



SENTENCIA Nº 2166 /2022
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO Nº [REDACTED]

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. [REDACTED]

MAGISTRADOS

DOÑA [REDACTED]

D. [REDACTED]

Sección Funcional 2ª

En la ciudad de Málaga, a 30 de mayo de 2022.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 122/2.021, interpuesto por ASOCIACION DE ABOGADOS CRISTIANOS., representada por la Procuradora Sra. [REDACTED] y asistido por la Abogado Sr. Castellano Flórez, contra la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y POLITICAS SOCIALES DE LA CIUDAD AUTONOMA DE MELILLA, representada asistida por el Letrado de la misma Sr. [REDACTED]

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la representación procesal de la Asociación de Abogados Cristianos ,se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Ordenes de la Consejería de Economía y Políticas Sociales de la Ciudad Autónoma de Melilla, concretamente contra el Punto 6ª de la Orden n.º 341 de fecha 26 de enero de 2021, por la que se establecen las medidas sanitarias preventivas en diversos sectores de la ciudad como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19 y contra el mismo punto de Orden n.º 846 de fecha 16 de febrero de 2021, por la que se prorrogan las medidas establecidas en la Orden n.º 341 de fecha 26 de enero de 2021, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[REDACTED]			
	[REDACTED]			
	[REDACTED]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	1/20	



SEGUNDO.- Que admitido a trámite el recurso, se acumularon a este los recursos 74/21 y 166/21 y recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que suplicaba se dictase sentencia por la que estimando el recurso se anulase el acto administrativo impugnado en el sentido recogido en el suplico de la misma. Dado traslado a la representación de la Administración demandada para contestar a la demanda, lo efectuó mediante escrito, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitaba se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso por ser ajustado a derecho el acto impugnado; y tras el trámite de conclusiones, quedaron conclusos los autos para sentencia y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar en el día fijado al efecto.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugnan en los presentes recursos acumulados por la representación procesal de la Asociación De Abogados Cristianos :

1. La Orden n.º 341 de fecha 26 de enero de 2021, por la que se establecen las medidas sanitarias preventivas en diversos sectores de la ciudad como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19.

2. Orden n.º 846 de fecha 16 de febrero de 2021, por la que se prorrogan las medidas establecidas en la Orden n.º 341 de fecha 26 de enero de 2021, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19

Ambas Ordenes dimanar de la Consejería de Economía y Políticas Sociales de la Ciudad Autónoma de Melilla.

El punto sexto de cada una de las Órdenes presentaba el mismo tenor literal, a saber: "Sexto. - Actos de culto y oficios religiosos.

1.- Los aforos no podrán sobrepasar 1/4 de su aforo permitido, siempre que este garantice la distancia de seguridad arriba dispuesta, en otro caso el aforo alcanzará sólo el porcentaje que corresponda al mantenimiento de aquella. No obstante lo anterior y atendiendo a lo singular de la Ciudad de Melilla, se establece el cierre de los templos de culto religioso siguiendo la siguiente regla;

Los templos de culto religioso musulmán deberán permanecer cerrados los viernes desde las 08:00h hasta las 00:00h.

Los templos de culto religioso judío deberán permanecer cerrados los sábados desde las 08:00h hasta las 00:00h.

Los templos de culto religioso cristiano deberán permanecer cerrados los domingos desde las 08:00h hasta las 00:00h".

Destaca la actora que la prohibición de apertura de templos de culto religioso se realiza en el día considerado sagrado para las confesiones religiosas cristianas, judías y musulmanas. por la que se establecían las medidas sanitarias preventivas en diversos sectores de la ciudad como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19.

añade que la Orden nº 341 entró en vigor a las 00: 01h del 27 de enero de 2021, manteniendo su vigencia y eficacia hasta las 23:59 h del 17 de febrero de 2021. Por su



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/20	



parte, la Orden nº 846 entró en vigor el 17 de febrero de 2021, manteniendo su vigencia y eficacia hasta las 23:59h del día 1 de marzo de 2021. Por ello afirma que las medidas limitadoras del culto referidas en el punto sexto de cada una de las Órdenes estuvieron vigentes de manera completamente ininterrumpida.

Los motivos de impugnación que alega son los siguientes:

1º: Nulidad de las órdenes 341 y 846 por su ilegalidad

2º: nulidad de las órdenes 341 y 846 por su inconstitucionalidad

Solicita de la Sala el dictado de sentencia por la que se declare nulo el punto sexto de ambas órdenes, con expresa condena al pago de las costas a la administración demandada.

SEGUNDO.- Por su parte el Letrado de la Ciudad Autónoma de Melilla, eso escrito de contestación a la demanda plantea como cuestiones previas la inadmisión del recurso por la pérdida sobrevenida de objeto, artículo 51.1. C) de la LJCA y la falta de legitimación activa, artículo 19.1 de la LJCA.

en cuanto al fondo se opone a las alegaciones de la demanda.

TERCERO.- Debemos comenzar por resolver las cuestiones previas planteadas por la demandada y comenzaremos por la solicitud de inadmisión por pérdida sobrevenida del objeto del recurso dado, según la parte demandada, que ambas Órdenes impugnadas han agotado plenamente su eficacia y efectos, al no haberse prorrogado su vigencia, vaciándose de contenido es la litis, como ha entendido respecto a la Orden nº 846 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Melilla, en Auto nº 147/2021 de fecha 8 de julio.

Pues bien, el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de febrero de 2022, recaída en recurso 110/2021 en un caso muy similar al que tratamos promovido por la misma recurrente contra el acuerdo 14/2020, de 18 de noviembre del Presidente de la Junta de Castilla y León por el que se prorrogan los efectos del acuerdo 13/2020 de 12 de noviembre, por el que se adoptan medidas en el municipio de Burgos, como autoridad competente delegada, para la aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el más SARS-CoV-2, en lo que respecta a lugares de culto ha venido a incidir en lo ya resuelto en Sentencia 126/2022 en la que rechazó declarar la pérdida de objeto de aquel recurso.

Y en este particular su motivación fué la siguiente:

" CUARTO.- Nuestra primera decisión ha de venir referida a la petición de pérdida de objeto que plantea la administración demandada y, ya adelantamos, será contraria a lo postulado.

" La pérdida de objeto por expiración del plazo de vigencia del acuerdo impugnado y la imposibilidad de su sustitución no son admisibles como causa determinante de la pérdida de objeto del recurso porque ello conllevaría que las posibles vulneraciones de derechos fundamentales quedasen definitivamente inmunes, lo es contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva. Y ello ha de ser así por lo siguiente



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	3/20	



" 1º.- Efectivamente, no podemos considerar que el recurso carezca de objeto ni de sentido porque la norma legal de cobertura de la actuación administrativa impugnada haya sido declarada inconstitucional en una parte esencial, por lo que a este recurso se refiere, pues durante su vigencia se ha producido un reguero de actos de aplicación que han sido impugnados y no han alcanzado firmeza.

" Así, en recientes sentencias, como las dictadas los días 15 de junio de 2021 (ROJ: STS 2424/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2424), en recurso de casación núm. 8337/2019) y 16 de junio de 2021 (ROJ: STS 2427/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2427), en recurso de casación 8339/2019 , hemos dicho que "Y aunque esta Sala ha mantenido, respecto de la derogación sobrevenida de normas reglamentarias, una jurisprudencia oscilante en orden a declarar la carencia de objeto en unos casos, y no haciéndolo en otros en los que no apreciaba la pérdida de objeto en atención a los actos de aplicación dictados al amparo y durante la vigencia de la disposición general, en el caso examinado se trata de la aplicación de una norma con rango de Ley, lo que comporta siempre la fijación y aplicación del régimen jurídico en vigor al dictarse el acto impugnado.

" Así es, dicha norma legal ha prestado cobertura a una pluralidad indeterminada de actos administrativos que no han devenido firmes y que, como es natural, han de ser resueltos con arreglo al marco jurídico que estaba vigente cuando se dictaron, es decir, la expresada Ley de Farmacia de Andalucía. El examen del recurso mantiene indemne, por tanto, su objeto y la concurrencia de un interés casacional, pues afecta a una pluralidad de actos administrativos que simplemente han sido dictados durante la vigencia de una norma."

Siguiendo la doctrina expuesta la Sala rechaza, igualmente, que se haya producido la pérdida de objeto del recurso por la pérdida de vigencia de las Ordenes impugnadas.

En cuanto a la Falta de legitimación activa, la demandada reclaza la de la Asociación de Abogados Cristianos, con sede en Valladolid, sin asociado alguno en la ciudad de Melilla , para impugnar las resoluciones que son aplicables únicamente en el territorio de esta Ciudad Autónoma. Esta Asociación, en su opinión, no habría justificado ningún interés directo en el pleito por motivo de una afectación inmediata de la actuación administrativa impugnada a su órbita de interés, más allá de la defensa abstracta de la legalidad, tratarse de unas disposiciones administrativas cuyo ámbito de eficacia está delimitado a la ciudad de Melilla, con la que dicha Asociación no manifiesta guarda relación alguna, al radicar su sede en Valladolid, no indicar su implantación en esta Ciudad Autónoma, ni ostentar representación alguna en la misma.

Nuevamente vamos a recurrir al AltoTribunal para rechazar esta alegación previa de falta de legitimación.

Y para ello rememoremos la fundamentación que al respecto contiene el ATS de 10 de junio de 2021, recaído en el recurso 19/2021 interpuesto por la misma Asociación recurrente, en relación al acuerdo 3/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, sobre medida de restricción de aforo en lugares de culto religioso, en el marco del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/20 20, de 25 de octubre.

Es la siguiente:



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022		
Firmado Por	██████████ ██████████ ██████████ ██████████				
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/			Página	4/20



“TERCERO.- La doctrina del Tribunal Constitucional, por todas STC 218/2009, de 21 de diciembre, ha declarado, al examinar la dimensión constitucional de la legitimación que al reconocer [...] el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de [tal] legitimación activa" (SSTC 42/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 85/2008, de 21 de julio, FJ 4; y 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4, por todas) [...] (FD 2), precisando que, [...] con relación al orden contencioso- administrativo, "que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta" (entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3; y 28/2009, de 26 de enero, FJ 2) [...] (FD 2).

Acorde con esta caracterización de la legitimación, no puede ser acogida la objeción procesal que ahora se plantea, dada la directa relación que cabe apreciar entre los fines estatutarios de la entidad recurrente, así como los medios con los que se propone el cumplimiento de los mismos, y la cuestión de fondo suscitada en este recurso, en particular, la proporcionalidad de las medidas incorporadas al acuerdo recurrido respecto a una de las manifestaciones esenciales de la libertad religiosa, la asistencia a actos colectivos de culto religioso, atendida la intensidad de la afectación de las medidas del acuerdo sobre estas manifestaciones colectivas, que constituyen un aspecto sustancial, no sólo de la libertad de reunión sino también de la libertad religiosa.

En efecto, la exteriorización colectiva de actos de culto, celebración y encuentros religiosos es uno de los contenidos garantizados del derecho de libertad religiosa (art. 2.Uno, a y b de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa) y un aspecto esencial de la confesión religiosa cristiana, cuya defensa por los diversos medios mencionados en el art. 4, g y k de los estatutos de la asociación recurrente, se corresponde con el ejercicio de las pretensiones aquí deducidas. En consecuencia, hemos de rechazar la alegación de inadmisibilidad, debiendo dar curso al trámite de contestación a la demanda por el plazo restante, conforme al art. 59.3 LJCA.”

CUARTO.- Una vez en rechazadas las alegaciones previas corresponde a esta Sala entrar en el estudio de las alegaciones de fondo.

La demandante sostiene que las Órdenes 341 y 846 dictadas por el consejero son nulas por ser ilegales. Y lo expresa de la siguiente forma:

“Esta parte sostiene que las Órdenes 341 y 846 dictadas por el consejero son nulas por ser ilegales. Para determinar dicha causa de nulidad hemos de acudir a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	5/20	



adelante, “Ley 39/2015”), concretamente a su art. 47. Dado que las Órdenes que se impugnan tienen la consideración de disposiciones administrativas de carácter general, procede citar su apartado 2, cuyo tenor literal es el que sigue:

“2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

Esta ilegalidad se basa fundamentalmente en tres aspectos: en primer lugar, por falta de competencia del consejero para dictar las Órdenes, omisión de trámites esenciales en el procedimiento y por el propio contenido de las mismas.

Concretamente, alegamos que las Órdenes son ilegales por lo dispuesto en su punto sexto, que volvemos a citar:

“Sexto. - Actos de culto y oficios religiosos.

1.- Los aforos no podrán sobrepasar 1/4 de su aforo permitido, siempre que este garantice la distancia de seguridad arriba dispuesta, en otro caso el aforo alcanzará sólo el porcentaje que corresponda al mantenimiento de aquella. No obstante lo anterior y atendiendo a lo singular de la Ciudad de Melilla, se establece el cierre de los templos de culto religioso siguiendo la siguiente regla;

Los templos de culto religioso musulmán deberán permanecer cerrados los viernes desde las 08:00h hasta las 00:00h.

Los templos de culto religioso judío deberán permanecer cerrados los sábados desde las 08:00h hasta las 00:00h.

Los templos de culto religioso cristiano deberán permanecer cerrados los domingos desde las 08:00h hasta las 00:00h”.

Las Órdenes 341 y 846 referidas se basan, según sus propios antecedentes, en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (“Real Decreto 926/2020”, en adelante) para dictar las normas oportunas, entre las que se incluye el punto sexto citado. De esta forma, el Real Decreto 926/2020 constituye una “disposición administrativa de rango superior” a las Órdenes a la que estas se tienen que someter por completo, tal y como dispone el art. 47.2 de la Ley 39/2015. En efecto, el Real Decreto 926/2020 crea el régimen jurídico para que las autoridades competentes delegadas -en este caso, las Comunidades Autónomas- dicten normas, pero estas normas no se pueden extralimitar de lo dispuesto en dicho Real Decreto. Para comprobar si dicho punto sexto es conforme a Derecho, hemos de acudir, por tanto, al régimen que el Real Decreto 926/2020 establece en lo que a la libertad de culto se refiere.

El artículo 8 RD 926/2020, establece régimen aplicable a la libertad de culto:

“Artículo 8. Limitación a la permanencia de personas en lugares de culto.

Se limita la permanencia de personas en lugares de culto mediante la fijación, por parte de la autoridad competente delegada correspondiente, de aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar de los encuentros colectivos. Dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa”.

Según el art. 2.2 del Real Decreto 926/2020, el presidente de la Ciudad con Estatuto de Autonomía es la autoridad competente delegada. Pues bien, el art. 8 del Real Decreto citado habilita a las autoridades competentes delegadas únicamente a la fijación de aforos en los lugares de culto. Por tanto, la ilegalidad se plasma, en primer lugar, en dos



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Uri De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	6/20	



aspectos. Por un lado, un Consejero no puede tomar tal medida, pues está atribuida exclusivamente al presidente de la Ciudad Autónoma y, por lo tanto, el instrumento para llevarla a cabo debe ser un decreto, no una orden ministerial; ergo, comprobamos la concurrencia de dos causas de ilegalidad: falta absoluta de competencia y omisión de trámites esenciales del procedimiento, las cuales se materializan en el incumplimiento o extralimitación de lo dispuesto en el citado Real Decreto 926/2020.

Los antecedentes dicen igualmente basarse para dictar estas Órdenes en dos Decretos dictados por el presidente de la Ciudad Autónoma al amparo del Real Decreto 926/2020; dichos Decretos son los siguientes: Decreto n.º 426 de fecha 27 de octubre de 2020, relativo a medidas preventivas en la Ciudad de Melilla como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19 y Decreto n.º 5 de fecha 6 de enero de 2021, relativo a medidas preventivas necesarias en la Ciudad de Melilla como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19. El punto quinto de ambos Decretos regula el aforo que deben guardar los templos religiosos, lo cual sí se adecúa al Real Decreto 926/2020, pero no habilita -porque no puede jurídicamente- a que la Consejería de Economía y Políticas Sociales dicte una Orden limitando el horario de apertura de los templos y prohibiendo la práctica de la libertad religiosa y el culto el día sagrado para las confesiones religiosas. Por lo tanto, existe también un incumplimiento de estos Decretos, los cuales constituyen una “disposición administrativa de rango superior”.

El resto de leyes y reglamentos citados en los antecedentes de las Órdenes referidas son anteriores al Real Decreto 926/2020 y no habilitan para restringir de esta forma -ni mucho menos suspender- un derecho fundamental, sobre todo durante tanto tiempo (recordemos: desde las 00:01 horas del 27 de enero de 2021 hasta las 23:59 horas del día 1 de marzo de 2021). El único precepto con rango de Ley Orgánica que citan los antecedentes de las Órdenes es el art. 1 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud pública. Nuestro sistema constitucional solo permite limitar derechos fundamentales con base en una Ley Orgánica (la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio), pero la Ley Orgánica 3/1986 citada no permite tomar medidas que limiten la libertad religiosa ni establecer que durante un determinado horario los lugares de culto deben permanecer cerrados, siendo además esta una ley muy particular que solo cuenta con cuatro artículos muy generales, no pudiéndose interpretar de una manera tan extensiva esta Ley para limitar derechos fundamentales. En dicha Ley Orgánica no se especifica que se pueda restringir de una forma tan absoluta ni suspender la libertad de culto, por lo que esta no puede constituir base jurídica suficiente de acuerdo a la lógica constitucional para establecer tal restricción de un derecho individual y fundamental en nuestra sociedad democrática.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Llegados a este punto, se hace preciso traer a colación el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (ATS) n.º 19/2021, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:1822A) que accedió a la medida cautelar solicitada por esta parte de suspender el Acuerdo 3/2021 de la Junta de Castilla y León que dispuso que solo podía haber un máximo de 25 personas en todo tipo de reunión, celebración o encuentro religioso. Concretamente, cabe citar su FJ 5º, en el cual el Alto Tribunal argumenta las razones que le llevan al otorgamiento de la medida cautelar que esta parte interpuso.

En primer lugar, el ATS 19/2021 recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la restricción de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad religiosa:



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	████████████████████			
	████████████████████			
	████████████████████			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	7/20	



“Según señala la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas STC 173/2011) el juicio de proporcionalidad de la restricción de derechos fundamentales debe estar concretado, a su vez, en las tres siguientes 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) [...]” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3)”.

Esta Jurisprudencia constitucional lleva al Tribunal Supremo a afirmar lo siguiente: “La extensión del aforo máximo de 25 personas, con independencia del lugar, características y dimensiones del establecimiento, incluso de si se trata de una reunión o celebración al aire libre o en espacios interiores, resulta manifiestamente desproporcionada”. Si la medida de limitar el aforo en lugares de culto a 25 personas independientemente de su capacidad es desproporcionada, cuánto más lo será prohibir directamente su apertura.

Así, el Tribunal Supremo llegó a la siguiente conclusión:

“En este caso, sin embargo, estamos ante una medida que sin duda es gravosa para la práctica de las manifestaciones colectivas de la religión católica, con afectación de un derecho fundamental, y cuya proporcionalidad es abiertamente insuficiente, precisamente por

introducir un criterio de cifra máxima de asistentes, sin ponderar ni las características de los lugares o establecimientos, cuando con toda evidencia son muy distintas las condiciones de riesgo de contagio, que es el elemento habilitante para la restricción (art 8 RD 926/2020). Concorre, en consecuencia, peligro para la efectividad plena del derecho concernido, y la medida cautelar resulta necesaria (art. 129.1 y. 130.1 LJCA) para la plena efectividad de la sentencia, pues de otra manera no cabría reponer, ni directa ni indirectamente el derecho afectado.

En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto (art. 130.2 LJCA), no cabe apreciar que se produzca un riesgo para la salud pública, porque la suspensión de número máximo de 25 personas no afecta al límite de un tercio del aforo, que se mantiene vigente, lo que constituye, en unión del resto de las actuaciones de prevención que deben observarse, una salvaguarda suficiente.

En consecuencia, procede otorgar la medida cautelar solicitada, y suspender la vigencia del límite máximo de 25 personas a que hace referencia el apartado 3 del Acuerdo 3/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León (BOCyL nº 2 de 16 de enero de 2021), por tanto, la medida de suspensión afecta exclusivamente al inciso del citado apartado que dice “[...] con un máximo de 25 personas”, manteniendo la vigencia de todo lo demás”.

Tal y como sucedió en el caso anterior, nos encontramos ante una medida desproporcionada tanto por su contenido (prohibición de apertura de templos religiosos de 8:00 a 00:00 el día sagrado de las confesiones religiosas predominantes de la Ciudad Autónoma de Melilla), como por su excesiva duración (desde las 00:01 h del 27 de enero de 2021 hasta las 23:59 del día 1 de marzo de 2021; una duración muy superior a otra que sí que fue declarada legal: en Cantabria se produjo una limitación del aforo de lugares de culto a 10 personas entre el 28 de enero y el 11 de febrero de 2021).”



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	8/20	



También considera que son nulas las órdenes 341 y 846 por su inconstitucionalidad. Y lo expresa de la siguiente forma:

“A mayor abundamiento, tal regulación no solo es claramente ilegal, sino que también es inconstitucional, pues quebranta de plano el art. 16 CE, al restringir el derecho fundamental a la libertad religiosa por medios jurídicos inadecuados e ilegales. Esta inconstitucionalidad es una causa de nulidad prevista en el art. 47.2 de la Ley 39/2015. Habida cuenta de que la norma legal de aplicación directa (Real Decreto 926/2020) no contempla -ni por tanto justifica por sí misma- que la limitación de la libertad de culto se materialice en una prohibición de apertura de templos religiosos en un horario tan amplio y justo el día considerado sagrado para cada confesión religiosa, sino que, a lo sumo, posibilita establecer aforos reducidos y siempre en relación a la capacidad de los lugares de culto, es evidente que lo dispuesto en las Órdenes 341 y 846 vulnera la exigencia constitucional de proporcionalidad y de libre ejercicio de la libertad de culto.

Esto se acentúa todavía más por el hecho de que los antecedentes de las meridadas Órdenes no aciertan a aportar una justificación suficiente para tomar semejante decisión tan limitadora de la libertad religiosa, pues no citan estudio alguno, ni facilitan datos que motiven prohibir el culto en los templos. Las Órdenes simplemente aportan datos genéricos sobre la incidencia acumulada o la ocupación de las camas UCI, pero no muestran datos sobre los contagios que tienen su causa en templos y lugares de culto, ni de que estos sean un foco de infección importante.

En este sentido, cabe mencionar la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 8 (ECLI:ES:TC:2002:154), en la cual podemos leer, citando al mismo tiempo consolidada Jurisprudencia constitucional, lo siguiente:

“La relacionada existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Así, hemos dicho en la STC 57/1994, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3, que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico séptimo, y 1/1982, fundamento jurídico quinto, entre otras)”, y que, “en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3)”.

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, fundamento jurídico quinto, y 13/1985, fundamento jurídico segundo), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone (STC 37/1989, fundamento jurídico séptimo), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos cuarto a sexto; 12/1990, fundamento jurídico octavo, y 137/1990, fundamento jurídico sexto)”.

El contenido esencial de la libertad religiosa y de culto, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) incluye la llamada esfera externa del derecho, comprendiendo la libertad de “practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	9/20	



matrimoniales; recibir sepultura digna ...” (artículo 2.1 b) LOLR) y el derecho a “reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas...” (artículo 2.1 d) LOLR).

Esta dimensión externa del derecho a la libertad religiosa se traduce “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”, de manera que la libertad

religiosa supone “un ámbito de libertad y una esfera de agere licere con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (SSTC 46/2001 FD 4º) y 128/2001 (FD 2º).

Téngase en cuenta que la libertad religiosa y su proyección externa no son susceptibles de suspensión o restricción ni siquiera en los estados de excepción o sitio, ex art. 55.1 CE. La libertad religiosa y de culto, la libertad de poder expresar colectivamente la fe y el sentido de trascendencia, así como la facultad de despedir a los seres queridos a través del rito de la religión que integra el núcleo de las creencias más íntimas de la persona, constituye no sólo un derecho fundamental sino una de las más elementales manifestaciones de la dignidad humana a la que alude el artículo 10.1 CE, como fundamento del orden político y de la paz social.

Esta parte entiende que, la Ciudad Autónoma de Melilla se habría extralimitado en sus facultades, interfiriendo en la vida privada y en la libertad religiosa de cada ciudadano, sin tener potestad para ello, pues se recuerda que cualquier intrusión en un derecho fundamental -como es la libertad religiosa amparada en el artículo 16 de la Constitución Española y desarrollada por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa- debe ser regulado por Ley Orgánica, regulación que evidentemente excede de las competencias de una ciudad autónoma.

Además, tampoco una situación de crisis sanitaria como la acontecida a principios de 2020 a raíz del coronavirus SARS-CoV-2 puede “aprovecharse” para atacar derechos fundamentales como el que nos ataña en la presente demanda, ya que las medidas ya fueron establecidas por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, disponiendo en su artículo 8:

“Se limita la permanencia de personas en lugares de culto mediante la fijación, por parte de la autoridad competente delegada correspondiente, de aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar de los encuentros colectivos. Dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa.”

En este sentido, el Consejero de Economía y Políticas Sociales, al imponer una limitación por días en función de la pertenencia o vinculación a una u otra religión (musulmana, judía o cristiana), estaría regulando el desarrollo de un derecho fundamental (artículo 16 CE) sin tener potestad para ello; y, además, estaría extralimitándose en lo señalado en el artículo 8 anteriormente transcrito, al afectar al ejercicio privado e individual a la libertad religiosa, pues supone una prohibición de facto, existiendo muchas personas que no pudieron asistir a las celebraciones religiosas que para los cristianos (en el presente caso) son de precepto obligatorias y ello a pesar de que ya existían las medidas de seguridad e higiene establecidas.”

Por su parte la demandada considera que la Consejería de Economía y Políticas Sociales



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	10/20	



de la Ciudad Autónoma de Melilla, resulta plenamente competente para la adopción de las medidas contenidas en las Órdenes, debiendo significar que si bien la Ciudad Autónoma no dispone de competencias en materia de prestaciones y gestión sanitaria (funciones que corresponden al INGESA) si le corresponden las competencias en materia de "Sanidad e Higiene", a tenor de lo establecido en el artículo 21.1.19ª de la Ley Orgánica dos/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía. También le incumben la relativa a la "protección de la salubridad pública" (artículo 25.2 . J. De la Ley siete/1985), competencia esta de los Ayuntamientos que igualmente asume la Ciudad, en virtud de lo establecido en el artículo 25 del propio Estatuto.

Ademas sobre la base del señalado artículo 21.1.19ª del Estatuto de Autonomía y en virtud del Real Decreto 1515/2005, de 16 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Ciudad de Melilla en materia de sanidad, se atribuyeron expresamente a la Ciudad las acciones sanitarias permanentes en materia de " enfermedades transmisibles " y no transmisibles, como es el caso de la Covid-19 , correspondiendo al Estado, según el apartado C, en este ámbito competencial, entre otras, las de la alta inspección de los servicios sanitarios de la Ciudad, la planificación general sanitaria del Estado y la coordinación del sistema sanitario nacional, a tenor de lo establecido en el artículo 149.1.16ª de la Constitución.

I así la mayoría inicial sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007, Recurso de Casación en Interés de Ley 77/2004 las autoridades sanitarias pueden adoptar medidas tendentes a proteger la salud de la población y de personas concretas y necesidad instruir un procedimiento administrativo previo.

Añade que:

“El Tribunal Constitucional ha resuelto los requisitos necesarios para que las medidas de esta naturaleza se encuentren constitucionalmente justificadas: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde y, finalmente, que supere el triple test de proporcionalidad de manera que la medida sea idónea, necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden y no implique un sacrificio desmedido.

Examinando las circunstancias expuestas en los Antecedentes y Fundamentos de las Ordenes números 341 y 846 de la Consejería de Economía y Políticas Sociales de la CAM, y subsumiendo las mismas en la normativa y jurisprudencia referenciadas en el expositivo precedente, debemos concluir que concurren en ambas todos y cada uno de los indicados elementos necesarios.

Así:

1º.- La existencia de un riesgo inminente y extraordinario que justifique la falta de audiencia de los afectados.

2º.- Que las medidas cuya ratificación se solicita hayan sido adoptadas por una autoridad sanitaria competente para ello.

En el presente caso, el artículo 33 del Reglamento de Gobierno y Administración de la CAM (BOME Extraordinario Número 2, de 30 de enero de 2017), que regula las atribuciones de los Consejeros, señala que en el ejercicio



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	11/20	



de las competencias propias que ostentan y como titulares superiores de la misma, les corresponde la gestión de cada una de las áreas en que se divide la Administración de la Ciudad. En este sentido el artículo 2.1) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Bienestar Social y Sanidad, hoy en día Consejería de Economía y Políticas Sociales, establece como autoridad sanitaria competente a su titular, en consonancia con el Decreto de Distribución de Competencias aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAM, de fecha 19 de diciembre de 2019 (BOME Extraordinario Número 43, de 19 de diciembre de 2019).”

Y continúa expresando que “Como hemos dejado dicho y de conformidad con el contenido del

expediente administrativo puede deducirse, con claridad, y sin que exista ningún motivo que permita entender lo contrario, la situación de contagios en los últimos días anteriores al dictado de las Ordenes números 341 y 846 aconsejaban la adopción de medidas que redujeran la posibilidad de contagios entre los ciudadanos residentes tanto en Melilla como en otras localidades (habida cuenta de la posibilidad de movilidad personal), y ello de forma inmediata, dada la capacidad de transmisión del virus y el hecho de que puede ser contagiado en los tres primeros días cuando las síntomas aún no han aparecido.

Resulta ocioso mencionar que el COVID 19 es una pandemia que ha afectado y afecta de forma singular a la sociedad española y que por su alto nivel de contagio ha puesto en jaque nuestro Sistema Sanitario. Las medidas dirigidas a evitar nuevos contagios aparecen como de interés público general y deben primar frente a los derechos individuales, salvo que se aprecien como injustificadas o desproporcionadas. La legalidad de su adopción no presenta duda jurídica. En el plano constitucional, ningún derecho fundamental es absoluto o ilimitado. La convivencia en sociedad exige que el comportamiento individual respete la Ley y los derechos de los demás. El Título Preliminar de la CE, piedra angular de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, ya expresa de forma clara en el artículo 10.1 que “... el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Por su parte, el artículo 10.2 de la CE dispone que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. A ello cabe añadir de forma sustancial el contenido del artículo 15 de la CE, que protege el derecho a la vida y a la integridad física y moral. A mayor abundamiento el artículo 43 de la CE que, tras reconocer el derecho a la salud, precisa en su apartado segundo que: “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”. Ya en el plano legislativo y entre otras, es la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública la que sirve de presupuesto habilitante a la potestad administrativa que nos ocupa.

Las medidas que se adoptaron por la Consejería de Economía y Políticas



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	12/20	



Sociales, en defensa de la vida y de la integridad física de todos los ciudadanos de esta Ciudad (artículo 15 de la CE), se debe considerar como un último recurso ante la superación por la enfermedad de las medidas de prevención individual (mascarillas, distancia de seguridad, higiene de manos, medidas de higiene respiratoria, limitación de aforos y otros) establecidos en el Decreto número 116, de fecha 19 de junio de 2020 (BOME Extraordinario número 26, de fecha 20 de junio de 2020), relativo a medidas sanitarias aplicables en el territorio de la Ciudad Autónoma de Melilla durante el periodo de "Nueva Normalidad" y en el que se establecían medidas de prevención para evitar la expansión de la pandemia del COVID-19; Decreto que fue ratificado judicialmente por Auto Número 151/2020, de fecha 24 de julio de 2020, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Tres de Melilla”

QUINTO.- En cuanto a la competencia del Consejero de Economía y Políticas Sociales de la Ciudad Autónoma para dictar las Ordenes que tratamos , debemos decir lo siguiente.

Por el Tribunal Supremo se ha descartado la competencia de la Autoridad Delegada del Gobierno (En este caso el Presidente de la Ciudad Autónoma) para adoptar este tipo de resoluciones.

Así la STS, Contencioso sección 4 del 03 de febrero de 2022 (ROJ: STS 254/2022 - ECLI:ES:TS:2022:254), Sentencia: 126/2022 Recurso: 19/2021, viene a expresar lo:

“QUINTO.- Dicho cuanto precede, esta Sala considera que la declaración de inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley, recogida en el Real Decreto 926/2020 declarativo del estado de alarma, por la que se designa como autoridad delegada a los Presidentes de las Comunidades Autónomas no puede dejar de influir en un recurso contencioso-administrativo como éste, en el que objeto de impugnación es precisamente un acto administrativo restrictivo de derechos adoptado por el Presidente de la Comunidad Autónoma Castilla y León como autoridad delegada en virtud del Real Decreto 926/2020.

Por tanto, como ya hemos dicho en sentencias dictadas los días 26 de enero de 2022 (recurso contencioso administrativo núm. 156/2021) y 25 de enero de 2022(recurso contencioso administrativo 25/2021), la autoridad que dictó los actos administrativos impugnados, en pocas palabras, carecía de competencia para dictarlos, a la luz de la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021. Ello implica que tales actos administrativos adolecen de un vicio de incompetencia, por lo que el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado.

No es ocioso añadir que el art. 65 de la Ley Jurisdiccional permite a los tribunales contencioso-administrativos oír a las partes cuando puede haber "motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados". Esto es exactamente lo ocurrido en el presente caso, de manera que esta Sala resuelve en sentido estimatorio por razones diferentes a las esgrimidas por las partes. Téngase en cuenta, además, que las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley "tienen plenos efectos frente a todos", a tenor del art. 164 de la Constitución. Todos



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022
Firmado Por	[Redacted]		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	13/20





estamos, así, estrictamente obligados a extraer las inevitables consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley.

Llegados a este punto, es conveniente hacer una observación: es verdad, como viene a plantear el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, no afirma ni niega que las medidas sanitarias de ámbito autonómico adoptadas con base en el Real Decreto 926/2020 fueran necesarias y, en ese sentido, justificadas desde un punto de vista sustantivo. Pero el dato ineludible es que la designación de las autoridades delegadas fue inconstitucional, lo que determina la invalidez de las actuaciones de éstas por incompetencia. Así, dado que los actos administrativos aquí impugnados deben reputarse inválidos por esa razón, ya no es preciso examinar si vulneraron o no los derechos fundamentales invocados por el demandante”

Dado que no habría tenido competencia para dictarla la Autoridad Delegada en base al RD 926/2020, la autoridad competente en este caso sería el Consejero de Economía y Políticas Sociales , como hemos recogido ut supra entiende la parte demandada, pues el Tribunal Supremo entiende que “la legislación sanitaria es independiente de la declaración del estado de alarma. . O sea, rige con ella y sin ella”. Y así se extrae de la Sentencia de la Sala 3ª TS,de 25 de enero de 2022, Recurso 25/2021 en cuanto explica :

“El escenario descrito es, ciertamente, singular pues plantea la conformidad a Derecho de una disposición cuyo contenido material no sólo no es inconstitucional sino que resulta adecuado, necesario y proporcionado para hacer frente a la extraordinaria crisis de salud pública que todavía hoy seguimos padeciendo. Más aún, el Decreto 2/2021 aplicó unas medidas que, una vez expirado el estado de alarma, hemos dicho que pueden adoptar las autoridades sanitarias competentes si, en el procedimiento previsto por los artículos 8.6, 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción, ofrecen la justificación precisa, cosa esta última que, ya lo hemos dicho, no es discutible en este caso.

Además, sucede que esa legislación sanitaria es independiente de la declaración del estado de alarma. O sea, rige con ella y sin ella o, si se prefiere decirlo de otro modo, no forma parte del Derecho de Emergencia que aquella establece, de manera que la autoridad competente en el estado de alarma puede utilizarla, tal como dice que puede hacerlo el artículo doce uno de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, o no. Y, si lo hace, eso no lleva consigo necesariamente el desampoderamiento de las autoridades ordinarias competentes en la materia para servirse de ella, ni tampoco se desprende de la sentencia n.º 183/2021 que esa debiera ser la consecuencia de lo que ha dejado en vigor del Real Decreto 926/2020.

Ahora bien, la aplicación que hagan dichas autoridades ordinarias de tales leyes deberá seguir el procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción, en particular en su artículo 10.8, si tal operación entraña limitaciones de derechos fundamentales de un conjunto indeterminado de personas. Y es cierto igualmente que el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, que eximía a las autoridades autonómicas de seguirlo, también ha sido declarado inconstitucional.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Uri De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	14/20	



Así, pues, nos encontramos con que falta el presupuesto en que descansó la facultad del Presidente de la Generalidad Valenciana para dictar el Decreto 2/2021 y que dicha falta no puede ser suplida por la habilitación que confiere a las autoridades sanitarias la legislación sanitaria pues no se siguió el procedimiento previsto en el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción aunque tal proceder obedeciera a lo dispuesto por el Real Decreto 926/2020.

Por otro lado, no cabe acoger el planteamiento del Ministerio Fiscal que aboga, como hemos visto, por la estimación parcial del recurso. No es posible porque la declaración de inconstitucionalidad de las palabras que hemos señalado antes del artículo 6.2 del Real Decreto 926/2020 significa que la limitación de entrada y salida en la Comunidad Autónoma o en determinados municipios sólo puede acordarla la autoridad competente en el estado de alarma, la cual no puede ser, tras la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 183/2021, la que representa el Presidente de la Generalidad Valenciana.

En estas condiciones entiende la Sala que la única solución ajustada a Derecho es la de considerarle carente de competencia para dictar el Decreto 2/2021 y, en consecuencia, estimar el recurso.”

SEXTO.- Por tanto, descartada la competencia delegada por el Gobierno queda como totalmente posible la competencia del Consejero de Economía y Políticas sociales y se puede declarar la competencia del Consejero que dictó las Ordenes.

De otra parte la legislación sanitaria estatal autoriza la limitación de derechos fundamentales por las Autoridades sanitarias, siempre que se den las condiciones por ella previstas, referentes a un peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida. Por lo que no se precisa en estos casos tampoco que la limitación se efectúe mediante Ley Orgánica.

Pero, como se acaba de exponer, la STS de 03 de febrero de 2022 considera que en estos casos es necesario seguir el procedimiento establecido en el art. 10.8 de la Ley Jurisdiccional y obtener la imprescindible autorización o ratificación judicial.

En el supuesto de autos se denegó por la Sala la ratificación de las medidas adoptadas en la Orden nº 341 de 26 de enero de 2021 de la Consejería, al entender la Sala en su Auto de 4 de febrero de 2021 que no era necesario el control judicial, en aplicación del citado art. 10.8 al estar estas medidas contempladas específicamente en el RD 926/2020.

Pero en realidad el art. 8 de dicho RD limitaba el aforo pero no establecía en modo alguno el cierre de los templos de culto religioso, pues su texto era el siguiente:

“Artículo 8. Limitación a la permanencia de personas en lugares de culto. Se limita la permanencia de personas en lugares de culto mediante la fijación, por parte de la autoridad competente delegada correspondiente, de aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar de los encuentros colectivos. Dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	15/20	



ejercicio privado e individual de la libertad religiosa.”

Tampoco preveía, desde luego, esta posibilidad el art. 7.del R.D.

Por é llo hemos de concluir que la medida controvertida carecía de autorización o ratificación judicial, pues en cualquier caso conforme a la doctrina vista del Tribunal Supremo la ratificación judicial era necesaria, y es indudable que la medida de cierre de los templos de culto no la obtuvo , con la consiguiente invalidez o falta de eficacia de la misma.

Y esa autorización era necesaria pues debía consistir, en primer lugar, en un juicio de legalidad que analizara si existía o no cobertura legal para adoptar dichas medidas limitativas cuya autorización o ratificación se solicita y, en segundo lugar, en un juicio de proporcionalidad, analizando la necesidad, adecuación y razonabilidad de tales medidas. Y, en todo caso, la finalidad que debía presidir tal fiscalización es la de no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales.

El control judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias debió, como se dice, quedar circunscrito a dos ámbitos: control de legalidad, referido a la cobertura legal de dichas medidas, y control de proporcionalidad, residenciado en el análisis de la necesidad, adecuación y razonabilidad de las medidas propuestas.

La STS de 24 de mayo de 2021 considera que las medidas no son eficaces hasta que reciben la ratificación o autorización judicial: “Según hemos explicado en los autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473/2021), los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción exigen que la medida sanitaria --disposición general o acto administrativo general, según los casos-- obtenga un visto bueno o aprobación previa por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente. Ello significa que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente. En otras palabras, la ratificación prevista en esos preceptos "no es una especie de convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz: no es un acto provisional o claudicante que pueda ser aplicado en el lapso temporal que media entre su adopción por la Administración y la resolución judicial que se pronuncia sobre su ratificación".

Añade dicha Sentencia que : “Por otro lado, está claro que las que deben ser objeto de ratificación son las que no están ya previstas sea por la legislación sanitaria sea por la de policía administrativa o por la correspondiente a otras materias. Es el caso, entre otras, de las disposiciones relativas a horarios y aforos en establecimientos públicos, a las actividades educativas, las que miran a preservar los espacios públicos y a impedir que en ellos se consuma alcohol, las que tienen por objeto evitar la contaminación acústica o de otra naturaleza y, en general, las dirigidas a mantener la convivencia.”

Pues bien la medida de Cierre de los Templos de Culto no estaba recogida específicamente en el RD 926/2020, ni en ninguna otra disposición de nuestra normativa que pudiera aplicarse.

Por lo que, insistimos, necesitaba autorización judicial y es evidente que no ha contado



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022
Firmado Por	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	16/20



con ella. De ahí que esta concreta medida haya de considerarse totalmente falta de validez o eficacia al no haberse respetado el marco normativo que debía aplicarse.

SEPTIMO.- Y desde luego, incluso aún obviando la anterior consideración no puede por menos que concluirse que la medida de cierre de los templos religiosos era absolutamente innecesaria y desproporcionada.

Si nos preguntamos qué diferencia habría entre limitar el aforo en los templos de culto religioso cristiano los domingos o cualquier otro día la respuesta necesariamente ha de ser que ninguna. Si puede acudir a un templo cualquier día de la semana con un aforo limitado ¿por qué no iba a poderse acudir, con la misma limitación de aforo, un domingo?.

Otra pregunta que podemos hacernos es ¿por qué no se podría acudir ni siquiera con limitación de aforo al templo en domingo, fiesta de precepto cristiano, y sí podría acudir cualquier otro día de la semana que llevara implícita igual obligación de precepto por coincidir con una fiesta religiosa?.

Como vemos no existe proporcionalidad ni racionalidad alguna en la orden de cierre de los templos cuando con la simple limitación de aforo los fieles hubieran podido acudir a ellos como cualquier otro día de la semana.

Estamos, por tanto, ante una norma carente de toda justificación lógica o racional sin que la Autoridad que la dictó la hubiera justificado racionalmente tampoco: con un aforo limitado no por ser día de precepto podría haberse congregado en los templos mayor número de fieles que cualquier otro día de la semana en que se permitía la asistencia. Luego para la Sala está absolutamente clara la falta de justificación, de proporcionalidad y de lógica de la medida que tratamos, así como su no necesidad.

OCTAVO.- La Constitución Española en su Artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El Artículo segundo de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

“Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

- a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
- b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.
- c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	17/20	



emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.”

“Artículo tercero.

Uno. 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.”

Hoy en día se entiende la libertad de culto incluida en la libertad religiosa, como la más típica de ella, por lo tanto no se puede reconocer libertad religiosa, si no se reconoce libertad de culto. No se trata entonces de dos derechos de contenido distinto, sino como una, la libertad de culto, aspecto de otra, la libertad religiosa.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 13 de Mayo de 1982, reconoció al derecho de libertad religiosa la calificación de fundamental, disponiendo que la libertad religiosa debe ser entendida como “un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo” y esto supone “el derecho a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y cualesquiera grupos sociales”

Por su parte la libertad de culto, ha sido definida como “el conjunto de actos y ceremonias con los que el hombre tributa homenaje al Ser supremo o a personas o cosas tenidas por sagradas en una determinada religión”. De esa definición deriva que la libertad de

culto comprende tanto la práctica individual como la colectiva que tiene por objeto actos y/o

ceremonias que una determinada confesión prescribe. Hay también confesiones religiosas que

imponen sacramentos, como por ejemplo la Iglesia católica, y que piden la celebración de un rito

que conlleve la profesión y afirmación de la propia fe. Así como dispone el artículo 2, apartado 1,



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	18/20	



letra b) de la LOLR, bajo el amparo del derecho de la libertad de culto hay la posibilidad de

practicar actos de culto, recibir asistencia religiosa según la confesión que corresponda, conmemorar las festividades religiosas, celebrar los ritos matrimoniales, recibir sepultura según el rito de la propia confesión religiosa y no verse obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa que no corresponden a las convicciones personales.

Igualmente puede considerarse vulnerado el Derecho Fundamental de Reunión pues si la limitación del aforo afecta a la libertad religiosa y al derecho de reunión (así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2021, recurso 44/2021) con mas razón el cierre de los templos de culto.

Si bien el Tribunal Supremo ha expresado en alguna de sus resoluciones que la exteriorización colectiva de actos de culto, celebración y encuentros religiosos es uno de los contenidos garantizados del derecho de libertad religiosa (art. 2.Uno, a y b de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa) y un aspecto esencial de la confesión religiosa cristiana.

Como sabemos el Tribunal Constitucional afirma que: “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”. Por lo tanto la libertad religiosa puede entrar en conflicto no sólo con el orden público, sino también con otro derecho fundamental, a veces sin que se pueda establecer una jerarquía de valores entre ellos, porque se trata de bienes “igualmente constitucionales”.

Pero, lógicamente, la limitación de este Derecho Fundamental, debe realizarse conforme a la normativa vigente, con los requisitos que en la misma se establecen y con unos criterios de racionalidad y proporcionalidad que en este caso concreto consideramos no se han tenido en cuenta.

NOVENO.- Por lo anteriormente expuesto: tratarse de una medida carente de justificación y proporcionalidad y no habiéndose adoptado con el procedimiento legalmente exigido para ello al carecer las Ordenes impugnadas, y concretamente su Punto 6º, de la autorización o ratificación necesaria y obligatoria por afectar a Derechos Fundamentales , el Derecho a la Libertad Religiosa, y de Culto y el Derecho de Reunión, de un número indeterminado de personas , la Sala llega a la conclusión de que el punto 6º de las Ordenes 341, de fecha 26 de enero de 2021 y 846 de fecha 16 de febrero de 2021 ha de declararse nulo tal como solicita la demandante.

La estimación del recurso, implica que procede la condena en costas a la parte recurrida, conforme al art. 139.1 Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/11, sin necesidad de más razonamiento.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	19/20	



FALLAMOS

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

PRIMERO.- Estimar el presente recurso contencioso-administrativo, con declaración de nulidad del Punto 6º de las Ordenes nº 341 y 846 de 2021 , de fechas 26 de enero y 16 de febrero, respectivamente, dictadas por el Consejero de Economía y Políticas Sociales de la Ciudad Autónoma de Melilla, en su apartado concerniente al cierre de los templos de culto religioso y horario establecido para éllo.

SEGUNDO.- De -conformidad con el artículo 139 de la L.J. corresponde el pago de las costas a la demandada.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala. Doy fe.-



Código Seguro De Verificación:	8Y12VEHE252YP2X68CS6NH5GY7VP5C	Fecha	16/06/2022	
Firmado Por	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]			
	[Redacted]	verificarFirma/	Página	20/20