

# La ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas durante la crisis del COVID-19

**FERNANDO MUÑOZ EZQUERRA**

Letrado de la Comunidad de Madrid\*

**MARÍA MERCEDES RUS MORENO**

Letrada de la Comunidad de Madrid\*\*

## SUMARIO

1. Introducción.
2. Medidas sanitarias antes de la declaración del estado de alarma.
3. Medidas sanitarias durante el estado de alarma.
4. Verano de 2020: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020.
5. Septiembre de 2020: la primera modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
6. Mayo de 2021: la segunda modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo.
7. Perspectiva a futuro.

### RESUMEN

En este artículo se analiza la evolución de los pronunciamientos judiciales que se han producido en el ámbito del proceso especial de ratificación de medidas sanitarias, que contempla la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al hilo de la experiencia adqui-

rida en primera persona por la Comunidad de Madrid, y siguiendo la evolución de la legislación, en la que se han producido cambios sustanciales, hasta alcanzar, el pasado 24 de mayo de 2021, un pronunciamiento del Tribunal Supremo analizando este tema.

### PALABRAS CLAVE

Ratificación de medidas sanitarias; COVID-19.

\* En la actualidad ocupa el puesto de Subdirector General de lo Contencioso en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

\*\* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe-Adjunta a la Subdirección General de lo Contencioso en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

## ABSTRACT

This article analyzes the evolution of the judicial pronouncements made in the field of the special process of ratification of sanitary measures, collected by the Law of the Contentious-Administrative Jurisdiction, in line with the first-hand experience acquired by Madrid

Autonomous Region, and following the evolution of the legislation, in which there have been substantial changes, until reaching, on May 24, 2021, a ruling by the Supreme Court analyzing this issue.

---

## KEYWORDS

Ratification of sanitary measures; COVID-19.

## 1. Introducción

El 24 de mayo de 2021 el Tribunal Supremo resolvía el primer recurso de casación interpuesto en un procedimiento sobre ratificación de medidas sanitarias, concretamente las medidas adoptadas por el Gobierno de Canarias limitando, entre otros derechos, la libertad de circulación en horario nocturno.

No obstante la escasa perspectiva que ofrece el poco tiempo transcurrido, es incuestionable a día de hoy el inmenso salto que ha llevado al discreto artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a convertirse en el único motor procesal de la ingeniería jurídica de la que han dispuesto las Comunidades Autónomas en la lucha contra la crisis sanitaria, culminando esa escalada —que nos ha dejado dos reformas legislativas de la norma procesal—, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, con la que se ha conformado como la primera ,y quizás más certera, referencia sobre el alcance del proceso de autorización de medidas sanitarias.

Con todo, y a pesar de esa normalización de lo excepcional en la que nos hemos habituado a vivir durante los últimos meses, no deja de sorprender que se haya necesitado más de un año desde que se declaró la pandemia mundial para poder contar con un referente que otorgue la siempre necesaria seguridad jurídica; carencia no imputable, desde luego, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado con la diligencia que cabía esperar, tan pronto como ha tenido ocasión para ello.

Ciertamente, a estas alturas es ocioso afirmar que el plano jurídico ha sufrido una convulsión sin precedentes desde que el pasado 14 de marzo de 2020 se declarara el estado de alarma<sup>1</sup> para hacer frente a una situación sanitaria inédita en

---

<sup>1</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

nuestros tiempos, y probablemente inimaginable tan solo unas pocas semanas antes de que ocurriera. El universo jurídico se deslizó repentinamente en una dimensión desconocida, quedando bajo esa fuerza que es lo extraordinario, con cuyo impulso se ha dotado a cada institución de una elasticidad asombrosa, y a veces incluso preocupante, por la facilidad con la que los contrapesos del sistema parecían ceder, inermes ante la coyuntura, y cuyos límites demandaban una especial vigilancia ante el peligro de subvertir los derechos y principios esenciales de nuestro ordenamiento, empezando por el sometimiento de los poderes a la legalidad; pero también, muy especialmente, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, y, por supuesto, la protección de los derechos fundamentales.

De lo que no hay duda es de que nuestro Derecho, como ocurre con todas las instituciones sociales en tiempos de crisis, se ha visto puesto a prueba, tanto en su capacidad de ser útil —ofreciendo soluciones cuyo encaje obligaba a forzar la interpretación de las normas—, como en su necesidad de ser una garantía para todos los ciudadanos —equilibrando los muchos y dispares intereses que se han cruzado—, al tiempo que se adaptaba a una situación en constante cambio, incierta y voluble, y en la que los acontecimientos se sucedían demandando una respuesta inmediata, alejada, por tanto, de la reflexión y el reposo que suele preceder a las resoluciones jurídicas.

En las siguientes líneas echaremos la vista atrás sobre todo lo ocurrido desde el mes de marzo de 2020 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021 (un tiempo en el que hemos vivido decisiones otrora inimaginables, que han impulsado dos reformas legislativas y una multitud de pronunciamientos judiciales), no con el ánimo de realizar un estudio integral de lo ocurrido, incompatible con el formato que manejamos, sino para compartir las muchas reflexiones que surgieron en su momento o que ahora brotan desde la distancia. Muchas de ellas son cuestiones abiertas, sobre las que quizás nunca se alcance una respuesta cerrada. Lejos de ser un inconveniente, la existencia de un debate vivo siempre es un desafío jurídico apasionante, en el que la experiencia adquirida a lo largo de este periodo puede contribuir muy especialmente, en la necesaria reflexión de todo aquello que, una vez apagados los impulsos provocados por la acuciante situación sanitaria, se puede mejorar para el futuro, en la inagotable tarea de lograr que nuestro ordenamiento sea más preciso y esté mejor dotado para hacer frente a cualesquiera situaciones que se le planteen.

## 2. Medias sanitarias antes de la declaración del estado de alarma

Centrando ya la materia que nos ocupa, y remontando hasta el fatídico mes de marzo de 2020, no cabe olvidar que fue la Comunidad de Madrid la primera Administración que adoptó medidas sanitarias de alcance general, bajo esa vocación —hoy



tan asimilada en nuestra cotidianidad—, que es el fomento del distanciamiento social. El 10 de marzo de 2020, el BOCM publicaba la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, que, por un plazo de quince días, acordaba la suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza incluidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En los dos días siguientes le seguirían la Orden 344/2020, de 10 de marzo, y la Orden 348/2020, de 11 de marzo, que acordaban medidas similares, tales como la suspensión de los eventos de más de 1.000 personas, o la práctica totalidad de la actividad deportiva.

Estas medidas planteaban, no solo la duda sobre el amparo legal al que acogerse, sino la respuesta judicial que se obtendría al someterlas al proceso de ratificación entonces previsto en el artículo 8.6 de la LJCA, a la vista de la clara afección al contenido de los derechos fundamentales.

Hasta ese momento, la experiencia más próxima en la adopción de medidas para el control de la transmisión del entonces nuevo virus se encontraba en un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo, en el que se ratificaba la medida acordada por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, por la que se ordenaba a los huéspedes de un hotel la obligación de permanencia en sus habitaciones hasta ser atendidos y valorados por el personal sanitario, tras haber constatado como caso positivo a un ciudadano procedente de la región de Lombardía. El Auto no dudaba en avalar la decisión autonómica, acudiendo a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y al principio de precaución, reconocido a nivel comunitario, y con origen en el Derecho Alemán, y por el que, ante situaciones de riesgo potencial, y en escenarios de incertidumbre, debe darse preferencia a la protección de la salud sobre otros cualesquiera intereses, como los económicos.

Pero no se escapa que entre la retención de los clientes de un hotel y la suspensión de toda la actividad educativa de la Comunidad de Madrid hay un cambio de latitud tal que resulta asombroso que el ensamblaje jurídico de ambas medidas sea el mismo: la Ley Orgánica 3/1986 como agarre sustantivo, y el artículo 8.6 de la LJCA para obtener la ratificación judicial de la medida.

La redacción original de la LJCA no preveía el procedimiento para la autorización de medidas sanitarias, cuya incorporación al texto legal debemos a la disposición final 14.<sup>a</sup> de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Esta redacción original sobreviviría veinte años, hasta la reforma acometida por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al CO-

VID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, atendidas las carencias más patentes del precepto.

La sencilla redacción inicial decía: *«Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».*

El adverbio inicial engarza esta función judicial con la autorización de entrada en domicilio y demás lugares que requieran consentimiento del titular. No entra, por lo demás, en mayores precisiones rituarías; pero nos deja, en cambio, una visible confusión por la ambigüedad con la que se define el propio procedimiento, al referirse indistintamente a la ratificación o autorización, como si ambos conceptos fueran sinónimos.

La experiencia de sus años de vigencia dejaba un pequeño rastro de jurisprudencia menor —con alguna Sentencia a nivel de Tribunal Superior de Justicia— en el que distintos Juzgados ratificaban medidas que eventualmente se adoptaban para someter a personas concretas al tratamiento de una enfermedad contagiosa, si se daba el caso de que esa persona se negaba a seguir las prescripciones médicas dictadas. Por supuesto, tales medidas partían de una identificación de las personas afectadas por la decisión de la Autoridad Sanitaria, lo que permitía construir un proceso contradictorio sin ninguna dificultad.

Por el contrario, la decisión de adoptar una medida de alcance general se introducía en un terreno jurídico ignoto sobre el que nada se había podido estudiar a nivel procesal.

Especialmente preocupante resultaba la utilización indistinta de los conceptos de autorización y ratificación. En el primer caso, el recto entendimiento nos dice que las medidas carecen de eficacia hasta el pronunciamiento judicial, mientras que en el segundo el órgano judicial avala una actuación que ya ha desplegado efectos. Sin perder de vista que este tipo de decisiones se adoptan en un contexto de emergencia incompatible con la natural demora procesal —no olvidemos que es necesario preparar el correspondiente escrito acompañado de la documentación que justifique la idoneidad de la medida acordada; escrito que deberá ser turnado el Juzgado correspondiente, y trasladado a las partes afectadas o, en su caso, al Ministerio Fiscal— era razonable entender que la autorización procedía solamente cuando nos encontráramos ante medidas que generaban situaciones irreversibles, como puede ser el caso de una vacunación forzosa, en las que ninguna virtualidad tendría el posterior pronunciamiento judicial negativo. No obstante, veremos que sobre esto especialmente se ha pronunciado el Tribunal Supremo.



Junto a este exiguo marco procesal, el agarre sustantivo era vagamente más seguro, pues a pesar de la amplitud con la que quiera concebirse la facultad dada por el artículo 3 de la LO 3/1986<sup>2</sup>, *prima facie* no era sencillo subsumir en la idea de medidas necesarias para el caso de riesgo de enfermedades transmisibles el cierre de toda la actividad docente, así como de las restantes actividades.

En el debate jurídico ha estado viva la discusión en torno a la insuficiencia de nuestro régimen legal vigente para dar respuesta a una situación tan descollante, y ante la que se clamaba por reforzar los instrumentos legales. Es innegable que en toda esta travesía ha flotado una idea de desbordamiento, como si el pequeño armazón legal diseñado en la Ley General de Sanidad careciera de la envergadura necesaria para responder con suficiencia a las necesidades que se presentaban. Y ciertamente, en ocasiones, hasta los propios órganos judiciales han aprovechado sus pronunciamientos para denunciar la falta de una reforma legal que dotara de asiento a las autoridades sanitarias<sup>3</sup>; una reforma que, a pesar de la feracidad legislativa de este último año, nunca se ha llegado a abordar.

El problema esencial era amoldar la función de control de la salud pública, encomendada a las Comunidades Autónomas, con el respeto de los derechos fundamentales, cuyo contenido se ha visto invadido persistentemente con la frialdad de una rutina en la que se ha difuminado completamente una sosegada reflexión sobre si tales medidas implicaban una suspensión o una limitación de los derechos fundamentales.

Bien se puede decir que no es posible dar una respuesta abstracta a esa cuestión, pues el abanico de medidas que se han adoptado posee una enorme amplitud, con intensidades muy diversas. Pero no pasa por alto que algunas de las medidas, como este primer cierre de la actividad docente, o las posteriores limitaciones a la circulación, han sido precisamente las mismas que se han acordado en los tres estados

<sup>2</sup> El precepto dice: «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».

<sup>3</sup> Puede citarse el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2020: «Resulta llamativo que ante el escenario sanitario descrito no se abordara una reforma de nuestro marco normativo más acorde con las confesadas necesidades de combatir eficazmente la pandemia del COVID-19 y afrontar la grave crisis sanitaria que padece el país, pese al consenso doctrinal existente acerca de que la regulación actual de los instrumentos normativos que permiten la limitación de derechos fundamentales, con el objeto de proteger la integridad física (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE), íntimamente conectados entre sí, resulta ciertamente deficiente y necesitada de clarificación».

de alarma declarados, lo que cuanto menos obliga a pensar en dónde debemos situar la frontera entre estado de alarma y medidas sanitarias.

Precisamente uno de los ejes del debate ha sido si las medidas sanitarias tan solo suponían la limitación de los derechos fundamentales o se trataba de verdaderas suspensiones. Desde la idea de que la suspensión impide el ejercicio del derecho, mientras que la limitación opera sobre el contenido, cercenando las facultades que otorga el derecho, la cuestión, lejos de abonar el prurito de la exquisitez jurídica, resulta fundamental. El artículo 55 de la Constitución admite la suspensión general de derechos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos; previsión que veda que las medidas sanitarias puedan alcanzar el mismo efecto. Sin embargo, tampoco es sostenible que la limitación de derechos pueda ser acordada libremente por la autoridad sanitaria. La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuando define las medidas que se pueden acordar durante la vigencia del estado de alarma, alude a la limitación de la circulación en horas y lugares determinados, reservando la suspensión de derechos para el estado de excepción; distinción de honda repercusión, como demuestra la declaración de inconstitucionalidad de la limitación de la libertad de circulación que acordaba el Real Decreto de declaración del estado de alarma en su artículo 7 por Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, cuyo estudio aborda en profundidad el artículo *«Protección de la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos»*, de FRANCISCO A. BRAVO VIRUMBRALES.

Esta observación es relevante, pues la circulación ha sido el derecho fundamental que más frecuentemente se ha visto afectado por las medidas adoptadas, y si las medidas han provocado la limitación de ese derecho, con menos intensidad, eso sí, que la impuesta en el Real Decreto 463/2020, cuando en zonas territoriales concretas se impedía la entrada y salida de los ciudadanos, esa limitación sería, cuanto menos, la propia del estado de alarma. Ello nos permite afirmar que, como mínimo, se han acordado medidas que correspondían al derecho de excepción; cuya ratificación habría encontrado respaldo en una solidaridad judicial con la Autoridad Sanitaria y los limitados medios de los que ha dispuesto para enfrentar su competencia de protección de la salud.

### 3. Medidas sanitarias durante el estado de alarma

La declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, cambió el telón de fondo, al adoptar precisamente, además de la restricción de la movilidad, hoy colo-





qualmente recordada como confinamiento, las medidas que ya habían sido dictadas por la Consejería de Sanidad.

Es durante esta etapa cuando encontramos un caso que resulta interesante mencionar con más detalle, a propósito de la autorización judicial instada por la Junta de Castilla y León, de la disposición de la Directora General de Salud Pública que, entre otras cosas, proponía declarar en cuarentena a todas aquellas residencias y centros de personas mayores de la Comunidad de Castilla y León en los que hubiese residentes con síntomas compatibles con la pandemia COVID-19.

La particularidad del caso se encuentra en que la disposición no se había publicado, solicitando la autorización para aplicar las medidas *«a partir de la fecha de la publicación de la Orden y mientras se mantenga la situación de emergencia ocasionada por la pandemia COVID-19»*.

Tras la inicial desestimación del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Valladolid, que actuó en funciones de guardia, el caso se estudia en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, de 25 de marzo de 2020, (Rec. 145/2020), que rechaza autorizar la medida sanitaria, señalando su carácter de propuesta:

*«Examinada la propuesta de orden, tenemos que llegar a la misma conclusión a la que ha llegado la Juzgadora de instancia, porque efectivamente esa propuesta no concreta las personas a las que se les va a aplicar las medidas, precisamente porque se trata de una propuesta y, en consecuencia, la Consejera de Sanidad puede confirmarla o modificarla en todo o en parte.*

*Por lo tanto, no podemos decir que la Administración haya adoptado de manera definitiva unas medidas que afecten al derecho a la libertad de las personas y que exija una autorización judicial.»*

La sentencia contiene, además, una última reflexión particularmente interesante, con la que cierra su argumentación, dejando una guía abstracta de la forma en que se debe actuar: *«Lo que a nuestro juicio no es posible es que con carácter previo a la adopción de la medida, los Tribunales autoricen una propuesta, porque en esa situación previa se carece de los elementos definitivos necesarios para poder dictar una resolución en el marco del artículo 8.6, segundo párrafo ya citado, e incluso podría permitir que, una vez obtenida esa autorización previa y genérica, se dictasen otros actos concretos de ejecución al amparo de la misma»*.

El razonamiento refleja el desconcierto existente a causa de la inconsistencia del terreno jurídico para encauzar este tipo de decisiones. Se adivina que la Administración apostó por un perfil prudente, no queriendo publicar una disposición que necesitaba una decisión judicial favorable como condición para su eficacia. También se advierte el rechazo instintivo de la Sala a validar un acto que carece de destinatarios, pues, aunque apunta a la naturaleza de propuesta, es claro que la hipotética publicación no hubiera tampoco precisado las concretas personas a las que les resultaría de aplicación la disposición, especialmente cuando la medida se pretendía mantener mientras durase la situación de emergencia.

En realidad, la Sala se ampara en una concepción ortodoxa del proceso, que es precisamente la que se ha desvirtuado en estos meses, con el beneplácito del legislador. En puridad, la autorización judicial que prevé el artículo 8.6 LJCA se precisa no porque la medida limite los derechos fundamentales, sino porque la persona en concreto se niega a someterse al tratamiento dispuesto. Si en el tratamiento de una enfermedad contagiosa el paciente acepta aquello que se le prescribe, no se plantea ante el Juzgado solicitud alguna. Llevando esta lógica esencial a un caso como el que se planteaba en Castilla y León, se puede afirmar que lo realmente ortodoxo hubiera sido ordenar la cuarentena de los residentes, promoviéndose, en su caso, la autorización judicial, para forzar el cumplimiento de aquellos residentes que se hubieran negado a cumplir lo prescrito. Este razonamiento nos advierte inmediatamente que las medidas generales que limitan derechos fundamentales presentan serias dudas de viabilidad en el plano procesal, ya que, en el fondo, no hacen otra cosa que habilitar una limitación indiscriminada de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ciertamente, el proceso judicial se sustenta sobre un principio de contradicción que constituye la propia génesis del proceso como mecanismo de heterocomposición para la solución de un conflicto. La tensión existente entre los intereses controvertidos por las partes actúa como impulso, y es por ello que cuando esa tensión desaparece por cualquier motivo, el proceso está abocado a su terminación, ya sea por desistimiento, satisfacción o pérdida de su objeto. En esta mecánica resulta complicado encajar una intervención judicial que actúa como elemento condicionante de la eficacia de la resolución. Pues como señalábamos, la autorización judicial de la medida sanitaria se precisa no por su incidencia en los derechos fundamentales, sino por la negativa del titular de esos derechos. Ese es el elemento generador de la contradicción que el proceso judicial debe resolver.

Por el momento, podemos dejar aquí estas reflexiones, sobre las que las que deberemos volver más adelante.



#### 4. Verano de 2020: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020

El levantamiento del estado de alarma, en junio de 2020, trajo consigo un periodo de tímido optimismo bautizado como *nueva normalidad*, en el que se pretendía una recuperación de la actividad ordinaria en convivencia con ciertas restricciones. A nivel estatal, el BOE de 10 de junio, publicaba 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 el COVID-19, que actuó como norma vertebradora de las medidas que adoptarían las Comunidades Autónomas, como la Orden 668/2020, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que codificaría el catálogo de restricciones, instrucciones, recomendaciones y limitaciones para todo tipo de actividades.

La rápida escalada de los factores epidemiológicos planteó a las autoridades sanitarias la adopción de medidas de mayor intensidad. Fue entonces en el mes de julio cuando el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lérida, en Auto de 12 de julio, denegaba ratificar el confinamiento de varios municipios de la provincia, argumentando que por ambiguo que fuera el alcance de las medidas de la LO 3/1986, una medida de esta naturaleza requería de otros instrumentos jurídicos, apuntando a que se estaba eludiendo la aplicación de un estado de alarma parcial. Es interesante reproducir el contenido del auto:

*«Pero lo que plantea la resolución cuya ratificación se propone es, ni más ni menos, el confinamiento de toda la población de una serie de municipios pues solo podrán salir de sus domicilios para trabajar y además en determinados sectores de actividad (ver punto 3 de la resolución donde solo se permite de forma muy limitada la salida del domicilio).*

*Hay que destacar que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública es muy ambigua (...).*

*Entender que ese precepto permite unas medidas de tanta gravedad y de tantas consecuencias de todo tipo, pero especialmente sociales y económicas como las que se pide ratificar es inaceptable, especialmente porque precisamente el Estado tiene en sus manos los mecanismos legales oportunos para paliar sus efectos en caso de adoptarse ese tipo de medidas (...).*

*En definitiva, cuando el contenido de la petición se limita exclusivamente a ordenar lo que se conoce como "cordón sanitario" sería asumible la ratificación*

*de la medida por la Ley Orgánica 3/1986 pero lo que hoy se propone excede ampliamente de una simple limitación de movimientos e incide gravemente en los derechos reconocidos constitucionalmente (...).*

*Precisamente por eso el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, requirió la aprobación por el Congreso de los Diputados, su duración máxima era de 15 días, debiéndose prorrogar por ese plazo con los mismos requisitos (...).*

*Entendemos que lo que se propone con la resolución que se presenta no es sino eludir la aplicación del estado de alarma parcial que precisamente prevé, en garantía de los derechos fundamentales, el art. 4.º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.*

*Esta es una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso de los Diputados.»*

Con todo, se puede observar que el Auto no niega la posibilidad de imponer el confinamiento del ámbito territorial del municipio, algo que, en ese momento, ya se había adoptado en Galicia, y que había ratificado pocos días antes el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Lugo, en el Auto 48/2020, de 8 de julio, que entendía que la medida gozaba de amparo legal suficiente y era constitucionalmente legítima<sup>4</sup>.

El criterio se impondría de forma general, y en el transcurso del verano se pudieron ver medidas similares adoptadas por varias Comunidades, que fueron favorablemente acogidas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo seguían el esquema de atender a los graves datos que se publicaban día a día, entendiendo que las restricciones de movilidad eran constitucionalmente admisibles por resultar idóneas, necesarias y proporcionales. Sin ánimo exhaustivo, se puede citar el Auto 18 de agosto de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Burgos (6/2020), el Auto 3 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Valencia (523/2020);

<sup>4</sup> El Auto decía literalmente: «Considero que no suscita debate que la medida solicitada por la Consejería de Salud de la Xunta de Galicia persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma con rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido, bastando a estos efectos recordar que va a ser objeto de evaluación continuada cada cinco días y puede ser dejada sin efecto si los datos arrojados con los medios que se disponen así lo aconsejan».



o el Auto de 11 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Palma de Mallorca (8/2020)<sup>5</sup>.

Se generalizaba, de ese modo, un criterio favorable a las restricciones a la libre circulación impuestas por las autoridades sanitarias.

Volviendo al ámbito de la Comunidad de Madrid, el hito fundamental llegaría con ocasión de la ratificación de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad.

La Orden 1008/2020 modificaba la Orden 668/2020, con la finalidad de introducir las medidas que habían sido adoptadas por consenso en el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, habiendo sido aprobada la oportuna Declaración de Actuaciones Coordinadas mediante Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020.

Como se venía haciendo, ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se solicitaría la ratificación de aquellas medidas limitativas de derechos fundamentales contenidas en la Orden 1008/2020. Sin embargo, por vez primera en la Comunidad de Madrid, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Madrid denegó la ratificación, al entender que la Orden de 14 de agosto de 2020, del Ministerio de Sanidad, debió ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. Ante la falta de publicación de aquella Orden, explicaba el Juzgador que existía nulidad de pleno derecho, por lo que la Orden 1008/2020, dictada por la Comunidad de Madrid en aplicación de aquella, no podía ser convalidada.

Frente a este Auto se interpuso recurso de apelación, resuelto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020, dictada con una rapidez insólita: formalizado el recurso el domingo 23 de agosto, y emplazadas las partes el mismo lunes ante la Sala, que esa misma semana fijaba fecha para la votación y fallo del recurso.

<sup>5</sup> En estos Autos se puede apreciar la línea de razonamiento más extendida, que acogían las medidas sanitarias con base a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la limitación de derechos. Con estas palabras acordaba la ratificación el Juzgado de Burgos: *«El Tribunal Constitucional ha resuelto los requisitos necesarios para que la medida restrictiva que pueda adoptarse se encuentre constitucionalmente justificada: 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»*.

Esta Sentencia resultó esencial, pues constituía el primer pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid relativo a la autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas por la Comunidad de Madrid tras la finalización de la prórroga del primer estado de alarma, y la primera oportunidad de la Sala para pronunciarse sobre el ámbito en el que debía desenvolverse este procedimiento. No hay que olvidar que en aquel momento no se había aprobado aún la modificación normativa introducida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que permitiría al Tribunal Superior de Justicia conocer en primera instancia de la autorización o ratificación de estas medidas. Por tanto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia revisaba en apelación el pronunciamiento que un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid había adoptado en aplicación del artículo 8.6 LJCA, y aprovechaba la oportunidad para fijar los parámetros o criterios a los que, en adelante, había de ajustarse la solicitud de autorización o ratificación judicial de las múltiples medidas sanitarias que habrían de adoptarse.

Al margen de las consideraciones que se realizan sobre la necesidad de publicación de la Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020<sup>6</sup>, la Sentencia señala que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo habría incurrido en un exceso en el ejercicio de la tutela judicial que le correspondía, pues siendo competente para conocer de la autorización o ratificación de las medidas contenidas en la Orden autonómica 1008/2020, que le había sido solicitada, entró a enjuiciar una disposición administrativa distinta, la Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020, cuyo enjuiciamiento habría correspondido, en su caso, a la Audiencia Nacional, al amparo del artículo 11.1.a) LJCA. Precisamente por ello, el pronunciamiento del Juzgado debió limitarse a aquellas concretas medidas sanitarias cuya ratificación se había solicitado, al entender que podían limitar libertades o derechos fundamentales, pero no correspondía al Juzgado realizar una valoración general de la legalidad de la Orden 1008/2020. Se estima, por tanto, el recurso de apelación

<sup>6</sup> Es sin duda interesante lo que razona la Sentencia al respecto: «A la luz del artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Sentencia colige que "las actuaciones coordinadas en salud pública y las medidas en que se traducen, aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y declaradas en la Orden ministerial de 14 de agosto de 2020, tienen por directo destinatario a las autoridades sanitaria autonómicas, como interlocutores de la administración del Estado, a quienes vinculan (artículo 65.2 Ley 16/2003) y no a los ciudadanos, por lo que, como tal instrumento intergubernamental de armonización y homogeneización, su publicación en el Boletín Oficial del Estado resulta irrelevante pues nada aporta sobre su validez y eficacia [...] Cuestión distinta es que aquellas medidas sanitarias consensuadas, precisen de que cada Comunidad Autónoma les confiera una forma jurídica que vincule a los ciudadanos a su cumplimiento. Esta exigencia, en la Comunidad de Madrid, se ha traducido en la aprobación de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto y para algunos de sus concretos contenidos, no para la totalidad de lo dispuesto en ella, instó el Letrado de la Comunidad de Madrid la ratificación judicial».



interpuesto, entrando a continuación el Tribunal a examinar las concretas medidas cuya ratificación se solicitaba.

En este punto, parte el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la consideración del marco jurídico que habilitaría a las Comunidades Autónomas a adoptar medidas urgentes y necesarias para la prevención, protección y control de la salud pública, y que estaría constituido por:

- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, artículos primero, segundo y tercero.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 26.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, artículo 54.
- En el ámbito de la Comunidad de Madrid, de conformidad con los artículos 27 y 28 de su Estatuto de Autonomía, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, artículo 55.

De la normativa anterior se desprende la competencia de las Comunidades Autónomas para adoptar, en su ámbito territorial, a través de los órganos competentes, y respetando el principio de proporcionalidad, medidas preventivas de contención, y otras que pueden suponer limitación de derechos fundamentales, para proteger la salud pública.

Así, atendido el tenor del artículo 8.6 LJCA, la Sentencia restringe el ámbito de cognición judicial a aquellas medidas sanitarias adoptadas en el marco de la normativa antedicha, que implicasen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, limitando su pronunciamiento al juicio de legalidad y proporcionalidad de tales medidas, plasmado en:

- La competencia objetiva del órgano administrativo.
- El principio de necesidad, entendido como la concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.
- Principio de adecuación, considerando la prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción.
- Principio de razonabilidad; esto es, no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos, unido al establecimiento de límites temporales geográficos o de identificación de vectores de población destinataria.

Examinadas a la luz de los parámetros expuestos las medidas contenidas en la Orden 1008/2020 que implicaban privación o restricción de la libertad o de otro

derecho fundamental, y cuya ratificación judicial se solicitaba, el Tribunal concluye la procedencia de la ratificación de las medidas. Ahora bien, lo relevante del pronunciamiento de esta Sentencia no es tanto la individualización del caso concreto o el contenido específico de las medidas ratificadas, sino la concreción de los parámetros de enjuiciamiento que habían de regir las autorizaciones o ratificaciones judiciales de las medidas sanitarias que tuvieron que ser adoptadas por la Comunidad de Madrid fuera del marco del estado de alarma y con carácter previo a las modificaciones de la normativa procesal que, en último término, facultó el pronunciamiento del Tribunal Supremo en casación, en su Sentencia de 24 de mayo de 2021.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de agosto de 2020, que parecía estar llamada a ser el referente más importante en los procesos que estaban por venir, quedó pronto relegada por la reforma procesal que se produciría unos pocos días después; pero lejos de ser inane, lo cierto es que el propio proceso había revelado las ineficacias del proceso de ratificación de medidas antes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, provocando un movimiento de mayor profundidad sísmica.

## **5. Septiembre de 2020: la primera modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

Pocos días después, el BOE de 19 de septiembre publicaba la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, cuya disposición final segunda modificaba la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuyendo a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia la ratificación de aquellas medidas que tengan un alcance general y provengan de las autoridades autonómicas, y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la ratificación de medidas dictadas por una autoridad estatal.

La causa de la reforma hay que buscarla en la divergencia de criterios empleados por los diferentes Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en el ejercicio de la competencia contemplada en el artículo 8.6 LJCA para la autorización o ratificación de las medidas sanitarias que implicaban limitación o restricción de derechos fundamentales, y que habían sido adoptadas por las diferentes Comunidades Autónomas sin la cobertura normativa del estado de alarma, que puso de manifiesto las fallas estructurales del sistema, y la necesidad de introducir cambios en la normativa procesal, a fin de evitar que la disparidad de pronunciamientos pusiera en riesgo la capacidad de las autoridades sanitarias para dictar medidas que podían quedar vir-





tualmente ineficaces a la incierta espera de lo que, en sede de apelación, se pudiera ir resolviendo. Un peligro que se había puesto descarnadamente de manifiesto con la reciente negativa a ratificar la Orden 1008/2020 por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Madrid, con el consiguiente desconcierto que había generado para la ciudadanía mientras se esperaba la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Con la reforma, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conservaban, eso sí, la competencia para la autorización de las medidas cuyos destinatarios estuvieran identificados, operando la norma procesal un deslinde entre medidas generales y particulares que toma la identificación del administrado como fundamento de la competencia objetiva.

La ocasión se aprovecha para introducir una mínima regulación sustantiva del procedimiento judicial, introduciendo el artículo 122 *quarter*, que impone la tramitación urgente y la preceptiva participación del Ministerio Fiscal, dando en realidad carta de naturaleza a lo que se venía realizando por los distintos órganos judiciales<sup>7</sup>.

Aunque ya fuera una práctica común, la participación *ex lege* del Ministerio Fiscal parece proporcionar una apariencia de contradicción, en la representación del interés general de la colectividad afectada. Pero la cuestión clave no es tanto hasta qué punto la participación del Ministerio Fiscal es suficiente para sustentar la imprescindible contradicción, sino el hecho de que se niegue, como así se ha hecho en la práctica, la posibilidad de formular alegaciones por cualquier otra persona que se presente como interesado; algo que, por cierto, plantea serias dudas desde la óptica de la tutela judicial efectiva, y si tenemos en cuenta que el artículo 21 LJCA considera parte demandada *«a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante»*.

No es complicado, además, defender que la intervención del Ministerio Fiscal no puede interpretarse a título de parte demandada, pues de ser así, su informe favorable bastaría para obligar a la Sala a ratificar las medidas, o en su caso, para que la Sala tuviera que sostener, si no quiere atenerse a la conformidad de las partes con la ratificación, que existe una infracción manifiesta del ordenamiento, de acuerdo con el

<sup>7</sup> El artículo literalmente dice: *«En la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente Ley será parte el ministerio fiscal. Esta tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales»*.

artículo 75.2 LJCA<sup>8</sup>; planteamiento que encuentra otro escollo, pues en el proceso de ratificación de medidas sanitarias no se enjuicia la legalidad de las medidas.

Precisamente por eso mismo los potenciales destinatarios carecen de la posibilidad de intervenir en el proceso, empujados, en caso de discrepar con las medidas impuestas, a interponer el correspondiente recurso en el que se debería deducir medida cautelar si se quisiera obtener la suspensión de la ejecutividad de las medidas.

Con semejante esquema, tal y como ya adelantábamos, el proceso queda diseñado de modo que los órganos judiciales se engranan en el proceso de producción de la disposición. Los actos de las Administraciones son por regla general inmediatamente ejecutivos; por tanto, actuando el aval judicial como elemento condicionante de esa eficacia, y careciendo el proceso del elemento de contradicción, lo que se crea es una función de garantía, a través de la imbricada intervención del órgano judicial y del Ministerio Fiscal, que vele por el adecuado equilibrio de la medida dispuesta, y que avale que la limitación de derechos fundamentales reúne requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Así lo ha venido reconociendo el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los distintos Autos que ha dictado en los procedimientos de ratificación de medidas de los que ha conocido, se trata de una función de garantía jurisdiccional: *«En definitiva, la exigencia de que estas medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias por considerarse urgentes y necesarias para la salud pública, se encuentren sometidas a la necesaria autorización o ratificación judicial, ex arts. 8.6, 10.8, y 11.1.i) de la Ley Jurisdiccional, constituye una garantía jurisdiccional previa de sujeción de las mismas a los límites de la habilitación legal contenida en aquella legislación y de su proporcionalidad, a la que se condiciona su eficacia, que no se contempla cuando las autoridades gubernativas actúan en ejercicio de las potestades conferidas por la declaración de estado de alarma».*

Pero precisamente por ello, no pasa por alto que este mecanismo descarga sobre los órganos judiciales la última palabra sobre la viabilidad de las medidas sanitarias, que, alejados de la función jurisdiccional, asumen un papel tuitivo de unos derechos fundamentales cuyo contenido parece incompatible con la abnegada defensa de la

<sup>8</sup> Este artículo dice: *«Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho».*



salud pública que asumen, de cara a la opinión pública, las Administraciones. En este punto, resulta necesario indicar que estas dudas sobre la naturaleza de la actuación judicial han llevado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a plantear una cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 3 de diciembre de 2020, con una fundamentación que merece ser extractada:

*«Por eso, no es que dudemos ahora de la constitucionalidad de una norma que despoja a la Administración del privilegio de autotutela cuando requiere para su validez de la autorización o ratificación judicial en el caso del artículo 10.8, sino que de lo que dudamos es de que, pese a la loable y bienintencionada voluntad que habrá guiado al Legislador, de lo cual la Sala no duda, esto sea ajustado a la Constitución, cuando, correlativamente, no hay fundamento constitucional para que las Salas de lo Contencioso-Administrativo ejerzan una función consultiva vinculante, prejudicial, participando de este modo del proceso de elaboración de un acto administrativo –o de una disposición general– que contiene medidas del tipo de las enunciadas en el precepto cuestionado. No parece, al menos esta Sala no lo considera así, que sea posible hallar ese fundamento en el artículo 117.3 de la CE, ni que la función de garantía de un derecho fundamental –artículo 117.4 de la CE–, cuyo titular es siempre el ciudadano individual, permita rebasar el límite de lo judicial, del ejercicio de la función jurisdiccional tal y como debe ser entendida en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

*Es parecer de esta Sala que el artículo 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo una función consultiva vinculante, prejudicial, apéndice del procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo o una disposición general que excede los límites de la función jurisdiccional que atribuye a todo órgano judicial el artículo 117.3, y que tampoco se justifica, conforme al artículo 117.4, por razón de la garantía de los derechos fundamentales.»*

Desde otro punto de vista es difícil no pensar, si nos alejamos de los argumentos técnico-jurídicos, que en cierto modo a los órganos judiciales se les ha reclamado un ejercicio de comprensión de la situación de fuerza mayor, en el que debían alinearse con la esforzada defensa de la salud de los ciudadanos. Aprovechando la licencia que nos conceden estas líneas, es oportuno huir de la presbicia que suele ocasionar la especialización profesional, tan inclinada a encerrarse en sus particulares recovecos dogmáticos, y abrir la visión a las múltiples perspectivas que se ofrecen. El Derecho no deja de ser una Ciencia Social, y a veces es interesante advertir cómo es percibida su fuerza desde quienes no poseen formación especializada. Si de ordinario el

Derecho posee una naturaleza atmosférica, omnipresente, a veces de forma insospechada, en todos los ámbitos de la vida, durante el último año se ha revivido la verdadera fuerza del poder público como ordenador de la vida civil. Y es ahí donde entra el ciudadano, normalmente confuso en la vorágine de normas que lo avasallaban desde distintos frentes; normas cuya vigencia se evaporaba en pocos días, y que iban zaratando sus derechos sin mayor control aparente que esa última voz que emanaba de los órganos judiciales. La perversión del sistema culmina en el trampaño de imputar a los órganos judiciales la verdadera decisión sobre las medidas a aplicar, quedando frente a la opinión pública como los verdaderos artífices de las restricciones que sufriendamente debe cumplir el ciudadano; o, peor aún, si no ratifican, los irresponsables que no atienden a la gravedad de la situación, obstruyendo inexplicablemente la actuación administrativa.

El mejor ejemplo de esta desubicación del órgano judicial en la opinión pública lo encontramos en la repercusión mediática del Auto de 8 de octubre de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se denegaba la ratificación de las medidas acordadas por la Orden 1273/2020, de la Consejería de Sanidad.

Se recordará que aquella Orden era el resultado de la Declaración de Actuaciones Coordinadas aprobada por el Ministro de Sanidad, por la que se obligaba a las Comunidades Autónomas al cierre integral de varios municipios en los que se rebasaban los indicadores que se habían fijado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en una sesión en la que, a pesar de la falta de consenso, por existir varios votos en contra<sup>9</sup>, se había entendido por parte del Ministerio de Sanidad que sí existía el preceptivo Acuerdo que exige el artículo 65 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Conflicto sobre el que todavía se está a la espera de la correspondiente sentencia de la Audiencia Nacional. El caso es que la Comunidad de Madrid, obligada por la Orden del Ministro de Sanidad, dictó la Orden 1273/2020, con el objeto de llevar al efecto las medidas impuestas. Como esas medidas limitaban el derecho de circulación, requerían la ratificación judicial, que fue denegada en el referido auto, que consideraba que el citado artículo 65 de la Ley 16/2003, en el que se basaba la potestad del Ministro, no habilitaba suficientemente la limitación de los derechos fundamentales: *«Aunque conforme a la doctrina constitucional expuesta, su naturaleza de Ley Ordinaria no sería, a priori, un obstáculo para que la citada norma legal pudiera establecer limitaciones de los derechos fundamentales, siempre que no fueran restricciones directas o esen-*

<sup>9</sup> El consenso se exige en el artículo 73 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: *«Los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso».*



*ciales, no aprecia la Sala en la regulación que contiene el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, habilitación legal alguna para el establecimiento de medidas limitativas del derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas por el territorio nacional (artículo 19 CE), o de cualquier otro derecho fundamental».*

Al margen de lo que jurídicamente se pueda opinar de esta decisión, es llamativo, y muy elocuente de lo que veníamos señalando, que los medios de comunicación encabezaran sus noticias afirmando, por ejemplo, que *«El TSJM anula las restricciones impuestas por Sanidad»* o *«La Justicia tumba el confinamiento de Madrid»*; trasladando al poder judicial la responsabilidad de no aplicar las medidas diseñadas por la Administración, en lugar de censurar la vía utilizada por la Administración, en este caso, el Ministerio de Sanidad; y cuando lo que realmente cabría preguntarse es por qué el sistema erige a los órganos judiciales como avalistas de la función ejecutiva y corresponsables de la adopción de medidas generales.

Pero avancemos a otras cuestiones. Es en verdad impensable que hablemos de lo ocurrido en este caso sin referir que la decisión judicial provocó la declaración de un estado de alarma *ad hoc*, mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, que aplicó las mismas medidas que había diseñado el Ministerio de Sanidad.

Como ya apuntábamos, es difícilmente asumible que instrumentos tan cualitativamente distintos, como es el estado de alarma, con rango de ley, y las medidas sanitarias, que no pasan de ser una disposición administrativa, puedan imponer restricciones idénticas.

Al decir esto, no solo se acentúa la duda sobre el ajuste legal de las distintas disposiciones dictadas, sino más particularmente, se abre otro debate, que es el de la responsabilidad por la adopción de medidas. En efecto, la teoría del derecho nos dice que una potestad es un poder que se ejerce en beneficio de persona distinta de su titular, y que su ejercicio es preceptivo; idea básica que articula nuestro derecho público, obligando a los poderes a ejercer las competencias que les corresponden y tienen legalmente atribuidas. Por ello, no es indiferente concluir que, si las medidas de esta naturaleza eran las propias de un estado de alarma, era el Gobierno, conforme al artículo 116 de la Constitución, el que debía adoptarlas oportunamente. Conclusión nada inocua cuando hablamos de proteger la salud colectiva de los ciudadanos.

Para finalizar este apartado, es interesante que hagamos mención de los Autos que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó estrenando la competencia recién asignada por el nuevo artículo 10.8. LJCA.

A partir de septiembre de 2020, el rápido incremento de la incidencia obliga a las Autoridades Sanitarias de la Comunidad de Madrid a explorar un nuevo tipo de medidas, limitando la circulación en las denominadas Zonas Básicas de Salud. La utilización de ese criterio responde a la existencia de un Área Sanitaria Única, de modo que el seguimiento de los indicadores se realiza sobre estas demarcaciones territoriales, en las que la población residente comparte medios asistenciales; una situación que provoca que, el incremento de casos positivos tenga un primer impacto en la presión asistencial de estas zonas.

Con la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, la primera que aplicaría esta clase de medidas, se sometería por vez primera una medida sanitaria ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se puede imaginar con facilidad la expectación ante la respuesta que adoptaría la Sala, que no desperdició la ocasión para fijar una clara posición jurídica, que después ha mantenido fielmente.

De los distintos Autos que, desde el 25 de septiembre de 2020, se dictaron ratificando las medidas de limitación de la circulación en las Zonas Básicas de Salud, se puede extraer lo siguiente:

Para la Sala, tal como señala en estos Autos, las medidas adoptadas no suspenden, sino que limitan los derechos fundamentales, lo cual permite, bajo el amparo de una Ley Orgánica, que puedan ser acordadas sin acudir a los estados de excepción:

*«Pero nos reafirmamos en que no tratándose de suspensión de derechos fundamentales que, por supuesto, requeriría de la utilización de otros instrumentos jurídicos, concretamente la declaración del estado de excepción o de sitio, como prevé el artículo 55.1 CE, la limitación de los derechos fundamentales por la autoridad autonómica, sin acudir a la declaración de estado de alarma que prevé la LO 4/1981, es perfectamente posible siempre que su previsión se contenga en una ley Orgánica, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.*

*No debe olvidarse que conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 112/2006, de 5 de abril y 76/2019, de 22 de mayo) se ha venido admitiendo la posibilidad de que por ley Orgánica se permita la adopción de medidas concretas que limiten el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente Ley Orgánica de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue y que dicha limitación esté*



*justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales (STC 104/2000 13 de abril).»*

A partir de ahí, el resultado de la ratificación se condiciona al juicio de proporcionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que obliga a ponderar la intensidad de las medidas, determinando si son idóneas, necesarias y proporcionales. Con estas palabras lo expresaba la Sala: *«Será preciso analizar si la limitación del derecho fundamental acordada tiene una justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue que es constitucionalmente protegible y además que no existe una medida menos gravosa para cumplir con esa finalidad».*

O, dicho en palabras del Tribunal Constitucional en su STC 96/2012 , de 7 de mayo, *«... 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)...».*

El criterio, como decimos, se mantuvo en la ratificación de todas las resoluciones que con la misma finalidad se dictaron en las semanas sucesivas y después del levantamiento del tercer estado de alarma, con una interpretación flexible cuya clave de bóveda —la consideración de las restricciones de circulación como meramente limitativas de este derecho—, podría desplomarse con la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma.

## **6. Mayo de 2021: la segunda modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Sentencia de 24 de mayo del Tribunal Supremo**

En octubre de 2020 se impondría el tercer estado de alarma mediante 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<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Este real decreto ha sido parcialmente declarado inconstitucional y nulo por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 183/2021, de 27 de octubre.

Este nuevo estado de alarma presentaba una arquitectura poco ortodoxa, pues a pesar de afectar a la totalidad del territorio nacional, el Gobierno delegaba el ejercicio de las competencias necesarias a los Presidentes de las Comunidades Autónomas, disponiendo una serie de medidas, como la limitación de entrada y salida en los territorios autonómicos, la limitación de la circulación en horario nocturno, o la limitación a la permanencia de grupos en lugares públicos y privados, que se podrían ajustar, flexibilizar, e incluso suspender por la decisión de aquellos, atendiendo la evolución epidemiológica, y dejando como instrumento de control estatal de las competencias delegadas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En cualquier caso, pues no queremos caer aquí en una digresión inoportuna sobre una cuestión que merecería un estudio más riguroso, el Real Decreto, quizás todavía con la cicatriz de la no ratificación de las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad, señalaba en el artículo 2.3 que las medidas que se adoptaran al amparo de esta norma no tendrían que ser sometidas a ratificación judicial:

*«Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.»*

Por ello, debemos saltar al mes de mayo de 2021, con el levantamiento de este último estado de alarma, para retomar nuestro asunto y abordar el que por ahora es el último capítulo.

Esta fase retomaría la práctica del año anterior, y obligaría a someter a ratificación las nuevas medidas que las Comunidades Autónomas, expirada la vigencia del estado de alarma, debían adoptar en el uso ya ordinario de sus competencias sanitarias.

El primer gran acontecimiento de este periodo sería la segunda reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la que se inauguraría esta etapa.

La divergencia interpretativa de los órganos judiciales a la hora de ratificar o autorizar las medidas sanitarias adoptadas por las diferentes Comunidades Autónomas para hacer frente a la propagación del COVID-19, no se vio solventada con la modificación operada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 3/2020, pues con la modificación legislativa, la disparidad de criterios antes residenciada en los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, se vio trasla-





dada a los Tribunales Superiores de Justicia, que pasaron a resolver en uso de la nueva competencia legalmente atribuida, alcanzando soluciones diversas, particularmente en lo relativo a la habilitación normativa para las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales.

Así lo lamenta la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, de medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: *«Las Salas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia que se han tenido que pronunciar en el seno de los procedimientos de ratificación o autorización de esas medidas sanitarias han seguido, en ocasiones, una diferente interpretación del marco sanitario estatal aplicable, alcanzando posturas divergentes sobre si el mismo podía servir como título habilitante de las restricciones y limitaciones de derechos fundamentales impuestas por las autoridades sanitarias autonómicas en las medidas adoptadas, en ejercicio de competencias propias, con carácter colectivo y general para luchar contra la pandemia».*

Sobre esta base, con la finalidad de residenciar en el Tribunal Supremo una labor no solo interpretativa y unificadora, sino acaso colindante con la función del legislador ante la aparente insuficiencia normativa, se fundamenta en el Real Decreto-ley 8/2021 la modificación esencial que este incorpora en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cual es la introducción de un nuevo recurso de casación, de formato exprés.

Nos permitimos la utilización de este epíteto porque si algo define al recurso de casación en su fórmula ordinaria es la anquilosada tramitación que posee.

La reforma pretendía esencialmente subsanar el descuido de la Ley 3/2020, que había inhabilitado el recurso de casación para estos casos. Lo paradójico de la situación es que realmente, antes de la reforma acometida por la Ley 3/2020 no había obstáculo procesal para que el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado sobre este asunto. Esto es así porque desde el vértice del artículo 8.6 original, la Ley de la Jurisdicción permitía que aquellos Autos que dictaban los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo fueran apelados ante los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 80.1.d) LJCA); y como estos recursos se resolvían por sentencias dictadas en apelación, eran perfectamente susceptibles de recurso de casación (artículo 86.1 LJCA)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Ninguna duda procesal nos plantea esta afirmación; tómese, a mayor abundamiento, que el Tribunal Supremo ha dictado en los últimos años sentencias analizando el procedimiento de Autorización de Entrada en Domicilio, cuya génesis está en el mismo artículo 8.6 LJCA, y cuyo recorrido procesal es idéntico al de las medidas sanitarias.

Lo que ocurría es que, como decimos, la rapidez no es la virtud característica del recurso de casación, y en esta clase de contenciosos una respuesta judicial producida meses después carece de toda utilidad, dada la limitada vigencia temporal de las medidas, que habría provocado fácilmente la pérdida de objeto de los recursos. En efecto, conforme a la regulación existente, el recurso debía prepararse en un plazo de treinta días; darse por preparado en la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia, que emplazaría a las partes por otros treinta días ante el Tribunal Supremo; emplazamiento que, evacuado, daba lugar a que la Sala del Tribunal Supremo se tuviera que pronunciar sobre la admisión, concediendo, en su caso, otros treinta días para para la interposición del recurso, tras el cual, y cumplido el trámite de oposición por otros treinta días, que se hubiera concedido al Ministerio Fiscal, se podría haber dictado la sentencia.

Con todo, la posibilidad de acudir a la casación estaba ahí. Y algo que no previó la atribución de la competencia de estos asuntos a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia es que, resolviéndose los procedimientos por auto en lugar de por sentencia, había que estar a lo dispuesto en el artículo 87 LJCA, en el que se identifican qué autos son concretamente susceptibles de recurso de casación. Y es que al margen de que el recurso hubiera resultado inoperante, por estar sometido a la tramitación que acabamos de ver, la reforma cerraba totalmente la puerta a que el Tribunal Supremo pudiera pronunciarse en casación sobre estos asuntos.

Con ánimo de subsanar los olvidos de la Ley 3/2020, el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, acomete en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una profunda modificación que abriría la puerta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a los autos que se dictaran en adelante.

Las notas esenciales de esta modificación serían las siguientes:

1. Se modifica el artículo 122 quáter LJCA, añadiendo que la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones previstas en los artículos 8.6 segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la misma ley se resolverán por auto.
2. Los autos dictados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, así como por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA, respectivamente, serán recurribles en casación en todo caso (artículo 87.1.bis LJCA).
3. En estos casos, para acudir a la casación no será requisito necesario interponer previamente recurso de reposición (artículo 87.2 LJCA).



Asimismo, se añade el artículo 87.ter, que diseña un proceso *ad hoc* para resolver los recursos de casación interpuestos contra los autos de ratificación de medidas sanitarias. Al legislador no se le escapó en esta ocasión el inconveniente que hemos apuntado, y la más que segura ineficacia que hubiera supuesto aplicar en estos casos la tramitación ordinaria.

Las notas esenciales de este nuevo recurso, que no están exentas de importantes particularidades, serían las siguientes:

- La supresión del trámite de preparación del recurso, pues las partes comparecerán e interpondrán directamente el recurso de casación mediante escrito presentado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.
- Se apunta expresamente que, si el objeto de la autorización o ratificación hubiera sido una medida adoptada por una autoridad sanitaria de ámbito distinto al estatal en cumplimiento de actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad, en su caso previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, también ostentará legitimación activa la Administración General del Estado. Esta previsión da cobertura legal a la actuación que mantuvo el Ministerio de Sanidad en el proceso de ratificación de la Orden 1273/2020, que recordamos, aplicaba la Orden del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre. En aquel proceso el Auto denegatorio de la Sala de Madrid fue recurrido en reposición por el Ministerio de Sanidad, entendiendo la Sala que la Administración del Estado carecía de legitimación en el proceso, al ventilarse la ratificación de una disposición autonómica.
- El escrito de interposición del recurso habrá de presentarse en el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de notificación del auto impugnado, acompañando testimonio del mismo y exponiendo los requisitos de procedimiento, así como la cuestión de interés casacional y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto recurrido. Por tanto, se significa el mantenimiento del interés casacional como eje del recurso, en armonía con el recurso ordinario, donde también es protagonista este requisito.
- Al no seguir el camino habitual, e interponerse el recurso directamente ante el Tribunal Supremo, se impone a la parte recurrente la carga de advertir a la Sala de instancia, a fin de que proceda a la remisión de los autos. Así, la parte recurrente, el mismo día en que interponga el recurso, habrá de presentar escrito ante la Sala de instancia poniendo en su conocimiento el hecho de la interposición, debiendo dicha Sala, en el día siguiente hábil a esa comunicación, remitir el testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento en que se dictó el auto recurrido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

- De forma coherente con lo pretendido, que es una respuesta inmediata, al escrito de interposición se le dará tramitación preferente, dando traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que comparezcan y formulen alegaciones por plazo común de tres días.
- Por último, y de acuerdo con la función atribuida de ordinario, la Sección competente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que conozca del recurso fijará doctrina y resolverá sobre las cuestiones y pretensiones planteadas, en el plazo de los cinco días siguientes a la finalización del plazo para formular alegaciones.

En todo caso, y herencia forzosa de la propia concepción del proceso de ratificación de medidas sanitarias como presupuesto de la eficacia del acto, late en el recurso de casación la sensación de que su utilidad se limita a ofrecer un último intento a la Administración en los casos en los que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no ratifiquen sus medidas. Pues a salvo de la participación del Ministerio Fiscal, que por lo general ha venido mostrando una posición complaciente con las medidas, la imposibilidad de que concurren otros interesados hace que difícilmente se vayan a interponer recursos que puedan ser críticos con aquellos Autos que hayan ratificado medidas cuyo alcance dudosamente pueda ser el propio de este tipo de actuaciones.

Sea como fuere, lo cierto es que con esta nueva regulación ya no habría obstáculo alguno para que el Tribunal Supremo se pronunciara, algo que no se haría esperar, siendo el primero de dichos pronunciamientos la Sentencia de 24 de mayo de 2021.

El levantamiento del estado de alarma trajo una situación que, con cierta licencia literaria, podríamos calificar de *deja vú*. Como ya ocurriera el año anterior, levantada la cobertura estatal, y sin que los datos epidemiológicos ofrecieran, al menos en este mes de mayo, una mejoría sustancial, las distintas Comunidades empezaban a plantearse aplicar medidas con un alcance muy similar al que imponía el estado de alarma. Si el año anterior el modelo de limitar la circulación —los llamados confinamientos—, parecía la solución imbatible para atajar el desbordamiento de la incidencia, en este nuevo periodo la medida que más cotizaba era la limitación de la circulación en horario nocturno, que los ciudadanos habían asumido resignadamente como toque de queda. Ahora las Comunidades Autónomas se preguntaban si era posible adoptar por sí mismas medidas de esa intensidad, algo por lo que apostó el Gobierno de Canarias. Ante la negativa del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que no ratifica parte de las medidas que se le proponen, concretamente: la limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encontrasen en niveles de alerta 3 y 4, la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, y la



utilización del exterior de los edificios o de la vía pública para la celebración de actos de culto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021 resuelve el recurso de casación interpuesto frente al Auto de 9 de mayo del mismo año, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife. Como acabamos de decir, este Auto había denegado la ratificación de parte de las medidas sanitarias aprobadas por acuerdo del Consejo de Gobierno de Canarias, limitándose el recurso de casación planteado, sin embargo, a la denegación de la ratificación de la medida consistente en la limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encontrasen en niveles de alerta 3 y 4.

Dada la relevancia de este pronunciamiento, nos detendremos especialmente en su examen.

El Tribunal Supremo comienza haciendo alusión a las recientes reformas operadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 3/2020 y el Real Decreto-ley 8/2021, refiriendo la controversia existente acerca de la ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales no relativas a personas concretas, sino dirigidas a destinatarios no identificados individualmente. Menciona, asimismo, la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad pendiente ante el Tribunal Constitucional, relativa al artículo 10.8 LJCA, a la espera de cuya resolución el Tribunal Supremo resolverá los correspondientes recursos de casación interpuestos al amparo del artículo 87. Ter LJCA.

A fin de dar una estructura que facilite su lectura y comprensión, la Sentencia del Tribunal Supremo aborda la resolución del recurso distinguiendo en su análisis los siguientes apartados:

- a) Virtualidad de las medidas sometidas a ratificación judicial.
- b) El procedimiento de ratificación de medidas y el alcance de estas últimas.
- c) El cometido del Tribunal Supremo.
- d) El marco constitucional y legislativo.

Seguiremos esa misma estructura por nuestra parte.

#### **a) Virtualidad de las medidas sometidas a ratificación judicial**

La primera cuestión que analiza el Tribunal Supremo es la eventual aplicabilidad o no de las medidas sometidas a ratificación judicial antes de que los tribunales se pronuncien al respecto.

Señala el Alto Tribunal que *«la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente (...) siendo la propia Administración promotora de la medida sanitaria la que debe solicitar la ratificación, no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar un acto, sino que lo hace para dotarle de una eficacia que por sí sola no puede darle y que es especialmente necesaria para actuaciones restrictivas de derechos fundamentales»*.

De lo anterior, se derivan dos consecuencias:

- Las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables.
- Si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde dejar sin efecto la Orden o acuerdo sometidos a ella, ya que nunca fueron legalmente eficaces. Ello sin perjuicio de que pueda dar publicidad a dicha denegación.

Este pronunciamiento es de especial importancia, pues aclara la duda que plantea la redacción del precepto al apelar a estos procesos como ratificación o autorización de medidas, dadas las diferentes consecuencias que semánticamente se pueden extraer en función de considerar que las disposiciones se ratifican o se autorizan.

Al mismo tiempo, supone alejar la labor de los tribunales de la función jurisdiccional estricta, pues la ratificación judicial se inserta claramente como un último eslabón en la cadena de elaboración de la norma, condicionando la eficacia al pronunciamiento favorable. La precisión sobre la innecesidad de revocar la disposición es relevadora en tal sentido, pues reconoce que la medida, privada de eficacia, es inexistente a efectos jurídicos.

#### **b) El procedimiento de ratificación de medidas y el alcance de estas últimas**

A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que los tribunales no pueden sustituir la imprescindible habilitación normativa en la que ha de descansar la medida cuya ratificación se solicita. Así, la primera comprobación que ha de hacer el Juzgador es la competencia de la Administración, la existencia de habilitación normativa. A partir de ahí, el juicio ha de circunscribirse a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y a una verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas.



Finalmente, añade el Tribunal Supremo que *«la ratificación que llegue a acordarse, si bien hará eficaces y aplicables las medidas correspondientes, no podrá condicionar de ningún modo el control de legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo, si es que se interpone por quien tenga legitimación para ello, contra el acuerdo o resolución que las haya establecido o contra los actos que las apliquen»*.

No ofrece sorpresas este pronunciamiento, que ciñe la labor de ratificación a lo que se ha venido viendo por parte de todos los tribunales. Como tampoco se podía esperar otra cosa sobre el alcance de la decisión, que en modo alguno avala la legalidad ni condiciona el resultado de un hipotético recurso que se pueda interponer.

Lo que no se dice —ciertamente porque no era lugar para emitir una declaración en tal sentido— es que esta decisión probablemente sí condicione una pretensión cautelar deducida en un recurso dirigido contra la disposición. Si la labor jurisdiccional consiste en ponderar la necesidad y proporcionalidad de la medida, parece poco posible que se pueda poco después suspender la medida como resultado de una nueva labor de ponderación realizada en sede cautelar, pues considerados los diferentes intereses, la protección de la salud, y el ajuste de las medidas a los fines perseguidos, hacen más que segura una decisión contraria a conceder una suspensión cautelar de la disposición.

### c) El cometido del Tribunal Supremo

En este apartado, se hace mención específica del recurso de casación introducido en el artículo 87. Ter LJCA por el Real Decreto-ley 8/2021. Así, el Tribunal Supremo puntualiza que, aunque en estos casos no haya trámite de admisión del recurso, ello no significa que no hayan de examinarse los requisitos para su planteamiento; en particular, en lo relativo al interés casacional objetivo, que ha de situarse en la comprobación de que la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar de competencia, habilitación normativa, aspectos reglados de la actuación administrativa, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Una vez comprobada la existencia de interés casacional objetivo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo en casación se limitará a comprobar si la fiscalización de los aspectos externos y reglados, así como el control de la proporcionalidad de las medidas efectuado en la instancia, responde a los parámetros del control previsto por el legislador en los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA.

En todo caso, la Sentencia deja este recordatorio, que puede ser interpretado como cierta admonición sobre el uso indiscriminado del recurso de casación, y bien puede intuirse de estas palabras que la Sala no tiene intención de convertirse en una Sala de apelación, que revise sistemáticamente cada medida denegada a una Comunidad Autónoma.

Es más, la poca atención que la Sentencia dedica a la concreta problemática de las medidas del Gobierno de Canarias es una muestra de la intención diseñar el eje de coordenadas sobre el que desde ahora deben operar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional.

#### d) El marco constitucional y legislativo

Acerca del marco constitucional y legislativo, comienza el Alto Tribunal señalando:

*«Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas.»*

Este punto de la Sentencia es, sin duda, el que más polémica puede plantear. Para empezar, se echa en falta cualquier llamamiento a diferenciar entre suspensión y limitación de derechos, disquisición esencial, como antes apuntábamos, para determinar hasta dónde pueden alcanzar las medidas sanitarias. Es más sorprendente que la Sentencia abogue por la ley ordinaria como suficiente para limitar derechos, pese a reconocer la doctrina constitucional, y escudándose en una confusa distinción entre la limitación de los derechos y la regulación de su ejercicio, cuando son notoriamente diferentes actividades legislativas, cuya diferencia no se salva por ese sal-





voconducto que parecen ser las limitaciones puntuales. La Sentencia parece decir que la ley ordinaria no es hábil para limitar derechos, pero si son limitaciones puntuales, entonces sí es suficiente su rango, pues la limitación puntual se equipara al desarrollo del derecho.

El pronunciamiento tampoco parece tener un buen encaje en la teoría constitucional, pues si todos los derechos tienen límites, el desarrollo de su contenido, que se impone a las Leyes Orgánicas, debe dibujar esos límites, sobre los que en su caso operará la ley ordinaria cuando regule el ejercicio del derecho en cuestión.

Pero dejando las parcelas doctrinales, el razonamiento pierde de vista un detalle esencial: las medidas sanitarias no operan sobre los límites naturales de los derechos fundamentales, sino que los restringen, impidiendo su normal ejercicio. De ahí que la propia norma procesal, cuando explica qué medidas se deben someter a ratificación, aluda a medidas que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. Y son esas medidas, que adopta la autoridad sanitaria, las que deben anclarse en una habilitación normativa, que prevea la posibilidad de limitar el derecho. Una habilitación que, concediendo límites indefinidos, no parece que desarrolle el ejercicio de los derechos, sino al contrario, predisponga cuándo ese ejercicio puede cerceñarse. Por tanto, esa habilitación abstracta y general estará definiendo el contenido esencial del derecho, desde una perspectiva negativa, anticipando qué situaciones avalan para restringirlo.

Situados así en un terreno de excepcionalidad, no concilia con ello la idea de que una ley ordinaria que desarrolle el ejercicio del derecho pueda amparar limitaciones de esta naturaleza. Si eso es así, es porque la propia Ley Orgánica ya ha previsto esos límites, y el desarrollo de la ley ordinaria simplemente se desenvuelve entre ellos. Esta situación provoca una consecuencia nada desdeñable: si el ejercicio del derecho ya se encuentra inicialmente limitado, y el desarrollo legislativo ya prevé en abstracto un ejercicio en esos términos, no parece que tenga sentido alguno la ratificación judicial de un acto administrativo que simplemente aplica al caso concreto la genérica previsión legal. Pues en tal caso el proceso judicial no estaría ponderando si la restricción del derecho fundamental se encuentra justificada, sino si el caso concreto se subsume en el enunciado normativo. Una labor que no parece que sea la que los órganos de esta jurisdicción hayan tenido encomendada.

Volviendo a la Sentencia, a continuación se recogen los preceptos relevantes para la fundamentación de las medidas cuya ratificación se habría solicitado, citándose en particular: el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; el artículo 26 de la Ley 14/1986,

de 25 de abril, General de Sanidad, y, finalmente, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

A la luz de estos preceptos, el Tribunal Supremo concluye que los mismos *«ofrecen suficientes precisiones objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales»*, siendo necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de tales preceptos, a fin de determinar si se cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, la Sentencia define el control que ha de realizar el órgano judicial al que se solicita la ratificación de las medidas, indicando que el mismo ha de comportar la comprobación de si la Administración que pide la ratificación:

- i) Es la competente para adoptar las medidas a ratificar.
- ii) Invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación.
- iii) Ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y la vida, con indicación de los hechos que así lo acreditan.
- iv) Ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal.
- v) Ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo, y que los propuestos son idóneos y proporcionados.
- vi) Y, sobre esos presupuestos, Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

Este último párrafo del fundamento cuarto, donde se enumera escalonadamente la labor judicial, es el pasaje de mayor importancia, pues se fija la doctrina que debe guiar la actuación de todos los procesos de ratificación de medidas sanitarias. La labor judicial queda así circunscrita a comprobar cada uno de esos puntos, concluyendo de ello si accede o no a la ratificación.

Fijadas las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo pasa a resolver el caso concreto, desestimando el recurso de casación y confirmando el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con una brevedad que anticipa que difícilmente se puede esperar del Alto Tribunal una revisión del concreto análisis que haya efectuado cada Tribunal en la toma de sus decisiones.



## 7. Perspectiva a futuro

Es incierto aún el tiempo que nos resta de convivir con esta situación excepcional, tanto en nuestra vida ordinaria como en el plano jurídico. Parece que la evolución científica, con el desarrollo de las vacunas, podrá poner fin a la pandemia, y todo esto pasará a formar parte de la Historia, en esa singular lista de los grandes acontecimientos que redefinen el mundo para siempre.

Por el momento, las Administraciones seguirán teniendo que hacer frente al desafío de controlar la salud pública, en ese delicado equilibrio entre las restricciones que demanda la contención de los contagios y la necesidad, a su vez, de permitir a una sociedad cada vez más fatigada de las restricciones, el normal desarrollo de sus vidas, que tan necesario resulta para mitigar la tan temible crisis económica que amenaza.

Hubiera sido deseable que desde el primer momento se diseñara un marco legal moderno, adaptado al contexto que se vivía. Ha sido, sin embargo, el ordenamiento el que ha tenido que ser ajustado, redimensionado, en una labor de sastrería jurídica cuyo principal riesgo será saber reajustarlo a su tamaño original. Hubiera sido también deseable un uso más preciso del derecho de excepción, pues en el camino se queda una espesa confusión entre medidas sanitarias y estado de alarma, entre estado de alarma y estado de excepción, que al margen de lo que finalmente pueda acabar depurando el Tribunal Constitucional, siempre dejará ese regusto de incertidumbre, de indeseable discrecionalidad, como si el uso de unos instrumentos jurídicos u otros dependiera del capricho o la mera oportunidad.

En cualquier caso, a falta de unos referentes normativos específicos, la referencia que hoy supone la Sentencia del Tribunal Supremo allana el camino de las ratificaciones. Aunque es muy improbable que se elimine el disenso entre las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, como se puede observar en el hecho de que algunas Salas, por ejemplo, la de la Comunidad Valenciana, incluso avalan las restricciones de movilidad en horario nocturno, evidenciando, además, que el tiempo transcurrido no ha dejado espacio para una reflexión severa sobre la diferencia entre suspender y limitar derechos que deslinde las funciones que se deben encomendar a los estados excepcionales y las medidas sanitarias, como punto esencial de partida que defina qué puede realizar una Autoridad Sanitaria, y qué corresponde estrictamente al Gobierno en uso de sus prerrogativas constitucionales.

No deja de ser extraño que una situación como es la sanitaria, que afecta transversalmente a todo el territorio nacional, pueda recibir respuestas tan diversas, y a

veces contradictorias; que lo que unos permiten otros puedan prohibirlo. Los que nos hemos acostumbrado a la marejada procesal habitamos en ello con cotidiana naturalidad, pero es digno de reflexión si los operadores jurídicos, empezando por quienes tienen a cargo el diseño de las normas, han mostrado aquí una actuación que pueda recibir del ciudadano común un reconocimiento positivo, un mínimo entendimiento-

De todo ello, con el tiempo, será necesario hacer reflexión profunda, no solo para examinar qué se pudo haber hecho mejor, sino para mejorar todos los fallos, depurando nuestro Derecho de modo que, si llegase la ocasión, se pueda enfrentar una situación pareja con mejores armas, con la serenidad de unos cimientos asentados. Es, por tanto, una obligación, que repasemos atentamente todo lo ocurrido con el ánimo de avanzar, recordando aquella frase de Frederic William Maitland que decía *«hoy estudiamos el ayer para que el ayer no paralice el hoy, y para que el hoy no pueda paralizar el mañana»*.