



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
NAVARRA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, Planta
5 Solairua

Pamplona/Iruña 31011

Teléfono: 848.42.40.73

Email.: tsjcontn@navarra.es
C0036

Procedimiento: **DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Nº Procedimiento: 0000198/2021

Materia: **Derechos fundamentales**

NIG: 3120133320210000100

Resolución: Auto 000065/2021

Puede relacionarse de forma telemática con esta Administración a través de la
Sede Judicial Electrónica de Navarra <https://sedejudicial.navarra.es/>

AUTO Nº 000065/2021

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBÁÑEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^{ra} JESUS AZCONA LABIANO

Fecha: 11/05/2021 12:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA

MAGISTRADOS,

D^a. MARIA JESUS AZCONA LABIANO

D^a RAQUEL H. REYES MARTINEZ

D. ANTONIO SÁNCHEZ IBÁÑEZ

D^a ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN

En Pamplona, a
Once de Mayo de Dos Mil
Veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra ha solicitado mediante escrito registrado a las 00:31 horas de 9-5-2021 la ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Orden Foral 13/2021, de 9 de Mayo de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas específicas de prevención, de carácter extraordinario, para la Comunidad Foral de Navarra, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19.

SEGUNDO. - Esta Sala, mediante Auto de 9-5-2021, habilitó el Domingo día 9 para la realización de actuaciones procesales, dando inmediato traslado al Ministerio Fiscal para informe, que fue evacuado el mismo día 9-5-2021 solicitando la ratificación de todas las medidas excepto

el confinamiento domicilio desde las 23 horas a las 6 horas o “toque de queda” por entender que la Comunidad Foral de Navarra no tiene competencia por falta de cobertura legal para su adopción.

Con su resultado quedó el proceso pendiente de dictar resolución.

Es ponente el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sala **D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA**, Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Las medidas adoptadas en la Orden Foral 13/2021, de 9 de Mayo, de la Consejera de Salud (B.O.N. 9 de Mayo de 2021).

En la Orden Foral 13/2021, de 9 de Mayo, de la Consejera de Salud (B.O.N. 9 de Mayo de 2021) se recogen una serie de medidas sanitarias restrictivas de derechos entre las que destacan por su mayor intensidad la limitación de reuniones en el ámbito público a seis personas y privado a dos unidades convivenciales, con un máximo de seis personas, la limitación de la libertad de circulación entre las 23:00 y las 6:00 horas, con hasta 9 excepciones y un resto de medidas sanitarias limitativas de derechos relativas a limitación de horarios y aforos (en particular el que afecta a los lugares de culto) y otros extremos. También incluye recomendaciones, que como posteriormente señalaremos, al carecer de fuerza ejecutiva quedan fuera del objeto de pronunciamiento de este Auto.

SEGUNDO. - Sobre el ámbito y alcance del control judicial de las medidas sanitarias restrictivas de Derechos fundamentales en el proceso.

Como se ha señalado, el art. 10.8 de la LJCA prevé “...la autorización o la ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^º JESUS AZCONA LABIANO

Fecha: 11/05/2021 12:54

las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”.

1.- Es necesario poner de relieve que el objeto de este procedimiento especial se limita a resolver sobre la ratificación judicial de las medidas acordadas por la Administración en condiciones de urgencia por ser necesarias para la salud pública, en cuanto las medidas puedan implicar limitación o restricción de algún derecho fundamental, como establece el art. 10.8 de la LJCA.

Por tanto, el enjuiciamiento de las medidas a la hora de valorar su ratificación, debe concretarse, como acertadamente ha declarado el TSJ de Madrid en la sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto, dictada en el recurso de apelación nº 907/2020, *"(...)a la ponderación de las variables del binomio salud/enfermedad, atendido el contexto y los parámetros de constitucionalidad que definen el contenido de los bienes jurídicos que menciona aquel precepto, pues lo contrario supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso- administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conllevan para el ciudadano."*

Ello supone que la ratificación judicial de las medidas no alcanza a la declaración de conformidad a derecho de las mismas, sino que nuestro pronunciamiento en este trámite se centra en su valoración como necesarias, justificadas y proporcionales en cuanto a las limitaciones que imponen para lograr el fin perseguido, que es la protección de la salud pública. Cualquier otro aspecto que pueda incidir en la legalidad de las medidas acordadas deberá hacerse valer a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente.

2.- La ratificación judicial de las medidas adoptadas requiere un análisis pormenorizado de las mismas y un control de proporcionalidad e idoneidad para determinar si se ajustan al fin que se persigue, con la menor limitación del ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos.

La decisión a adoptar será fruto de una previa ponderación del ajuste entre la situación de hecho y las finalidades perseguidas, es decir, de la adecuación de las medidas sanitarias al principio de proporcionalidad.

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

La cognición judicial respecto de las medidas indicadas por las autoridades sanitarias, se extenderá a los aspectos que entrañan el juicio de legalidad y proporcionalidad, como finalidad del procedimiento y, por tanto a la competencia del órgano administrativo, la motivación y justificación de las medidas y el juicio de proporcionalidad (necesidad y urgencia, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto), en ponderación con la prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción.

La adecuación a su necesidad y finalidad exige no imponer sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos estableciéndose la oportuna y justificada delimitación subjetiva, objetiva, temporal y geográfica precisa.

El Tribunal Constitucional, en la STC 96/2012 , de 7 de mayo, señala que: “...*hemos destacado (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; 86/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, entre otras) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)....”.*

3.- Por tanto, en el análisis jurídico que debe realizar este Tribunal Superior de Justicia de la solicitud de ratificación de las medidas sanitarias acordadas por el Gobierno de la Comunidad Foral se debe tener presente la protección de la salud de las personas (art 43 C.E que se entronca según el TC con los derechos a la vida e integridad física y moral del art 15 C.E), la finalidad de las mismas en orden a contener el contagio de la Covid19 a los ciudadanos de la Comunidad Foral y el principio de proporcionalidad atendiendo a criterios de razonabilidad en la afectación a las personas, con especial referencia a sus derechos y libertades, y limitada al mínimo ámbito objetivo, subjetivo, territorial y temporal necesario para su efectividad.

4.- Por último queremos resaltar que este control judicial se refiere a “*las medidas impliquen limitación o restricción de algún derecho fundamental*”.

Resaltamos esta cuestión, obvia por su literal expresión en la Ley, porque esta Sala viene autorizando/ratificando medidas atinentes a la limitación de aforos en distintos ámbitos y en particular la hostelería y otras medidas análogas, y así lo va a realizar en este Auto también por las siguientes razones:

- a) Pudiera pesarse en principio (y así lo han hecho otros TSJs) que tales medidas no afectan a derechos fundamentales y que por ende no deben ser objeto de autorización o ratificación por la vía de este proceso judicial del artículo 10.8 y 122 quarter LJCA. Sin embargo, no lo ha considerado así esta Sala.
- b) Además del hecho, accesorio, de que la propia Administración Foral ha considerado desde el principio la posible afectación de Derechos Fundamentales (otras CCCA no lo han considerado así), lo cierto es que también es dable apreciar que con tales medidas pudieran verse afectados, prima facie, directa o indirectamente Derechos Fundamentales y es que:
 - El juicio cognitivo del presente proceso de ratificación es muy limitado derivado de sus características (juicio no contradictorio), de las limitaciones en las partes legitimadas (Administración autora de las medidas y Ministerio Fiscal) y de su ámbito decisorio (el de realizar un juicio de proporcionalidad de las medidas en los términos ya expresados en este Auto) que no prejuzga la acción que pudiera articularse en un proceso contencioso ordinario (declarativo, plenario y con intervención de las persona afectadas por las medidas).
 - Así pueden ser invocables (y de hecho así han sido invocados en distintos procedimientos ordinarios interpuestos coetáneamente contra las distintas Ordenes Forales que contenían tales medidas limitativas por distintas Asociaciones y ciudadanos, y que continúan en tramitación en esta misma Sala) , en el sentir de las personas afectadas directamente por tal tipo de medidas,

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

la afección de determinados Derechos Fundamentales como el derecho a la igualdad, el derecho de reunión, la libertad de circulación e incluso la libertad de empresa del artículo 28 CE discutiéndose su carácter de Derecho fundamental en una visión subjetiva de los derechos fundamentales frente a la tesis objetiva: derecho fundamental vs garantía institucional .

- En definitiva, esta Sala considera que el rechazo ad limine de la autorización/ ratificación de ese tipo de medidas en un proceso con un juicio cognitivo tan limitado como el presente estando en trámite procesos ordinarios en los que se invocan precisamente como fundamento de la pretensión la vulneración de Derechos Fundamentales, supondría que la Sala debería realizar un estudio profundo de la eventual vulneración de Derechos Fundamentales yendo más allá del ámbito de este proceso del artículo 122 quater, y dejando ya sin contenido lo discutido con carácter principal en los procesos ordinarios que se están tramitando ante esta Sala.
- Entiende esta Sala que ese rechazo ad limine en este proceso debe estar reservado exclusivamente a aquellas medidas respecto de las cuales de manera indiscutible e indiscutida se aprecia de manera palmaria la falta de afectación a los Derechos Fundamentales. Y así lo ha hecho esta Sala en algunos casos ATSJNavarra 28-11-2020 y 22-10-2020.

En cualquier caso, las recomendaciones que contiene la Orden Foral 13/2021 no van a ser objeto de este proceso pues siendo meras recomendaciones quedan fuera del control judicial que aquí se resuelve.

TERCERO. - De la normativa que sirve de marco y fundamento a las medidas adoptadas por la Consejera de Salud.

Las potestades administrativas que justifican estas medidas de restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentran legitimadas, inicialmente, por el siguiente marco normativo:

1.- Por el artículo 43.1 y 2 C.E. que dispone *"1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"*.

2.- Por la Constitución (art 148.1. 21) y la LO 13/1982 de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo 53), de donde se concluye que Navarra tiene competencia en materia de sanidad, que es la materia afectada en la pandemia del COVID-19 que padecemos y a la que se refieren las medidas sometidas a nuestra ratificación.

3.- En desarrollo del precepto, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, dispone:

- En su artículo 1: *"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"*.
- En su art. 3 : *"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"*.

4.- Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de Sanidad, precisa en su artículo 26, *"1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o 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."

5.- Finalmente, el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone " 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."

6.- En cuanto a la libertad religiosa el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa establece que: "El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

7.- Con carácter ya particular para la pandemia Covid-19 resaltamos 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, adopta medidas preventivas mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la crisis sanitaria. En este sentido, deja a las competencias de las comunidades autónomas el establecimiento de dichas medidas.

Así, el Gobierno de Navarra, como autoridad sanitaria (art. 2.2 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra) dictó el Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 19 de junio de 2020, por el que se declara la entrada de la Comunidad Foral de Navarra a la nueva

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

Fecha: 11/05/2021 12:54

normalidad y se dictan medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, modificado por modificado por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 26 de agosto de 2020.

En este Acuerdo, se faculta a la persona titular del Departamento de Salud, como autoridad sanitaria, para adoptar las medidas necesarias para su aplicación y para establecer medidas adicionales, complementarias o restrictivas a las previstas en el Acuerdo.

Asimismo, se adopta el Decreto-ley Foral 7/2020, de 22 de julio, que aprueba medidas preventivas extraordinarias para hacer frente a la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19) una vez superada la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Le sigue el Decreto-ley Foral 8/2020, de 17 de agosto, por el que se acuerdan en la Comunidad Foral de Navarra medidas extraordinarias para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19, establece limitaciones de horarios para establecimientos de hostelería y restauración, así como para otros sectores. Habilita a la persona titular del Departamento de Salud y a la persona titular de la Dirección General de Salud para que adopten las medidas adicionales o complementarias necesarias, con carácter temporal, durante el tiempo imprescindible y siempre que sean proporcionales, tendentes a evitar la propagación de brotes.

Ya posteriormente y mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Su prórroga fue operada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, a cuyo amparo La Presidenta del Gobierno de Navarra dictó numerosos Decretos Forales acordando medidas restrictivas de Derechos Fundamentales. La vigencia de este Estado de Alarma finalizó el 9-5-2021.

Y en este marco competencial señalado se ha dictado la Orden Foral 13/2021 de 9 de Mayo, de la Consejera de Salud, se adoptan medidas específicas de prevención, de carácter extraordinario, para la Comunidad Foral de Navarra, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19 (B.O.N. 9-5-2021).

7.- Desde el punto de vista procesal y puesto que la actuación coordinada para protección de la salud y prevención de la enfermedad conlleva una intervención administrativa que puede ser potencialmente limitativa o restrictiva de derechos fundamentales, el artículo 10.1.8 de la LJCA establece, en aras a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 117.4 C.E.), la necesidad de autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, mediante un procedimiento especial, de tramitación preferente, regulado en el art. 122 *quater* de la LJCA, en el que será parte el Ministerio Fiscal y que debe resolverse en un plazo máximo de tres días naturales.

En este supuesto las medidas restrictivas de derechos fundamentales cuya ratificación se solicita a toda la Comunidad Foral de Navarra afectan a destinatarios que no están identificados individualmente.

CUARTO. - De la competencia de la Comunidad Foral de Navarra y en particular de su Consejera de Salud para la adopción de medidas sanitarias restrictivas de Derechos Fundamentales fuera del Estado de Alarma declarado.

Reseñada la normativa de aplicación anticiparemos la conclusión de que la Comunidad Foral de Navarra ostenta competencia, fuera del Estado de Alarma, para adoptar cualesquiera medidas sanitarias restrictivas (que no suspensivas) de Derechos Fundamentales siempre que estas, y este, como hemos señalado, es el parámetro de control judicial de las autorizaciones y/o ratificaciones judiciales del art. 10.8 LJCA, sean necesarias, idóneas y proporcionadas.

Sentado lo anterior para enmarcar normativamente, fuera ya del Estado de Alarma, la competencia de la Comunidad Foral de Navarra (y en particular de su Consejera de Salud) y con la extensión ya adelantada,

debemos referirnos al marco Constitucional y legal que sirve de soporte a tal afirmación:

1.- Con carácter previo debemos remarcar que las medidas que abordamos aquí suponen una restricción de Derechos Fundamentales y no una suspensión de los mismos. La suspensión supone una privación completa del Derecho o al menos una supresión de su contenido esencial que lo haga irrecognoscible. La limitación supone modular, restringir, poner límites a aspectos (al haz de facultades que lo integran) del ejercicio de tales derechos, pero respetando su contenido esencial, sin vaciarlo de contenido en su ejercicio.

2.- Es doctrina Constitucional consolidada que los derechos Fundamentales no tienen carácter ilimitado y absoluto pudiendo verse sometidos a modulaciones o límites siempre que esté justificado por un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionada. Así la STC 24/2015, de 16 de Febrero ya señalaba: "...partir de nuestra conocida doctrina sobre el carácter limitado y no absoluto de los derechos fundamentales. En concreto, para el derecho de reunión y manifestación lo recordábamos en la STC 193/2011, de 12 de diciembre , FJ 3, donde dijimos: "[e]n efecto, el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE - alteración del orden público con peligro para personas y bienes-, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero , FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre , (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios 'para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone ... y, en todo caso, respetar su contenido esencial'.". En el mismo sentido STC 186/2013 o el propio ATC 40/2020, ya en el ámbito temporal de la pandemia, de 30-4-2020).

3.- Así, entrando ya en el concreto marco normativo habilitante, en primer lugar debemos afirmar que, conforme a la distribución competencial diseñada por la Constitución (art 148.1. 21) y la LO 13/1982 de Reintegración y Mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo 53), Navarra tiene competencia en materia de sanidad, que es la materia a que se refieren las medidas sometidas a nuestra ratificación.

Esto nos conduce a abordar cual es la habilitación legal que en materia sanitaria permite a las CCAA adoptar medidas sanitarias restrictivas de Derechos Fundamentales para verificar si se cumple el canon de legitimidad constitucional exigible.

4.- La habilitación legal la encontramos fundamentalmente en la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de Abril de medidas especiales en materia de salud pública, y en concreto en su artículo 3(en conexión con su artículo 1 y complementados accesoriamente con la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de Abril , la Ley 33/2011 General de Salud Pública y la legislación autonómica ya expresadas ut supra). Veamos si cumple ese canon de legitimidad constitucional:

- a) Tratándose de Derechos fundamentales se exige una Ley para su limitación o restricción. Si afecta al desarrollo de los derechos fundamentales (art 81 CE) se exige Ley Orgánica ; si solo afectara al modo, forma, tiempo y o lugar del ejercicio del derecho bastaría Ley Ordinaria. (Art 53.1 CE) STC 160/1987.
- b) Esta limitación debe estar siempre suficientemente acotada en la correspondiente disposición legal de habilitación en cuanto a los presupuestos y en cuanto a los fines que persigue, de manera que resulte cierta y previsible, y esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales. Así se concluye de la Jurisprudencia Constitucional STC 104/200, 112/2006 y 76/2019).
- c) Así consideramos que el art. 3 de la L.O. 3/1986 habilita a las CCAA (con competencia en materia de Sanidad) para la adopción de medidas sanitarias al darse por un lado: el supuesto establecido en la norma, esto es, una enfermedad transmisible y un riesgo de transmisión (aquí ocasionada por el COVID-19,) y por otro la finalidad: controlar la transmisión de la enfermedad , y asimismo estar justificadas en la protección de otros bienes y derechos constitucionales: la salud individual y colectiva.

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^º JESUS AZCONA LABIANO

Fecha: 11/05/2021 12:54

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

Fecha: 11/05/2021 12:54

- ✓ Y en este punto hay que precisar que la ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública fue elaborada, tramitada parlamentariamente, y publicada en el mismo BOE de 29-4-1986 juntamente con la Ley General de Sanidad 14/1986, de la que formaba parte originariamente (se segregó del proyecto de la ley general de sanidad, los arts. 21, 22 y 29 que pasaron a tramitarse como Proyecto de Ley Orgánica de medidas de salud pública).
- ✓ Nos parece claro, por su génesis, su redacción y su contenido íntegro en conexión con otras Leyes Sanitarias, que el legislador fue muy consciente de que las competencias de urgencia que atribuía a las autoridades sanitarias podían restringir derechos fundamentales para en situaciones epidémicas adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la salud pública. Si se adoptó con el rango de Ley Orgánica fue precisamente entendemos para que no hubiese duda sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adoptara las medidas necesarias restrictivas de derechos fundamentales cuando así lo requiriera la protección de la salud pública.
- ✓ Por tanto no compartimos las tesis que niegan que las CCAA (autoridades sanitarias competentes) puedan dictar medidas restrictivas de derechos fundamentales, sea cuales sean. La Ley Orgánica 3/1986 no tendría razón de ser ni sentido alguno su génesis si la autoridad sanitaria no pudiera imponer restricciones de derechos fundamentales (derivando directamente su competencia de la Constitución y su Estatuto de Autonomía)
- ✓ Refuerza estas afirmaciones el propio texto del artículo 28 de la Ley General de Sanidad que en el proyecto precedía al actual artículo 3 de la LO 3/1986 y que refiere los principios a que deben atender las medidas

preventivas en la materia. Y en este mismo sentido coadyuva en la tesis que sostenemos el artículo 54.1 de la Ley 33/2011 General de Salud Pública que habilita a las autoridades competentes en la materia a adoptar medidas provisionales salvando expresamente las medidas de la LO 3/1986 de 14 de Abril de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

- ✓ Tampoco podemos aceptar las tesis que circunscriben la citada regulación a personas individualizadas. Nada de eso se deriva del propio texto del artículo 3 que habla del “ *...control de los enfermos y personas que estén o hayan estado en contacto con ellas y del medio ambiente inmediato...*”, “ *...de realizar acciones preventivas generales... así como de las que se consideren necesarias en caso de riesgo transmisible..*”; ni tampoco se deriva del artículo 1 que deja claro su objeto “ *proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro.....*”. De su literalidad y del propio espíritu y génesis de su redacción deriva la plena habilitación legal para la adopción de medidas limitativas generales referidas a una colectividad de personas.

d) Es cierto que el art. 3 de la L.O. 3/1986 no establece un elenco nominativo de medidas que se pueden adoptar, pero es que ello no es necesario conforme a la doctrina del TC. Basta para cubrir las exigencias constitucionales de seguridad, certeza y previsibilidad jurídica (STC 11/1981, 341/1993, 104/200...) que la LO habilitante concrete los presupuestos materiales y fines para permitir legítimamente la limitación de Derechos Fundamentales (STC76/2019, 292/2000...).

- ✓ Y así lo hace el artículo 1 y 3 de la LO 3/1986; y es que difícilmente puede exigirse a una LO establecer todas las concretas medidas a adoptar en cada situación de manera nominativa y específica, señalando, eso sí, la LO 3/1986 todo lo necesario para cubrir el canon constitucional exigible: Sus presupuestos materiales y

sus fines y dejando , además, una cláusula abierta de medidas a adoptar: el artículo 1 “.. *Con el objeto de proteger la Salud pública...podrán adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia y necesidad.....*; y el artículo 3 al señalar...” *Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles..... además de acciones preventivas generales.....podrá adoptar las medidas oportunas...así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*) que no vulnera la doctrina constitucional expuesta.

- ✓ Además, es típico de la legislación de policía el establecimiento de cláusulas generales, que, siempre que respeten los cánones habilitadores señalados, permiten una respuesta rápida y adecuada a las circunstancias imprevisibles a que debe atender.
- e) Por otra parte no compartimos las opiniones de que de aceptarse la competencia de la CCAA para la adopción de medidas restrictivas de Derechos fundamentales -fuera del Estado de Alarma declarado- se estaría vaciando de contenido el propio Estado de Alarma y por ende la propia LO 4/1981 reguladora de los Estados de alarma, excepción y de sitio. A ello hay que objetar:
 - ✓ Por un lado la LO 4/1981 establece unos supuestos de hecho habilitantes para la adopción del Estado de Alarma que abarcan no solo las pandemias sino también otros tipos de crisis sanitarias, situaciones de contaminación graves, catástrofes, calamidades públicas, desabastecimiento de productos de primera necesidad, paralización de servicios públicos, inundaciones, terremotos, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud... (así lo recoge su artículo 4). Correlativamente, el artículo 11 de la LO 4/1981, para hacer frente a esa pléyade de situaciones de muy distinta índole, establece un haz de medidas restrictivas a adoptar también de muy distinta índole. Por lo tanto ni los presupuestos de hecho del

Estado de Alarma ni las medidas a adoptar en él se agotan con una situación de pandemia ni son solo medidas de carácter sanitario.

- ✓ Cohonestando con lo anterior debemos señalar que tanto la regulación del estado de alarma como las medidas extraordinarias de policía sanitaria están reguladas por Ley Orgánica. La Ley Orgánica 4/1981 regula el estado de alarma mientras que la Ley Orgánica 3/ 1986 regula las medidas excepcionales de policía sanitaria que pueden adoptarse en el caso de grave riesgo para la salud pública. Teniendo ambas rango de ley orgánica ambas son susceptibles de afectar a Derechos Fundamentales (STC 5/1981, 53/2002 , 169/2001, 76/2019, entre otras). De todo ello cabe concluir que el ámbito de la LO 4/1981 es más amplio teniendo la LO 3/1986 (posterior además en el tiempo) un ámbito más específico: el sanitario.
- ✓ Así perfilado debemos concluir que, por su respectivo ámbito, naturaleza y rango normativo, no hay gradación jerárquica entre ambas leyes por lo que nada impide, antes al contrario, a que en base a esta LO 3/1986 las Autoridades sanitarias competentes (las CCAA) puedan adoptar medidas restrictivas o limitativas de Derechos Fundamentales.

5- Por ello, la habilitación constitucional y legal es correcta y corresponde a la autoridad sanitaria competente (CCCA), fuera del Estado de Alarma, la adopción de las medidas concretas, cualesquiera que estas sean y ya sean individuales y/o colectivas, siempre sometidas al control judicial de los TSJs (ex artículo 10.8 LJCA) para apreciar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Las medidas habilitadas son cualesquiera que cumplan esos parámetros de control judicial pues estamos ante una cuestión de competencia y no del grado de intensidad de las medidas restrictivas. Negar que las CCAA puedan adoptar medidas restrictivas de alta

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

intensidad (confinamientos perimetrales de CCAA, toques de queda...etc) y permitir la adopción de otras de baja intensidad entendemos que no tiene base legal alguna, a pesar de reconocer las discrepancias en este punto entre distintos Tribunales y la propia doctrina, e iría contra el principio de competencia que en la materia que nos ocupa ostentan las CCAA, fuera del Estado de Alarma declarado, conforme a la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía.

QUINTO. - Justificación de la necesidad de las medidas acordadas en la Orden Foral 13/2021 de 9 de Mayo, de la Consejera de Salud, ofrecida por la Administración.

En el presente caso, la Orden Foral justifica la necesidad de las medidas acordadas, destacando distintos aspectos al señalar que :

"...El informe del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, señala que la tasa de nuevos diagnósticos en la semana del 26 de abril al 2 de mayo ha disminuido un 16% la incidencia acumulada, situándose en 153 casos por 100.000 habitantes. La ratio de incidencia a los 14 días respecto a los 7 días es de 2,2, con lo que persiste la lenta tendencia decreciente que se observa desde la semana 14 (5 al 11 de abril), la semana posterior a la festividad de Semana Santa. Esta tendencia descendente se observa de manera un poco más acusada en la población mayor de 64 años con una ratio igual a 2,5. El N^o reproductivo básico se encuentra por debajo de 1 desde el 16 de abril, entre 0,85-1. La variante inglesa supone el 98% del virus circulante y se asocia con mayor transmisibilidad y riesgo de hospitalización. En esta última semana se están detectando casos esporádicos sospechosos de otras variantes preocupantes que están en estudio (variante sudafricana y brasileña). Esto conlleva otro elemento más de incertidumbre y amenaza.

En conjunto, la incidencia ha descendido moderadamente, aunque los ingresos y las defunciones se mantienen.

El descenso de las infecciones es más pronunciado en los grupos de mayor edad, lo que hace prever una evolución favorable de la ocupación hospitalaria. En este dato se observa un impacto positivo de la vacunación. A cambio, la presencia de la variante británica, actualmente dominante en Navarra, conlleva un mayor % de hospitalización en las personas más jóvenes. Llama la atención que sigue disminuyendo la edad de los ingresos, tanto en hospitalización como en UCI y en ambos casos el 50% están esta semana por debajo de 60 años (57 y 59 años respectivamente).

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

Fecha: 11/05/2021 12:54

Todavía persiste el nivel de alerta 4 (nivel muy alto). Esto sugiere que la variante británica, que es la actualmente dominante en Navarra, presenta mayores dificultades para el control de la transmisión y los avances son más lentos.

Por todo ello, el informe del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, considera necesario mantener las actuales medidas de prevención hasta que el nivel de alerta disminuya y se alcance mayor cobertura de vacunación, esperando su traducción en un menor porcentaje de personas que requieren hospitalización. Según el informe de la Gerencia del Complejo Hospitalario de Navarra el impacto de nuevas variantes del virus con mayor capacidad de contagio, mayor número de infecciones graves que requieren hospitalización y UCI y riesgo de

disminuir el efecto de las vacunas, es la principal preocupación en el momento actual.

Además de ser la variante B.1.1.7 (británica) mayoritaria, se ha detectado en Navarra un caso de variante B.1.351 (sudafricana) y 1 O casos de variante P1 (brasileña). Además, se están detectando circulación de otras variantes.

Especial atención hay que prestar en las próximas semanas a la llegada de casos con la variante B.1.617 (hindú) que ya están llegando a nuestro entorno.

En este sentido, lo refleja también el informe del Servicio de Microbiología del Complejo hospitalario del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. El descenso en el número de casos está siendo lento, lo que hace que la disminución de la repercusión hospitalaria sea también lenta. La ocupación de los hospitales, en especial de las camas de cuidados intensivos, ha alcanzado su máximo nivel sin afectar de momento a la actividad asistencial de patología no COVID-19.

Con este nivel de descenso, la presión sobre los hospitales y en especial sobre la UCI se mantendrá durante las próximas dos semanas en riesgo alto y el descenso a niveles riesgo bajo de ocupación de camas COVID-19 tardará entre 3 y 4 semanas. La disponibilidad de personal para incrementar los recursos hospitalarios se ha visto disminuida al tener que dedicar un contingente significativo de profesionales a tareas de vacunación, rastreo y realización de pruebas diagnósticas.

La lentitud en el descenso de nuevos casos indica un equilibrio inestable entre la capacidad de difusión del virus y el efecto de las medidas de contención en la comunidad. Cualquier factor que afecte significativamente a este frágil equilibrio puede favorecer una aceleración significativa de los contagios y una penetración en la comunidad de variantes con mayor riesgo de contagio, hospitalización y escape del efecto de las vacunas.

Por estos motivos, señala el informe del Complejo Hospitalario de Navarra, se hace necesario mantener medidas de prevención comunitaria para poder recuperar la situación hospitalaria, frenar la difusión y penetración de variantes del virus con mayor capacidad de contagio y de generación de ingresos en hospital y en UCI y dar tiempo a que la cobertura de las vacunas proteja a la población más vulnerable y asegure un nivel de inmunidad capaz de limitar la proliferación de los contagios. Llegar a los periodos de vacación estival con niveles altos de difusión de virus y ocupación hospitalaria alta, coincidiendo con una mayor movilidad y socialización, supondría asumir un alto riesgo de volver a perder el control de la pandemia en la comunidad.

Esta orden foral establece, al igual que otras ordenes forales anteriores, medidas en distintos ámbitos, tales como restricciones de hostelería y restauración, comercio, actividades culturales, deportivas, centros de formación no reglada, mercadillos, parques públicos y otras, que deben mantenerse toda vez que la incidencia acumulada de la comunidad foral sigue siendo alta y debe reducirse. Se mantiene todavía el cierre de interiores de la actividad de hostelería y restauración, si bien se amplía el horario de terrazas una hora más por ser en espacio abierto, con menos riesgo de contagios, y con la finalidad de intentar equilibrar la sanidad pública con la actividad económica.

Existen ya numerosos estudios y evidencias científicas publicadas (Revisión: evidencia epidemiológica acerca del rol en la hostelería en la transmisión de la COVID-19: una revisión rápida de la literatura, publicado en Gaceta Sanitaria, y que se aporta al expediente), donde se demuestra que la actividad de hostelería es una actividad de riesgo (se produce interacción social, en espacios cerrados con deficiente ventilación en muchos casos, donde se habla, se come, se bebe, normalmente sin mascarilla), y donde se concluye que el cierre de la actividad de hostelería y restauración es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia y la mortalidad de la COVID-19 y que en riesgo alto de contagios debe permanecer cerrada. En estos momentos, la Comunidad Foral de Navarra sigue en riesgo muy alto y, tal y como señalan los informes técnicos, deben mantenerse las medidas adoptadas con anterioridad ya que la situación epidemiológica y depresión asistencial no ha variado sustancialmente con respecto al momento en que se adoptaron estas medidas.

Además de las medidas referidas, en esta orden foral se incluyen otras dos medidas relevantes, por sus implicaciones y la restricción de derechos fundamentales que suponen. De una parte, la limitación de reuniones en el ámbito público a seis personas y privado a dos unidades convivenciales, con un máximo de seis personas y de otra parte, la limitación de la libertad de circulación entre las 23:00 y las 6:00 horas, con importantes excepciones.”

El Gobierno de Navarra aporta , como soporte a su petición , diversos informes técnicos y estudios científicos, a saber: Informe epidemiológico del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, Estudio de la evidencia epidemiológica acerca del rol de la hostelería en la transmisión del COVID-19, documento del Ministerio de Sanidad sobre indicadores principales de seguimiento COVID (29-4-2021), Informe de la situación asistencial hospitalaria de la Gerencia del Complejo Hospitalario de Navarra, Informe del Servicio de Microbiología del Complejo Hospitalario de Navarra y la Clínica Universitaria de navarra, estudio científico "Characteristics of SARS-COVV-2 variants of concern B.1.1.7 B.1. 351 or P1: data from seven EU/EEA countries", Documento del Ministerio de Sanidad relativo a la actualización de la situación epidemiológica de las variantes de SARS-

COV-2 de importancia en salud pública en España, Informe de la Policía Foral sobre denuncias por infracciones COVID-19, Informe de la Policía Foral sobre la situación, desde el punto de vista policial, acerca de botellones, fiestas privadas, reuniones familiares y similares, y por último Informe de la Dirección General de Salud.

SEXTO. - Análisis de la necesidad y proporcionalidad de las diferentes medidas adoptadas.

Realizado todo el planteamiento legal expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores, procede analizar finalmente si las medidas acordadas en la Orden Foral 13/2021 son idóneas (medidas eficaces para alcanzar su fin), necesarias (en el sentido de no haber otras medidas menos lesivas para la consecución de los fines propuestos: contener el ritmo de contagios y proteger, en definitiva, la salud pública) y si son proporcionadas para conseguir este objetivo, aunque supongan ciertas limitaciones de derechos fundamentales.

Comenzaremos este juicio de proporcionalidad por el análisis por aquellas medidas que suponen mayor intensidad en las restricciones de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.

1.- Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno desde las 23 horas a las 6 horas del día siguiente en la Comunidad Foral, denominado comúnmente como “toque de queda”, que permite, no obstante, 9 excepciones por las razones justificadas que se recogen en el apartado 28 de la Orden Foral 13/2021.

- a) En este punto, la Orden Foral sustenta esta limitación del referido Derecho Fundamental en que en caso de no adoptarse esta medida proliferarían los botellones lo que unido a la limitación de la actividad de la hostelería hasta las 22 horas podría incentivar reuniones, fiestas etc en esa franja horaria en espacios privados y cerrados. Entiende justificado esta petición en los Informes que aporta de la Policía Foral acerca de la eventual proliferación de fiestas y concluye que sin esas

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^a JESUS AZCONA LABIANO

Fecha: 11/05/2021 12:54

limitaciones se corre el riesgo de aumentar los contagios en personas y franjas de edad todavía no protegidas con las vacunas.

- b) El Ministerio fiscal se opone a la ratificación de esta medida pues entiende que la Comunidad Foral no tiene competencia para adoptar esta medida al vulnerar el principio de legalidad por falta de cobertura legal.
- c) En primer lugar debemos señalar que esta medida supone una limitación o restricción de un Derecho Fundamental y no una suspensión, como se deriva de su propia naturaleza. Esta Sala en Auto 170/20202 de 22-10-2020, Rec:413/2020 acordó el cierre perimetral de la Comunidad Foral, considerándolo una limitación espacial del derecho a la libertad de circulación; pues bien del mismo modo esta limitación de circulación en franja horaria determinada supone una limitación temporal de ese derecho a la libertad de circulación. El establecimiento de esta franja horaria limitando la circulación de personas no supone vaciar de contenido el derecho fundamental de referencia teniendo en cuenta que se establecen hasta 9 excepciones a esa limitación por razones justificadas muy variadas.
- d) Las alegaciones del Ministerio Fiscal (que , sin embargo, en el Auto de 22-10-2020 se mostró conforme al confinamiento perimetral de ña Comunidad Foral) deben rechazarse por las razones que en el Razonamiento Jurídico CUARTO del presente Auto al que nos remitimos.
- e) Entiende esta Sala que esta restricción no supera el canon de necesidad y proporcionalidad, no habiendo justificado cumplidamente el Gobierno de Navarra tales extremos respecto de esta medida, que supone una restricción de Derechos fundamentales de alta intensidad que afecta injustificadamente a un Derecho Fundamental (artículo 19 CE).
- ✓ El establecimiento de una medida tan afectante a un Derecho Fundamental no puede basarse en criterios de oportunidad o conveniencia, sino que debe estar justificada cumplidamente en sólidos fundamentos que no se dan respecto de esta medida.

Firmado por: FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA, ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN, ANTONIO SANCHEZ IBANEZ, RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ, M ^a JESUS AZCONA LABIANO	Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html	Fecha: 11/05/2021 12:54
--	---	-------------------------

- ✓ Es evidente que esta medida (como todas las medidas que se proponen o se han propuesto en otros momentos por el Gobierno de Navarra: confinamiento perimetral etc....) son eficaces (juicio de idoneidad), unas en mayor medida que otras, pero todas eficaces. Pero eso no basta para poder ratificar una medida tan restrictiva de un Derecho Fundamental. Es necesario además que se justifique por la Administración que no existe otra medida menos lesiva para el Derecho Fundamental afectado (juicio de necesidad) y que la misma es proporcional a los fines en relación con el Derecho Fundamental afectado y su intensidad (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). No existe tal justificación de la necesidad y proporcionalidad en la presente medida.
- ✓ El fundamento dado por la Orden Foral para la adopción de esta medida (además ,claro está, de los datos epidemiológicos que afectarían al juicio de idoneidad) es la evitación del denominado “botellón” y su sustento justificativo en los Informes de la Policía Foral sobre la existencia de tales botellones y los problemas de su control.
- ✓ Pues bien el control del denominado “ botellón” no necesita ni exige una medida tan invasiva en los Derechos Fundamentales (o al menos no se ha justificado cumplidamente para cubrir el juicio de necesidad y proporcionalidad) . El control del “ botellón” se puede realizar con aplicación de la legislación ordinaria (lo mismo que se hacía antes de la pandemia) no necesitando de la aplicación de la legislación sanitaria extraordinaria.
- ✓ Correlativamente a lo anterior tampoco se va a incentivar con su no rarefacción las reuniones en lugares cerrados privados derivados de la limitación del horario hasta las 22 horas de la actividad hostelera, ya que esta Sala en coherencia con lo acordado en este apartado va a ratificar, en los siguientes apartados, las restricciones de reuniones de personas en ámbitos privados y públicos y va a no ratificar las limitaciones

horarias acordadas para la hostelería con incidencia en espacios exteriores como las terrazas.

- ✓ Mención especial merece la referencia que hace la Orden Foral a los contagios a personas no protegidas por las vacunas pues el Gobierno de Navarra no ha aportado a esta Sala ningún informe ni referencia sobre el estado de la vacunación, ni del número de inmunizados, ni del programa y previsiones de vacunación etc.. que evidentemente afectan a la situación de la pandemia en la actualidad, y cuya realidad no es la misma que en Octubre de 2020.

2.- Otras Limitaciones horarias conectadas teleológicamente a la anterior medida del aparatado 1 que acabamos de referir.

Correlativamente a la no ratificación de la medida anterior (toque de queda) y para ser coherentes con los argumentos expuestos y sus consecuencias prácticas, debemos no ratificar las medidas de los apartados 3.3, 3.4, 14.5, y 17 inciso segundo y 24.6., teniendo en cuenta que de los informes técnicos se concluye que es en los espacios cerrados en donde más riesgo de propagación se produce por lo que en espacios exteriores esta circunstancia se reduce muy considerablemente (y así lo expresa la propia Orden Foral) y ello sin perjuicio de respetar las normas generales de prevención, careciendo en consecuencia de proporcionalidad las restricciones horarias de los citados apartados.

Entendemos que estas limitaciones horarias (de los apartados 3.3, 3.4, 14.5, y 17 inciso segundo y 24.6.) solo tienen sentido en el contexto de la vigencia del “toque de queda” pues estos límites de horario máximo solo persiguen habilitar el cumplimiento del horario de “toque de queda” ; así, decaída la limitación de circulación en horario nocturno (“toque de queda”) deben decaer por su base estas limitaciones por encontrarse íntimamente unidas.

Esta interconexión finalista la reconoce la propia Orden Foral al reconocer que estas tres medidas (toque de queda, restricciones de reuniones de personas en ámbito público y privado y correlativa limitación horaria de las terrazas hasta las 22 horas) “*deben ir necesariamente unidas*”.

En conclusión, una interpretación teleológica de la medida que hemos abordado en el apartado 1 de este Razonamiento Jurídico y el fundamento de las medidas de los apartados 3.3, 3.4, 14.5, y 17 inciso segundo y 24.6, nos conducen a no ratificar las medidas de estos apartados, lo que coherente y encaja perfectamente en la protección de la salud pública con la ratificación de las limitaciones de reunión de personas en ámbitos públicos y privados que a continuación exponemos.

3.- En particular respecto a las limitaciones de reuniones de personas máximo 6 personas tanto en el ámbito privado como público (apartado 27 de la Orden Foral) esta Sala ya ha señalado su ajuste al canon de proporcionalidad en Autos de 19-9-2020 (Rc 370/2020) Auto de 16-10-2020 (Rc 405/2020) y de 22_10-2020 (Rc 413/2020).

Es notorio que se están produciendo numerosos contagios en esos espacios, donde las medidas de precaución se relajan, e incluso carecería de lógica decir que en el espacio público no puede haber reuniones de más de seis personas y, sin embargo, se permitiera, dada la situación, en el espacio privado con el riesgo de transmisión que representa dicho espacio si se produce una elevada asistencia de personas y la relajación de las medidas en un entorno de confianza, al menos en el estado actual tanto temporal como epidemiológico en que resolvemos este Auto.

Los informes aportados por la Administración ponen de relieve que se siguen produciendo numerosos contagios por brotes que se originan en esos ámbitos. Siendo esto así, la medida acordada se revela necesaria y proporcionada para evitar o, en todo caso, minimizar los contagios, tanto en espacios públicos como privados.

4.- Respecto al resto de limitaciones al ejercicio de Derechos, en particular las limitaciones de aforo en los lugares de culto todas ellas se consideran necesarias y proporcionadas y así lo ha venido acordando este TSJNavarra en distintos Autos.

Atendiendo a la motivación contenida en los informes obrantes ya reseñados, las medidas, desde un punto de vista sanitario, resultan necesarias y también se consideran proporcionadas, máxime si están

también limitadas en el tiempo, lo que se revela en este campo como un factor esencial en el juicio de proporcionalidad.

5.- Debe aquí resaltarse, ya por último, la importancia del elemento temporal a la hora de realizar el juicio de proporcionalidad en conexión con la situación epidemiológica de cada momento.

Las medidas adoptadas lo son hasta el 20 de Mayo de 2020, lo que se considera proporcionado.

Dicho esto, hay que remarcar que la sucesiva extensión temporal de estas medidas por las continuas prórrogas conlleva una debilitación extraordinariamente intensa de la justificación de la proporcionalidad necesaria para la restricción de derechos fundamentales. Ello quiere decir que conforme vaya avanzando en el tiempo la situación epidemiológica en sentido amplio (lo que incluye los puros datos epidemiológicos, la evolución hospitalaria, los avances en los estudios científicos, el incremento de inmunizados, el avance de la vacunación y otros muchos aspectos no solo médicos sino también estadísticos....) la adopción de estas medidas va a necesitar una mayor intensidad de justificación por parte de la Administración.

SEPTIMO.- Conclusión.

Por todo lo expuesto, **procede ratificar** las medidas sanitarias a aplicar en Navarra contenidas en la Orden Foral 13/2021 de 9 de Mayo de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas específicas de prevención, de carácter extraordinario, para la Comunidad Foral de Navarra, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19., **excepto** las siguientes:

- **3.3.** *“El horario de cierre de las terrazas de los establecimientos de hostelería y restauración a los que se refiere este punto será las 22:00 horas, incluido desalojo.”*
- **3.4.** *“Igualmente se podrán servir y preparar comidas a domicilio o recogida en el establecimiento con cita previa hasta las 22:30 horas”.*

Firmado por:
FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA,
ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN,
ANTONIO SANCHEZ IBANEZ,
RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ,
M^º JESUS AZCONA LABIANO

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

Fecha: 11/05/2021 12:54

- **14.5.** “El horario máximo de apertura y/o actividad en espacios exteriores, se establecerá hasta las 22:00 horas.”
- **17 inciso segundo** “El horario máximo apertura se establecerá hasta las 21:00 horas.”
- **24.6.** “El horario de cierre de estas salas será las 21 horas.”
- **y el apartado 28** relativo al “Establecimiento de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno en la Comunidad Foral de Navarra.”, **de manera íntegra.**

OCTAVO. - Costas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139. 1. de la LJCA 1998, no procede efectuar imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º.- RATIFICAR las medidas sanitarias contenidas en la Orden Foral 13/2021, de 9 de Mayo de la Consejera de Salud de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas específicas de prevención, de carácter extraordinario, para la Comunidad Foral de Navarra, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19 **EXCEPTO las señaladas en el Fundamento de Derecho SEPTIMO de este Auto.**

2º.- La Administración deberá comunicar a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo **cualquier incidencia** que afecte a la ejecución de las medidas ratificadas o que determinen, en su caso, la procedencia de alzar las mismas, al igual que deberá solicitar la ratificación de la prórroga de las medidas si fuera acordada por la Administración Sanitaria.

3º. La Administración remitirá a este Tribunal, en el plazo de siete días naturales, **informe sobre la evolución** epidemiológica y la efectividad de las medidas acordadas.

4º. Sin hacer expresa imposición de las **costas** procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y, que de conformidad al artículo 87 y 87 ter LJCA (introducido por Real Decreto Ley 8/2021, BOE 5-5-2021) y por los trámites que expresamente prevén , contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo el plazo de tres días hábiles, no siendo requisito necesario interponer previamente el recurso de reposición.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres y Sras.

Magistrados indicados en el encabezamiento. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.