en ellos se dirimen extremos de fondo o determinantes del acceso a la tutela judicial efectiva o de la ejecución de sentencias mientras que aquí se trata de algo distinto.

.../... Es decir, una vez identificada una cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que justifique el pronunciamiento, deberá limitarse a comprobar si la fiscalización de los aspectos externos y reglados y el control de la proporcionalidad de las medidas efectuado en la instancia, responde en el aspecto concerniente a dicha cuestión a los parámetros propios del control previsto por el legislador en los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción.»

No vamos a repetir el marco constitucional y normativo puesto de relieve en la precitada Sentencia de 24 de mayo de 2021, y reproducido en el Auto impugnado, en que se analizaron las leyes que permiten o no restringir la libertad de circulación que es uno de los aspectos concernidos en el llamado "toque de queda". Tampoco lo dicho en el último apartado del fundamento cuarto de la precitada Sentencia de 24 de mayo de 2021, que reproduce el Auto aquí impugnado.

También resulta relevante lo manifestado en el fundamento séptimo de la Sentencia de 3 de junio de 2021, recurso de casación 3704/2021, por concernir al llamado "toque de queda" y que, en lo esencial, reproduce el fundamento tercero del Auto impugnado.

SEXTO.- *El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación por cuanto el Auto recurrido no infringe los preceptos invocados.*

Anticipamos que el recurso de casación ha de ser desestimado porque el prolijo Auto contra el que se dirige, y del que hemos dejado constancia en el razonamiento segundo, cumple con el limitado alcance de las autorizaciones/denegaciones de medidas sanitarias.

El Acuerdo del Gobierno de Canarias no ratificado afirma proceder a una actualización de acuerdos anteriores sobre medidas de prevención, por lo que se remite a dichos acuerdos anteriores incluso a informes de la Dirección

General de Salud Pública. Establece que la medida mantendrá sus efectos durante los 14 días siguientes a su autorización

El Auto examina la argumentación/documentación esgrimida por el Gobierno de Canarias y, concluye de forma razonada que carece de justificación la limitación de la libertad de circulación propuesta a la vista de las circunstancias concurrentes en la isla de Tenerife. Recalca la falta de proporcionalidad de la medida restrictiva de la libertad de circulación que supone el "toque de queda" para solventarla. Ciertamente que aparenta un error, material, en el fundamento sexto al referirse al informe de 8 de julio como cerrado el 8 de junio, mas es obvio que toma en cuenta los datos de la fecha de la solicitud pues hace mención al incremento de los casos al 5 de julio, por lo que tal error carece de proyección.

Es significativo lo manifestado en el fundamento sexto que volvemos a reproducir (el subrayado es nuestro):

«El informe de 8 de julio analiza los datos desde el 1 de mayo hasta el 8 de junio constatando un incremento exponencial de casos diarios con un valor el 5 de julio de 169.07 casos por 100.000 habitantes, triplicándose el número de contagiados con una incidencia notable en la población más joven en el contexto de una situación epidemiológica nueva y diferente pero no ofrece datos contundentes de los que obtener la gravedad de la pandemia en cuanto a sus efectos sobre la salud de las personas y la funcionalidad del sistema sanitario como habíamos apreciado en los autos anteriores (fallecimientos, hospitalizaciones, en cuidados intensivos o en planta, y contagiados aislados en sus domicilios).»

En la reciente Sentencia de 21 de julio de 2021, recurso de casación 5262/2021, confinamiento del municipio de Peal de Becerro, se ha dicho, fundamento quinto, apartado D), que no tiene mucho sentido descalificar un informe por no hablar de la mortalidad ni de la situación de las Unidades de Cuidados Intensivos. Mas allí se trataba de un cierre perimetral y no de un "toque de queda" que exige una mayor justificación sobre que las medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública. Y, sobre todo, la tasa de incidencia era más de diez veces superior a la que aquí se da.

Tiene razón la Sala de instancia al sostener la poca claridad en el planteamiento de la pretensión máxima cuando la petición principal era la autorización del "toque de queda" en toda la isla de Tenerife pese a que las cifras aportadas respecto a los distintos municipios identificados no son homogéneas. Y la subsidiaria respecto a la tasa de incidencia acumulada a 7 días superior a 100 casos se encuentra huérfana de información suficiente y clara.

Debemos insistir en que no se trata de que la Administración ponga de manifiesto al Tribunal la existencia de más cifras sino que contraponga la eficacia de unas medidas menos invasivas frente a otras más invasivas de los derechos fundamentales que desarrollen una eficacia similar. Por comparar con Peal de Becerro, en ese caso se apuntaba a la alta presencia de asintomáticos y al porcentaje de vacunación entre otras razones que hacían ineficaces medidas distintas del cierre perimetral.

A la vista del razonamiento de la Sala de instancia antes expuesto, no desvirtuado en el recurso, no puede sostenerse que la denegación de la ratificación de la medida por el Auto impugnado entre en contradicción con lo que han acordado los Autos dictados por otras Salas de lo Contencioso-Administrativo de otros Tribunales Superiores de Justicia.

Si bien la invocación de la contradicción ha sido el presupuesto para admitir a trámite el recurso de casación lo cierto es que el Gobierno de Canarias no ha acreditado en su escrito de interposición que las circunstancias contempladas en esas otras resoluciones, de las que ha aportado copia, sean coincidentes en un todo con las de la isla de Tenerife. Se ha limitado a lanzar el listado de Autos que entiende favorables a su pretensión sin explicar la similitud de circunstancias, salvo la notoria y desgraciada pandemia. Tras invocar esa aparente discrepancia con los tres Autos que ha esgrimido como doctrina contradictoria a fin de acceder al recurso de casación no ha intentado siquiera argumentar esa denunciada contradicción mediante el análisis de las circunstancias concretas coincidentes en los distintos territorios.

No está de más subrayar las circunstancias de los Autos invocados. Se observa que las distintas Administraciones autonómicas fundamentaron su pretensión de ratificación de las medidas con apoyo en los datos de la alta incidencia del número de contagiados y de su presión en el sistema sanitario lo que la Sala de Canarias echa de menos en este caso. Y las Salas de Valencia y Cataluña toman también en consideración la eficacia de la medida propuesta a la vista de informes policiales cuyo contenido no puede, sin más, extrapolarse a otro ámbito territorial.

Así:

- El Auto 271/21, de 12 de julio de 2021, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Cuarta, en el procedimiento de autorización de medidas sanitarias 4/000234/2021 sobre un limitado número de municipios, en el apartado 6.2. reputa proporcional la medida al no conocer otras más moderadas para la consecución del propósito con igual eficacia. La resolución de la Consellera de Sanidad de la Generalitat Valenciana de 9 de julio de 2021, pidió que se ratificara el toque de queda por un plazo de 14 días desde su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana. Para tal conclusión la Sala de Valencia toma en consideración el limitado periodo temporal, dos semanas, los informes de la Policía Nacional acerca de que la medida de restricción de la movilidad nocturna, junto al uso obligatorio de la mascarilla, ha sido la más eficaz por cuanto permite detectar su incumplimiento; así como el crecimiento exponencial de contagios con aumento de hospitalizaciones del 183% y la situación cercana al colapso que se está produciendo en los centros de Atención Primaria plasmados en el apartado 6.1.

- El Auto 117/2021, de 17 de julio de 2021, pronunciado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el procedimiento de autorización de medidas sanitarias 232/2021 ratifica las medidas consistentes en la limitación de la libertad de circulación en determinados municipios de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en concreto 53. La Resolución de 14 de julio de 2021, del Consejero de Sanidad del Gobierno de Cantabria, establece un plazo de

14 días naturales desde su publicación en el Boletín Oficial de Cantabria. La Sala considera que el principio de precaución y el de proporcionalidad no son incompatibles y atiende al informe de la situación epidemiológica en Cantabria y la propuesta de medidas de respuesta de 14 de julio de 2021. Pone de relieve el incremento de casos sintomáticos; el incremento de las infecciones en personas vacunadas con pauta completa; el incremento del 392 % de casos sintomáticos; en la capacidad de respuesta de atención primaria en la última semana tomada de referencia; en la tendencia creciente del número de hospitalizados. Todo ello le lleva a entender que la transmisión comunitaria está descontrolada generando una ola epidémica con las incidencias más altas jamás registradas en Cantabria.

• El Auto 68/2921, de 16 de julio, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ratifica las medidas de restricción de la movilidad nocturna en 161 municipios del territorio de Cataluña establecida en la Resolución SLT/---/2021, de 15 de julio durante siete días en razón de los índices epidemiológicos y de la estabilidad del sistema sanitario, en concreto hospitalario y de asistencia primaria. La resolución de 15 de julio de 2021, de la Generalitat de Catalunya fija la medida hasta el 23 de julio de 2011 y contrapone que en Cataluña el nivel de alerta es 4, mientras en Canarias es 3, así como los 400 casos diagnosticados en Cataluña por cada 100.000 habitantes en los últimos siete días frente a los 100 casos por 100.000 habitantes en Canarias a que hace mención el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 14 de julio de 2021. También acompañó un informe de la Dirección General de la Policía de 14 de julio de 2021. El Auto del Tribunal toma en cuenta el informe de 15 de julio del director de la Agencia de Salud Pública de Catalunya.

A la vista de todo ello, no encontramos razones para considerar desacertado el juicio expresado en el Auto recurrido en casación.

SÉPTIMO.- Costas.

No habiendo parte recurrida, no procede hacer pronunciamiento sobre costas.

FALLO

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

No dar lugar al recurso de casación n.º 5388/2021 interpuesto por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias contra el Auto de 14 de julio de 2021, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento de ratificación de medidas n.º 209/2021.

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

Así se acuerda y firma.

El Magistrado Excmo Sr. don José Luis Requero Ibáñez votó en Sala y no pudo firmar haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sección.