

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Especial COVID-19

Reflexiones sobre la
COVID-19 desde lo
contencioso-administrativo

LA RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN EN SUPUESTOS DE URGENCIA Y NECESIDAD PARA LA SALUD PÚBLICA: EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 8,6 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Jesús Mozo Amo

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4
de Valladolid

CORONAVIRUS Y ESTADO DE ALARMA

Javier Albar García

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de
lo Contencioso Administrativo



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Francisco Pleite Guadamillas



NUEVAMUTUA
SANITARIA

Tu seguro
de Ley

The Santander logo, featuring a red flame icon to the left of the word 'Santander' in a bold, red, sans-serif font.

www.nuevmutuasantitaria.es/mugeju

ISSN: 2605-2076

RESUMEN VOCES

LA RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN EN SUPUESTOS DE URGENCIA Y NECESIDAD PARA LA SALUD PÚBLICA: EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 8,6 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Jesús Mozo Amo

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid

RESUMEN: *Se analizan las cuestiones que suscita la aplicación del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LJCA en una situación como la actual, es decir en la que se ha declarado el estado de alarma como consecuencia de la emergencia de salud pública ocasionada por el contagio del COVID-19. De manera más concreta, se hace referencia a la solicitud y su contenido, a la justificación de la necesidad y urgencia de las medidas respecto a la salud pública, a la necesidad de individualizar las medidas y de concretar los derechos fundamentales*

sobre los que tienen incidencia y a la posición del órgano judicial. También se hace referencia, en el aspecto procedimental, a la posición del Ministerio Fiscal, al órgano judicial competente desde el punto de vista territorial y a la tramitación de la solicitud.

PALABRAS CLAVE: *COVID-19, competencia territorial, solicitud, derechos fundamentales, urgencia, salud pública.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil modificó la Ley 29/1998, de 29 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) añadiendo, así consta en la disposición final decimocuarta, un segundo párrafo al apartado ahora 6º del artículo 8 de la LJCA con el siguiente contenido:

“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 objetivo de la modificación indicada, así lo pone de manifiesto Laura Salamero Teixidó (La autorización judicial de entrada y otras autorizaciones administrativas. Tesis Doctoral), es cubrir el vacío legislativo existente en la legislación sanitaria en la que se recoge la posibilidad de que las autoridades sanitarias, en determinados supuestos de urgencia y necesidad, adopten medidas cuya aplicación incide en los derechos fundamentales de las personas. En esos supuestos, atendiendo a la posición del Tribunal Constitucional, la intervención del Juez es necesaria a efectos de realizar una ponderación de los intereses en conflicto, concretamente del interés gene-

ral asociado a la aplicación de las medidas adoptadas por la Administración en defensa de la salud colectiva y del interés individual del sujeto afectado por la aplicación de esas medidas en cuanto que puede ver privados o restringidos determinados derechos considerados como fundamentales.

Hasta ahora, el artículo mencionado se ha aplicado en supuestos muy concretos, y, además, escasos en número. Normalmente, la autoridad sanitaria solicitaba la autorización/ratificación judicial respecto a medidas de contenido sanitario relacionadas con personas concretas que padecían enfermedades infecciosas susceptibles de contagio y que no aceptaban la prescripción médica de ingreso hospitalario o que, producido el ingreso hospitalario o el internamiento en un centro sanitario especial para el tratamiento de ese tipo de enfermedades, no consentían la permanencia en el mismo durante todo el tiempo que exigía el cumplimiento del tratamiento médico prescrito. Esa autorización/ratificación se decidía valorando los informes médicos existentes y, siempre que fuera posible, la posición del sujeto afectado por su aplicación sin que, salvo supuestos muy concretos, se plantearan especiales problemas a la hora de adoptar la correspondiente decisión, que, normalmente y atendiendo a las circunstancias concurrentes, se hacía de manera inmediata. En la medida en que el párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA exige que la medida sea necesaria y, además, urgente, no se aplicaba el artículo al que se está haciendo mención a los supuestos de alta hospitalaria no aceptada por el paciente a la que se

refiere el artículo 21 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En estos supuestos, salvo alguna excepción puntual (sentencia del TSJ de la Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, 164/2009, de 20 de mayo), se consideraba que la intervención judicial a la que se refiere el apartado 2 del artículo 21 citado no es la del Juez contencioso-administrativo sino la del juez civil por pertenecer a la jurisdicción que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene la “vis atractiva.”

La situación que se acaba de referir no es la existente en la actualidad, concretamente la producida como consecuencia de la emergencia de salud pública asociada al COVID-19, que ha dado lugar a la declaración del estado de alarma para la gestión de esa situación de crisis sanitaria mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. La situación actual se caracteriza por una aplicación frecuente de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA proyectada no solo sobre casos individuales sino también sobre otros de tipo colectivo a lo que hay que añadir: (1) que las medidas afectan no solamente a centros sanitarios sino también a otro tipo de centros, concretamente a educativos y, sobre todo, a los de carácter social de tipo residencial (Ordenes SND 265, 275 y 295 del año 2020); y (2) que la situación de emergencia sanitaria hace que la intervención del Juez de lo Contencioso-administrativo también se

produzca en los casos de altas hospitalarias cuando las mismas vengán determinadas por la necesidad de obtener espacios de atención médica a favor de pacientes en una determinada situación clínica (enfermos por COVID-19) y de priorizar los medios sanitarios disponibles.

El nuevo escenario planteado ha obligado a estudiar y reflexionar de manera más detallada sobre el contenido del artículo referido suscitándose una serie de cuestiones que se han ido resolviendo en cada caso concreto y no de manera uniforme dado que no existe una jurisprudencia, precisamente por lo excepcional de la situación, que pueda servir de orientación en la decisión de esas cuestiones en cuanto que la que hay no es abundante y, además, se refiere a supuestos de los llamados “normales”, que, como se ha dicho, están muy alejados de los que se están planteando en la actualidad.

Hay que tener en cuenta que lo declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, es, como se ha dicho, el estado de alarma, que, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 55,1 y 116 de la Constitución, puestos en relación con la Ley Orgánica 4/1081, de 1 de junio, no supone, al contrario de lo que puede ocurrir con la declaración del estado de excepción, la suspensión de derechos fundamentales. El artículo 11 de la Ley Orgánica citada delimita el contenido de las medidas que, a lo sumo, puede acordar el Real Decreto que declare es estado de alarma insistiendo en que ninguna de ellas comprende la suspensión de

derechos fundamentales aunque sí que se pueden establecer limitaciones en el ejercicio de algunos de ellos. Siendo esto así, la posición del órgano judicial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8,6, párrafo segundo, de la LJCA se convierte en esencial en cuanto que constituye una garantía de respeto y protección de los derechos fundamentales individuales que obliga a ejercerla sin rigideces innecesarias pero con el rigor exigible para evitar que, al amparo de una situación no ordinaria, se pueda producir una privación innecesaria de un derecho fundamental.

Se pretende, y este es el objeto principal de este comentario, identificar las cuestiones más relevantes que suscita la aplicación del párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA en la situación actual siendo conscientes que la dinámica existente hará que algunas de ellas dejen de tener la relevancia que ahora se las otorga y que aparezcan otras nuevas que, en estos momentos, no se alcanzan a ver o carecen de la concreción necesaria como ocurre con la posibilidad de confinar en lugares diferentes de su domicilio (se habla de hoteles y/o de lugares públicos) a personas contagiadas que sean asintomáticas. La realidad de lo que ahora es una mera posibilidad o idea necesita una previsión normativa específica que deberá tenerse en cuenta para determinar las posibilidades de aplicar el párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA a aquellas personas que, siendo susceptibles de contagiar a otras, no acepten voluntariamente el confinamiento aplicable o que aceptado deseen poner fin al mismo antes de que

haya desaparecido el riesgo de contagio. Cada una de las cuestiones identificadas será analizada con la finalidad de ofrecer argumentos jurídicos que puedan ser utilizados para resolver la misma admitiendo que pueden existir otros que conduzcan a soluciones diferentes sin pretender, por lo tanto, sentar criterios que pudieran considerarse definitivos o no modificables.

2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL

El párrafo segundo del artículo 8,6 atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (a los Provinciales) la competencia objetiva para decidir sobre la autorización/ratificación de las medidas que las autoridades sanitarias consideran urgentes y necesarias para la salud pública sin que diga nada respecto a la competencia territorial. Siendo esto así, esa competencia ha de decidirse atendiendo a lo dispuesto en el artículo 14,1 de la LJCA entendiendo que debe aplicarse la regla primera de ese artículo por lo que la competencia territorial corresponderá al Juzgado de lo Contencioso-administrativo en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que ha dictado o que va a aplicar la medida considerada por la autoridad sanitaria como urgente y necesaria para la salud pública. La autorización/ratificación judicial que se solicita por la Administración no genera un procedimiento contencioso-administrativo en el que exista una actuación impugnada y unas partes con determinadas pretensiones sobre

las que deba pronunciarse el órgano judicial en cuanto que, como se ha dicho, la intervención del órgano judicial viene motivada por la necesidad de valorar los intereses en conflicto y priorizar el de mayor prevalencia. Siendo esto así, la referencia que se hace en la regla primera del artículo 14,1 de la LJCA a “la disposición o el acto originario impugnado” no puede ser determinante para decidir su no aplicación en los términos indicados entendiendo que esa referencia ha de proyectarse sobre la sede del órgano administrativo que dicta o que aplica la medida por ser la ejecución de esa medida la que determina la intervención del órgano judicial.

No se considera aplicable la regla segunda del artículo 14,1 de la LJCA dado que la medida sanitaria, aunque pueda afectar a inmuebles, nunca tiene por objeto la intervención administrativa en la propiedad privada en cuanto que esa medida, atendiendo a la razón que motiva la intervención del órgano judicial, siempre es, desde el punto de vista de su destinatario, de carácter personal al afectar, privando o restringiendo, la libertad u otro derecho fundamental.

El artículo 42,5 b) del reglamento 1/2005, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial mediante acuerdo adoptado en la sesión correspondiente al día 15 de septiembre de 2005 (BOE del día 27 de septiembre de 2005), atribuye a los Juzgados de Guardia el conocimiento de las solicitudes que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8,6, párrafo segundo,

de la LJCA, se presenten en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata. En estos casos, el Juzgado de Guardia actúa en sustitución del Juzgado de lo Contencioso-administrativo competente territorialmente por lo que no existe ningún inconveniente para que conozca de medidas que deban aplicarse fuera del partido judicial al que extiende su jurisdicción el Juzgado de Guardia. La solicitud, en consecuencia, se presentará ante el Juzgado de Guardia del partido judicial en el que tenga la sede el Juzgado de lo Contencioso-administrativo competente territorialmente.

3. LOS REQUISITOS DE LA SOLICITUD

La intervención del órgano judicial siempre ha de ser rogada, lo que exige que la Administración interesada, que será la que pretende aplicar lo acordado o, en el caso de ratificación, lo ya ejecutado, es la que debe formular la correspondiente solicitud suscitándose la duda sobre si esa solicitud debe estar suscrita por el letrado que la represente. Nada se dice expresamente al respecto aunque es razonable entender, salvo supuestos de suma excepcionalidad, que debe ser así, es decir que debe ser suscrita por letrado en su condición de representante de la Administración solicitante, por razones jurídicas y también por razones prácticas. Jurídicamente se considera que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 24 de la LJCA puesto en relación con la Ley Orgáni-

ca del Poder Judicial y con las leyes aprobadas por cada Administración en aplicación de esa Ley Orgánica, que, en lo esencial, atribuyen la representación de las Administraciones Públicas ante los órganos judiciales pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los letrados adscritos a sus servicios jurídicos. A lo anterior hay que añadir que normalmente el órgano que firma la solicitud, que suele pertenecer al ámbito sanitario, no es el que ostenta la representación de la Administración de la que forma parte por lo que ese órgano no tiene la representación de la Administración solicitante. Existen razones prácticas que justifican la intervención del letrado como representante de la Administración que solicita la autorización/ratificación del órgano judicial asociadas a la necesidad de que la presentación de la solicitud se haga por medios telemáticos (los órganos de la Administración no suelen tener el acceso a esos medios y utilizan el fax u otro medio similar) y, sobre todo, porque permite tener un interlocutor que, de manera inmediata y acorde con la situación de urgencia y necesidad, se haga cargo de las actuaciones judiciales que se produzcan atendiendo a lo solicitado (subsa-

naciones, notificaciones telemáticas de la resolución que se dicte...etc.) evitando, de esta manera, las dilaciones que, casi con toda seguridad, se producirían cuando el órgano judicial se relaciona directamente con el órgano administrativo que suscribe la solicitud. En el sentido indicado se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los existentes en Valladolid en el Auto fechado el día 3 de abril de 2020¹.

Lo que se ha dicho no impide admitir que no existe una uniformidad de criterio respecto a la necesidad de que la solicitud deba suscribirse por letrado en su condición de representante de la Administración solicitante. Así se pone de manifiesto en algunas decisiones judiciales que no exigen, o, al menos, no lo han venido haciendo hasta ahora, esa intervención (p.e Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 7 de Barcelona de 30 de agosto de 2017 (Le Ley, referencia 156968/2017) y Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Granada fechado el día 24 de noviembre de 2010, asunto 918/2010) a lo que hay que añadir que la normativa sectorial, en algunos casos (p.e artículo 9,1 a)

¹ “PRIMERO.- Sobre la necesidad de personación en forma por la administración autonómica.

El art. 24 de la LJCA establece que “La representación y defensa de las Administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas.”. Por su parte, el art. 68.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León), expone que “2. La representación y defensa en juicio de la Administración General de la Comunidad, de sus organismos autónomos y entes públicos de derecho privado, así como su asesoramiento jurídico interno, corresponderá a los letrados integrados en los servicios jurídicos de la Comunidad.”, proclamando seguidamente la supletoriedad de la normativa estatal. El art. 273 de la LEC impone además la presentación telemática por escritos.

Por este juzgado se requirió al órgano remitente del fax que compareciese debidamente representada y defendida, y pese a ello, así como pese a la situación de urgencia que se afirma justifica su solicitud, sólo remitió inicialmente nuevo fax en el que expone lo que tiene por conveniente.

Al día siguiente procedió, por fin, a subsanar la constatada falta de personación en forma.

Ante esta situación cabe advertir lo siguiente:

1. Las administraciones públicas están obligadas a comparecer ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo representados y defendidos por letrado, en el modo en que se prevé en los preceptos arriba reproducidos. La norma es de naturaleza general para todos los procedimientos regulados por la LJCA y no existe razón alguna para apartarse de la ley aplicable.

2. Sólo si la propia Ley estableciese una excepción es procedente apartarse de este incuestionable mandato legal, como por ejemplo ocurre en el supuesto regulado por el art. 55.4 LJCA.

3. Un órgano administrativo carece de personalidad jurídica y sólo la tiene la Junta de Castilla y León (art. 3.4. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 32.2. de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León).

4. La representación ordinaria de la comunidad autónoma -no en juicio- sólo la tiene el presidente de la misma (arts. 26 y 27 de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla-León.).

5. El art. 8 de la LJCA regula las competencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo, y no un procedimiento específico. Incluso el apartado 6 refiere sólo una atribución competencial. Sería impensable la personación mediante fax del órgano administrativo que se tratase en los supuestos competenciales regulados en los apartados 1 a 5.

6. Elementales exigencias de economía procesal, de eficacia en la gestión procesal y de racionalidad de esfuerzos imponen la relación de los órganos jurisdiccionales con las partes a través de sus legítimas representaciones.

En otro orden de cosas, casi huelga recordar que la remisión de faxes no garantiza unas mínimas condiciones de autenticidad, ni en su forma, ni en su fondo. De hecho, no entiendo muy operativa la utilización de un medio de comunicación ciertamente rudimentario cuando ya es una realidad, desde hace tiempo, la presentación de escritos por vía telemática. De hecho es una obligación ex. art 273 LEC en su reforma operada por la Ley 42/2015, de 5.10.2015

7. La situación de emergencia nacional declarada por el 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, ni deja sin vigencia la LJCA y concordantes ni supone la inobservancia de la mayoría del ordenamiento jurídico.

8. Aún cuando elementales y constitucionales exigencias de independencia judicial descartan cualquier fuerza vinculante de órganos jurisdiccionales homónimos (más allá de la autoridad jurídica de los razonamientos que contengan), puede señalarse que los órganos jurisdiccionales vienen exigiendo y así lo cumplen las diferentes comunidades autónomas en asuntos similares; así cabe la cita del AJCA nº 2 de Orense, MSM 155/2019, o el AJCA nº 22 de Madrid, Autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias 126/2020 , auto nº 44/2020 de 11 de Marzo del año 2020.

De hecho, la propia administración demandada, al solicitar la autorización judicial de las medidas sanitarias contenidas en la propuesta de orden de la Consejería de Sanidad por la que se adoptan medidas sobre la estancia de residentes en residencias y centros de personas de fecha 21 de marzo de 2020 en el juzgado de guardia, lo hizo por medio de letrado. E igualmente, presento por medio de letrado, como no puede ser de otro modo, su escrito de apelación. Sería un grave contrasentido que se interesase la ratificación de medidas a este juzgado mediante fax y, de ser denegadas, se interpusiese recurso de apelación mediante letrado, pues las normas son las mismas.

Consecuentemente, el retraso en un día en la resolución a la petición presentada por la Junta de Castilla y León obedece, exclusivamente, a la presentación de aquella con graves defectos de forma”.

de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), parece dar a entender que esa asistencia no es preceptiva al no mencionarla expresamente y al permitir la comunicación al órgano judicial sin más). A pesar de ello, hay que insistir en que existen unas razones de práctica procesal que aconsejan, en la hipótesis de que se llegue a entender que no existe una norma que, de manera clara y terminante, exija la intervención de letrado, esa intervención en los términos ya dichos.

4. LA DOCUMENTACIÓN DE LA SOLICITUD

La documentación que debe acompañarse con la solicitud varía atendiendo a la medida adoptada y a lo que se solicite del órgano judicial (ratificación o autorización) comprendiendo, como mínimo, la siguiente:

1º Concreción de la medida adoptada sobre la que se proyecta la solicitud justificando, si es una autoridad sanitaria la que la ha adoptado, la existencia de razones de urgencia y necesidad para la salud pública. Si no fuera así, es decir si la medida no ha sido adoptada por una autoridad sanitaria, deberá acompañarse la justificación de la autoridad sanitaria sobre la urgencia y necesidad en la aplicación de la medida.

2º Sujeto o sujetos concretos que se ven afectados por la aplicación de la medida identificando a los mismos y señalando, siempre que

este dato se conozca, la posición que al respecto mantienen en relación con la ejecución de la medida adoptada.

3º Si lo que se solicita del órgano judicial es la ratificación de la medida, hay que acreditar el resultado de su ejecución y, de manera especial, las personas que han resultado afectadas por la misma y la posición que mantienen respecto a su resultado.

4º Identificación de la libertad o derecho fundamental que se puede ver afectado por la medida adoptada señalando la incidencia que tiene en lo que se refiere a la privación o restricción de esa libertad o derecho fundamental.

Si el órgano judicial no tiene los datos suficientes para decidir lo solicitado debe rechazarlo. Nada impide, y ello será conveniente salvo que las razones de urgencia lo hagan incompatible, que se pueda requerir al representante de la Administración solicitante que se aporte determinada documentación necesaria para decidir sobre lo solicitado. En cualquier caso, la falta o insuficiencia de documentación o la no atención del requerimiento, si es que se ha hecho, deben resolverse rechazando lo solicitado sin perjuicio de que esa solicitud pueda reiterarse nuevamente. No se considera procedente una decisión de inadmisión de la solicitud al no existir causa legal que lo permita a lo que hay que añadir que es carga del solicitante acreditar lo necesario para que el órgano judicial pueda decidir sobre el fondo.

5. LA TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD

Aunque no está expresamente dicho, se considera necesaria, al afectar lo solicitado a derechos fundamentales, la intervención del Ministerio Fiscal dándole la posibilidad de que emita el informe correspondiente. Esta intervención no convierte al Ministerio Fiscal en parte a efectos de poder interponer recurso de apelación frente al Auto que se dicte. Entiendo, y así se deduce de lo dispuesto en los artículos 80,1 y 82 de la LJCA, que el recurso de apelación frente al Auto lo pueden interponer la Administración solicitante y las personas cuyos derechos fundamentales pueden verse afectados sin perjuicio del que el Ministerio Fiscal pueda emitir el informe correspondiente a la vista del contenido del recurso o recursos de apelación interpuestos para lo que, simultáneamente a que el Juzgado los remita a la Sala, debe ponerlos en conocimiento del Ministerio Fiscal. La sentencia del TSJ de Madrid fechada el día 22 de julio de 2015 (Rec. Apela. 724/2015) entiende, en un asunto referido a la decisión sobre autorización de entrada en domicilio, que ni siquiera, al resolver el recurso de apelación, procede oír al Ministerio Fiscal.

Siempre que no conste la posición del afectado ni ésta pueda deducirse de la documentación presentada con la solicitud, se considera necesario oír a la persona o personas cuyos derechos

fundamentales estén afectados por las medidas debiendo hacerlo en la medida en que sea posible y resulte compatible con la situación de urgencia y necesidad que se plantee. Esta audiencia no está expresamente referida en el artículo 8,6 de la LJCA aunque se considera esencial para que el órgano judicial pueda realizar la ponderación de los intereses en conflicto y decidir, a la vista de ello, lo que corresponda de manera que solamente se prescindirá de ella cuando se den las circunstancias ya dichas (que resulte posible y que sea compatible con la situación de urgencia y necesidad). Además, el Auto que se dicte debe hacerse llegar a estas personas afectadas para que lo conozcan y puedan, si lo estiman oportuno, ejercer sus medios de defensa frente al mismo (recurso de apelación) entendiéndose que no existe ningún inconveniente que para ello se utilicen los servicios de la propia Administración solicitante.

6. LOS REQUISITOS DE LAS MEDIDAS SOBRE LAS QUE HA DE PRONUNCIARSE LA AUTORIDAD JUDICIAL

El órgano judicial debe autorizar o ratificar unas medidas resultando que ello solamente podrá hacerse si esas medidas cumplen unos requisitos, que pueden concretarse de la siguiente manera:

-La medida tiene que existir jurídicamente. No puede haber autorización o ratificación sobre una medida que no esté adoptada y que, por lo tanto, simplemente sea un “proyecto” o “idea” de medida. Sobre este requisito se ha pronunciado el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid, en la sentencia fechada el día 25 de marzo de 2020) Rec. Apela. 145/2020). La Administración

solicitó, presentándolo ante el Juzgado de Guardia por ser día inhábil, autorización sobre unas medidas contenidas en una “propuesta” de Orden, que fueron denegadas interponiéndose recurso de apelación por la Administración solicitante, que se desestima al entender, en lo esencial, que no puede haber intervención judicial sobre algo que no existe en cuanto que es un mero proyecto de medida².

2 “**TERCERO.-** A los efectos de resolver el presente recurso de apelación nos parece de interés hacer las siguientes consideraciones previas.

En primer lugar, la solicitud presentada en la instancia es para autorizar no unas medidas, sino la propuesta de unas medidas que hace la Directora General de Salud Pública para su aprobación, en su caso, por la Consejera de Sanidad de la Junta de Castilla y León.

Nos parece fuera de toda duda que lo que ha hecho la Administración es proponer unas medidas y esto es lo que pretende que se autorice judicialmente al amparo del artículo 8.6 párrafo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Basta con la lectura del encabezamiento, “Propuesta de Orden por la que se adoptan medidas sobre la estancia de residentes en residencias y centros de personas mayores” y de la parte final donde se lee que la Directora General “eleva a la Consejera de Sanidad la siguiente PROPUESTA”.

En segundo lugar, que la medida que se propone es la de declarar la cuarentena de todas aquellas residencias y centros de personas mayores de la Comunidad de Castilla y León en los que haya residentes con síntomas compatibles con la pandemia COVID-19, pero también establecer restricciones para que quienes no están en dicha situación puedan abandonar tales residencias y centros.

Así hay que entenderlo porque, según se explica en el llamado preámbulo de la propuesta de orden, la aplicación de esa cuarentena va a comportar, uno, que la atención médica de los residentes afectados por la enfermedad o que hayan tenido contacto directo con ellos se preste en los propios centros en los que están, y dos, que quienes no estén en esa situación, esto es, los residentes que estén sanos y que no hayan tenido contacto directo con otros enfermos, recaben autorización expresa del equipo médico asignado por la Gerencia del SACyL para que puedan abandonar la residencia o centro de mayores.

El fundamento de todo ello está en la protección a la salud tanto de los residentes que estén o puedan estar enfermos como la de sus familiares.

CUARTO.- *Hechas estas consideraciones previas, la cuestión que se suscita en esta segunda instancia, es si por la Administración se ha concretado suficientemente las personas que pueden verse afectadas por tales medidas y, por lo tanto, los titulares de derechos fundamentales a los que se les van a aplicar las mismas.*

A estos efectos, hay que decir que la fundamentación que contiene el auto impugnado, más allá de la referencia al auto de 16 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Zaragoza, se basa en que toda restricción de derechos fundamentales exige una justificación y una concreción de los titulares de los derechos afectados por esa restricción y que la propuesta de orden no satisface esa exigencia.

Por ese motivo, aun cuando la situación creada por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 haya podido variar desde el dictado de ese auto de 16 de marzo hasta el momento presente (e, incluso esté en permanente cambio, como se apunta en el recurso de apelación) lo cierto es que la fundamentación jurídica que se contiene en el auto recurrido sigue siendo procedente y de lo que se trata es de verificar su aplicación al caso que nos ocupa.

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.

El artículo 8.6 segundo párrafo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dice: “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”.

Claramente, para que este artículo pueda ser aplicado se hace necesario que la autoridad administrativa competente acuerde las medidas y, una vez que han sido adoptadas, que se recabe la autorización judicial.

Esta exigencia es necesaria precisamente para examinar la procedencia de las mismas y poder verificar el juicio de proporcionalidad entre la finalidad que se pretende con su adopción y la intensidad con la que se van a afectar los derechos fundamentales de las personas.

En ausencia de una medida definitiva, no puede entenderse que se haya concretado el ámbito subjetivo de la propuesta de orden y, por ello, la autorización a la que se refiere el citado artículo no es procedente.

QUINTO.- No se puede desconocer ni la declaración del estado de alarma (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 y el posterior Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo de modificación del mismo) ni la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Este marco normativo permite y obliga a las Comunidades Autónomas a adoptar las medidas oportunas para la efectividad de los objetivos que se quieren lograr con la declaración del estado de alarma y puede constituir un elemento interpretativo útil a los efectos del artículo 3.1 del Código Civil.

Pero es precisamente ese marco normativo el que ha de llevar a la Administración a adoptar definitivamente las medidas que considere necesarias y fijar de esa manera el ámbito subjetivo de las mismas

Hasta tal punto es así que la Orden SND/265/2020, a la que de manera particular se remite la Administración en su recurso de apelación, obliga a ésta a clasificar a los residentes de los centros en función de su concreta situación (ver apartado Segundo de la misma), de modo que debe ser la Administración la que decida (y no solo proponga) a quién se refieren las medidas y recabe a continuación, en su caso y en su momento, la autorización judicial, sea para autorizar la medida ya adoptada o para su ratificación.

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. Debemos recordar aquí que la jurisdicción contencioso-administrativa es un jurisdicción revisora de los actos adoptados previamente por la Administración, pero ni puede sustituir a esta en la toma de decisiones, ni tampoco asesorarla con carácter previo (artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio).”

La existencia jurídica a la que se ha hecho referencia no exige un acto administrativo que declare el contenido de la medida dado que la misma puede ya estar declarada de manera que la Administración solicitante lo que hace es ejecutarla en un supuesto concreto. Así ocurre, por ejemplo, respecto a los centros sociales de carácter residencial donde la autoridad sanitaria, a través de diversas Ordenes Ministeriales, ha adoptado medidas sanitarias que pueden ser ejecutadas por las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial. En estos casos, lo que hay que hacer es concretar la ejecución en lo que se refiere a las medidas, dentro de las establecidas y acordadas, a aplicar, al lugar en el que esa aplicación se va a llevar a cabo y a las personas afectadas por las mismas formalizando suficientemente esa concreción.

-La medida adoptada no necesita, a efectos de decidir sobre la autorización o ratificación, que haya agotado la vía administrativa.

Es verdad que la medida ha de implicar privación o restricción de la libertad o de otros derechos fundamentales aunque eso no es suficiente para exigir que tenga que proceder de una autoridad que agote la vía administrativa o, de no ser así, que haya transcurrido el plazo para poderla recurrir en alzada y se haya resuelto expresamente ese recurso. La privación o restricción indicadas no hace que la medida tenga carácter sancionador a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 90,3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, debiendo aplicarse la regla de ejecutividad de los actos o

de las decisiones administrativas, que es, por otra parte, la que mejor se corresponde con la situación de necesidad y urgencia que motiva la intervención judicial. Precisamente, la intervención del órgano judicial en los términos previstos en el artículo que se está analizando es una razón a mayores para que no sea exigible el agotamiento de la vía administrativa en cuanto que ese órgano judicial es garantía de la protección de los derechos fundamentales mediante la ponderación de los intereses en conflicto. Cuestión distinta es que la medida adoptada, por las razones que sean y que han de estar debidamente acreditadas, no sea ejecutiva o aplicable en cuyo caso solamente podrá autorizarse la misma cuando cumpla ese requisito denegándose la ratificación si ya se ha ejecutado sin poderlo hacer.

El criterio señalado no es compartido de manera unánime como lo evidencia el contenido del Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 al que ya se ha hecho referencia anteriormente en el que se señala, aunque no es esa la única razón de decidir, que el acto administrativo debe agotar la vía administrativa (el Auto indicado utiliza, de manera expresa, que la decisión administrativa ha de ser firme)³.

-Las medidas no tienen que proceder, necesariamente, de una autoridad sanitaria aunque es esa autoridad la que tiene que considerar que las mismas son urgentes y necesarias para la salud pública. El párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA no exige literalmente que

la medida sometida a autorización o ratificación judicial deba proceder de una autoridad sanitaria limitándose a señalar que esa autoridad es la que debe valorar su urgencia y necesidad para la salud pública. A pesar de ello, atendiendo a la legislación sectorial aplicable en materia de sanidad y salud pública, lo normal y habitual es que la autoridad sanitaria sea el origen de la medida.

La legislación de cada Comunidad Autónoma determina los órganos que tienen la condición de autoridad sanitaria aunque, en estos momentos, es necesario tener en cuenta lo que al respecto se dispone en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma que, según la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, tiene rango o valor de ley (razonamiento jurídico 10). En este Real Decreto, en lo que ahora importa, se dice lo siguiente:

1º El Ministro de Sanidad es autoridad competente en su propia área de responsabilidad y en las demás que no estén atribuidas a otras autoridades (Artículo 4). Esta competencia le faculta para ejercer las competencias propias

del apartado 3º del artículo citado (dictar ordenes, resoluciones, instrucciones y disposiciones que sean necesarias para garantizar la prestación de los servicios, ordinarios y extraordinarios, en orden a la protección de las personas, bienes y lugares).

2º Cada Administración Pública conserva las competencias que tiene atribuidas por la legislación vigente en lo que se refiere a la gestión ordinaria de sus servicios a efectos de adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas dictadas por la autoridad competente (artículo 6).

3º Todas las autoridades sanitarias de carácter civil quedan, en lo que se refiere a reforzar el Sistema Nacional de Salud, bajo las ordenes directas del Ministerio de Sanidad (artículo 12).

Lo dicho permite entender que las autoridades sanitarias determinadas por la legislación de cada Comunidad mantienen esa condición en lo que se refiere a la gestión de los servicios sanitarios de los que son titulares y al funcionamiento de los mismos. Siendo esto así, corresponderá a la

3 “En el párrafo anterior aludía a un requisito esencial de las decisiones administrativas a revisar o autorizar; que estas han de ser firmes. Ello por varias razones; la primera, que el art. 25 de la LJCA sólo permite la revisión de actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa. Lo contrario supondría que de un asunto conocería tanto la autoridad judicial que lo va a autorizar o ratificar como el superior jerárquico del que lo dictó. La segunda, que el art. 98.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas exceptúa de la ejecutoriedad de los actos administrativos a los dictados en un procedimiento de naturaleza sancionadora contra el que quepa algún recurso en vía administrativa, a la que debe añadirse los actos limitativos de derechos, como es el caso (e incluso pudiera entenderse que se podría tratar también del supuesto del art. (98.1.d “d) Se necesite aprobación o autorización superior”).”

autoridad sanitaria de cada Comunidad Autónoma valorar la urgencia y necesidad de la medida adoptada o que se pretenda aplicar para la salud pública sin que sea necesario que esta autoridad sanitaria reproduzca lo que ya ha acordado el Ministerio de Sanidad bastando, como ya se ha dicho, con concretar la aplicación de la medida ya adoptada por dicho Ministerio a un espacio, a un periodo de tiempo y a unas personas determinadas o determinables. Esa valoración ha de hacerse atendiendo a las concretas circunstancias que concurren y precisando todo aquello que permita apreciar la necesidad y la urgencia para proteger la salud pública como derecho colectivo.

-Las medidas tienen que tener un grado de concreción suficiente. Las medidas a aplicar,

así como la valoración de su necesidad y urgencia para la salud pública, deben tener la concreción suficiente, especialmente en lo que se refiere a los sujetos afectados, de manera que éstos deben estar singularmente identificados o, cuando ello no sea posible, ser determinables a posteriori. Solamente así se puede determinar la existencia de derechos fundamentales que puedan verse afectados. Laura Salamero Teixidó, en la tesis doctoral hecha sobre “La autorización Judicial de entrada y otras autorizaciones contencioso-administrativas”, señala, dicho en extracto, la necesidad de individualizar al sujeto y los derechos del mismo afectados aunque admite que puedan existir medidas que no permitan la identificación individual de los ciudadanos a los que afecten (aislamiento o cuarentena de un determinado colectivo

4 “La administración pública no puede pretender que bajo este precepto (ya me refiero al art. 8.6 párrafo segundo de la LJCA) una suerte de autorización general y “en blanco” para actuar sobre los derechos y libertades de las personas. La STSJCyL Valladolid nº 354, de 25.3.2020 (AP 145/20) ya se cuida de recordarlo: “El auto que se recurre en apelación desestima la solicitud porque, según razona la Jueza que lo dicta, la finalidad de tutela de la salud pública no puede interpretarse como un apoderamiento en blanco y por ello las medidas que limiten derechos y libertades deben someterse a límites, guardando un equilibrio que garantice que el sacrificio de tales derechos y libertades sea siempre el mínimo e imprescindible para proteger la salud pública y por ello se necesita, concluye la Juzgadora de instancia, que se concrete el centro para el que se piden y las concretas medidas a adoptar con la incoación del preceptivo expediente personal.”. En similares términos de necesario análisis individualizado se expresaba el citado AJCA nº 2 de Orense, MSM 155/2019.

Por lo tanto, la administración autonómica podrá, siempre bajo su directa responsabilidad, patrimonial o de cualquier otra índole, adoptar las medidas que estime necesarias para la gestión de la crisis sanitaria y que la legislación aplicable al caso le permita adoptar (vgr. artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública o el art. 70 de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León), pero, en el caso de implicar una “privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.” no podrá hacerlo sin ratificación o autorización de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Y tal intervención judicial deberá ser solicitada previa la acreditación y aportación de todos los antecedentes individuales aplicables al caso concreto y, referidos a una persona, para poder sustentar una decisión judicial limitativa de esos derechos. Sólo así.”

con riesgo) sin que ello impida la intervención del órgano judicial dado que el artículo 8,6 no exige expresamente que tenga que concurrir oposición del afectado ni tampoco existe impedimento para ejercer un juicio de ponderación en abstracto aunque considera que en estos casos “*la resolución deberá ir acompañada de la debida motivación en la que se justifique la adecuación de una autorización o ratificación colectiva dirigida a una pluralidad indeterminada de sujetos*”. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Zaragoza, mediante Auto fechado el día 16 de marzo de 2020, entiende, en lo esencial, que no es necesaria la ratificación global de un instrumento normativo de la Administración, dictado dentro de sus legítimas potestades y dirigido a la adopción de medidas preventivas adicionales de salud pública, y ello sin perjuicio de que en su ejecución puedan darse situaciones (concretas) que necesiten ser amparadas judicialmente. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valladolid, en el Auto ya referenciado anteriormente también entiende que las medidas deben proyectarse sobre sujetos concretos⁴.

7. LA DECISIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL: AUTORIZACIÓN/RATIFICACIÓN

El párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA se refiere a la competencia del órgano judicial (Juzgados de lo Contencioso-administrati-

vo) para “autorizar” o “ratificar” las medidas sin concretar cuándo procede una decisión u otra. De lo dicho hasta ahora, es decir la imposibilidad de que el órgano judicial se pronuncie sobre decisiones inexistentes y la necesidad de que lo decidido quede suficientemente concretado sin que sea necesario haber agotado la vía administrativa, se puede deducir que la autorización procederá cuando las medidas han sido adoptadas pero no aplicadas mientras que la ratificación procederá cuando la medida ha sido adoptada y, además, ya ejecutada. Este último supuesto no será el habitual y por ello necesita que la autoridad sanitaria justifique la urgencia y la necesidad no solo de las medidas sino también de su ejecución inmediata antes de que el órgano judicial haya decidido autorizar las mismas.

No se observa, aunque no es muy probable que ocurra dado que las decisiones judiciales sobre lo solicitado suelen tener una celeridad acorde con la situación planteada, que exista ningún inconveniente para que, solicitada la autorización de unas medidas, sea necesario ejecutarlas antes de que el órgano judicial se haya pronunciado al respecto sobre lo solicitado. Si así ocurre, deberá completarse la solicitud inicial de autorización con otra de ratificación de lo ejecutado debidamente justificada siempre que al presentar esa solicitud complementaria no exista decisión del órgano judicial. Si ya hay decisión y es favorable a la solicitud inicial, deberá acompañarse una solicitud nueva de ratificación salvo que se haya ejecutado en los mismos términos en que

se ha ejecutado en cuyo caso se puede entender que se produce una “convalidación” de lo ejecutado sin autorización previa. Si la autorización se deniega y lo ejecutado se ha hecho en los mismos términos en que estaba previsto no es necesario presentar una solicitud de ratificación debiendo asumirse las consecuencias jurídicas que produzca la falta de ratificación judicial sobre la validez de lo ejecutado, que deberán plantearse y resolverse en un procedimiento de naturaleza contencioso diferente, por lo tanto, del que resulta de aplicar el párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA.

8. LA LIBERTAD Y LOS OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE TIENEN QUE VERSE AFECTADOS, ES DECIR, PRIVADOS O RESTRINGIDOS, POR LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA

El párrafo segundo del artículo 8,6 de la LJCA se limita a señalar que las medidas urgentes y necesarias para la salud pública han de implicar “privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental” sin concretar a qué derechos fundamentales ni a qué libertad se refiere. Esta falta de concreción ha de resolverse de la siguiente manera:

1º La libertad o el otro derecho fundamental no pueden considerarse en sentido amplio. “La

libertad” ha de entenderse no como principio o valor sino como derecho, aunque no necesariamente fundamental (no como libertad pública), y el “otro derecho fundamental” ha de ser del ciudadano y, además, ha de ser fundamental, lo que permite excluir los derechos de los ciudadanos (artículos 30 y siguientes de la Constitución) por no ser fundamentales y los meros principios rectores (artículos 39 y siguientes de la Constitución) por no ser derechos.

2º En la medida en que el derecho ha de ser fundamental y la libertad ha de entenderse como derecho, se considera que el artículo se está refiriendo a los derechos recogidos en los artículos 14 a 29, ambos inclusive, de la Constitución por ser los que, en sentido estricto, tienen la consideración de fundamentales admitiendo que la libertad como derecho comprende no solo la referida en el artículo 17 de la Constitución sino también aquellos otros supuestos en los que se configura como derecho sin que sea necesario, en este caso, que sea fundamental como “libertad pública”. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando la medida adoptada y a ejecutar o ejecutada suponga el cierre de una actividad (centro social de carácter residencial) resultando que en este caso puede estar afectada la libertad de empresa como derecho recogido en el artículo 38 de la Constitución y por ello será necesaria la intervención del órgano judicial salvo que el titular de ese derecho sea el que haya solicitado el cierre o acepte el acordado por la Administración.

3° La medida debe llevar en sí (implicar) una privación o restricción del derecho fundamental o de la libertad entendiendo que esa restricción ha de ser en la parte esencial o sustancial del derecho o de la libertad y no en la meramente accesoria a lo que hay que añadir que la privación o restricción puede afectar a un solo derecho o a varios y, en este caso, no necesariamente de la misma manera (restricción-privación).

4° Ya se ha dicho la necesidad de que la Administración individualice los derechos fundamentales y/o las libertades afectados y los sujetos titulares de los mismos entendiendo que el órgano judicial, a efectos de adoptar la decisión que corresponda, está vinculado por ello siendo muy dudoso que pueda denegar lo solicitado por entender que no están afectados los derechos señalados por la Administración y sí otros derechos de idéntica naturaleza. Además, atendiendo a la naturaleza y finalidad de la intervención judicial, que es rogada, considero que no podría el órgano judicial plantear, antes de decidir, a la Administración la afección de otros derechos a efectos de que pueda alegar al respecto. Lo dicho en este apartado es importante aunque no es descartable que se presenten solicitudes en las que no se identifiquen la libertad y los derechos fundamentales afectados. En estos casos, si se deducen fácilmente los derechos afectados o la no existencia de esa afección (por ejemplo, se solicita la autorización judicial para realizar actuaciones en un determinado centro residencial que solamente se van a ver afectados los que las consientan previa

y expresamente), el Juez puede resolver lo que corresponda. Si esa identificación no es posible, se puede pedir a la Administración que lo concrete o rechazar directamente lo solicitado por esa falta de concreción.

9. LA POSICIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL ANTE LO SOLICITADO

Ya se ha dicho, y ahora se reitera, que la intervención del órgano judicial lo es como “Juez” de garantías y no como “Juez” contencioso encargado de decidir un conflicto entre partes, una vez tramitado el correspondiente procedimiento. Siendo esto así, la decisión del órgano judicial ha de encajarse en los siguientes parámetros:

1° No tiene que enjuiciar la legalidad de la medida que se somete a autorización o a ratificación. Basta con comprobar que la misma existe y que, en su caso, es ejecutiva. Solamente en supuestos excepcionales en los que, de manera clara y evidente, se observe que existe una ausencia total y absoluta del soporte jurídico de la medida, podrá tenerse en cuenta a efectos de decidir sobre lo solicitado, que será, evidentemente, de rechazo por esa razón. Siendo esto así, la decisión del órgano judicial sobre lo solicitado no produce el efecto de cosa juzgada en lo que se refiere a la legalidad de la medida adoptada por la Administración solicitante. Hay que tener en cuenta que lo que se solicita del órgano judicial se proyecta sobre la ejecución

de la medida adoptada (autorización) o sobre lo ya ejecutado en situaciones urgentes (ratificación) y no sobre la medida en sí respecto de la cual el órgano judicial se limitará a analizar su existencia y su carácter ejecutivo sin entrar al exámen de su contenido salvo para ponderar los efectos que, desde el punto de vista de la ejecución, produce sobre los derechos fundamentales del afectado. Por ello se considera que la legalidad de la medida adoptada puede cuestionarse, tanto en vía administrativa como en vía judicial, sin que constituya ningún obstáculo para ello el hecho de que el órgano judicial se haya pronunciado favorablemente sobre la autorización o ratificación solicitadas. Desde luego, podrá cuestionarse la competencia para adoptar la medida, el procedimiento seguido, el contenido, la necesidad y otras cuestiones salvo la ponderación de los intereses en conflicto en lo que se refiere a la ejecución de la misma dado que sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el órgano judicial.

2ª Deberá realizar una ponderación, que será suficientemente motivada en el Auto que dicte, de los intereses en conflicto. El interés público, concretado en la protección de la salud pública, y el interés individual, concretado en la privación o limitación de la libertad y de otros derechos fundamentales. Esa ponderación debe hacerse atendiendo a los principios de proporcionalidad y de prudencia y teniendo en cuenta lo que la Administración ha alegado sobre la urgencia y necesidad de las medidas, la posición del afectado, si se conoce, así como también el contenido de las medidas y su duración y el tipo de

derechos que pueden verse afectados valorando la reversibilidad o no de las privaciones y/o limitaciones de esos derechos.

3ª Nada impide, siempre que la decisión del órgano judicial sea favorable a lo solicitado, que se establezca un seguimiento de las medidas autorizadas o ratificadas a efectos de poder decidir lo que corresponda en función de lo que resulte del mismo siendo admisible también que el órgano judicial pueda imponer a la Administración la adopción de otras medidas que mitiguen los efectos de la autorización sobre los derechos del sujeto afectado. Por ejemplo, si se tiene que decidir sobre un alta hospitalaria forzosa por razones de urgencia y de interés público es posible que el órgano judicial la autorice o ratifique exigiendo a la Administración, si concurren circunstancias especiales en el afectado, que traslade al enfermo a otro centro sanitario o a un centro asistencial de tipo residencial o que le haga un seguimiento médico en su domicilio siendo esa una medida razonable que compatibiliza el interés público con la restricción del derecho fundamental.

4ª También sería posible, especialmente en aquellos casos en los que no se ha conseguido oír al afectado y la posición de éste puede ser relevante para decidir sobre lo solicitado, acceder, siempre que exista un evidente interés público necesitado de protección, a lo solicitado quedando pendiente de confirmar esa decisión una vez que se conozca la posición del afectado y pueda realizarse una valoración sobre la misma.

CORONAVIRUS Y ESTADO DE ALARMA

Javier Albar García

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso Administrativo

RESUMEN: *Se va a hacer un breve examen sobre la adecuación de la declaración del estado de alarma a la situación generada por el COVID-19, empezando por un somero examen de los estados de alarma, excepción y sitio, no específicamente definidos en la Constitución, sino simplemente diferenciados en función de la gradación en las exigencias legales para su respectiva declaración, así como en la diversa profundidad de su incidencia en los derechos fundamentales.*

Se llega a la conclusión de que el estado de alarma, tal y como se configura en el 55.1 y 116 Ce y en la LO 4/1981, no prevé la suspensión de diversos derechos fundamentales, sino una muy ligera incidencia en alguno de ellos, como el de circulación, o el de reunión y manifestación, siempre en relación con momentos y lugares concretos, y en ningún caso otros como el derecho de culto, claramente violentado. Así mismo, se duda de que puedan aprobarse prórrogas

sucesivas, conforme a la LO 4/1981 y 116 CE.

Aunque sería interesante, por su posible incidencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad, examinar la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE de 28 de marzo, sobre todo su disposición segunda, relativa al estudio de movilidad y a través del cruce de datos de los operadores móviles, ello desborda el objeto de este artículo.

PALABRAS CLAVE: *Alarma; excepción; sitio; derechos fundamentales; prórroga; Salud Pública*

1. INTRODUCCIÓN

Aprobada, el 9-4-2020, por el Congreso la segunda prórroga del estado de alarma declarado por el RD 463/2020 de 14 de marzo, con algún pequeño añadido del RD 476/2020 de 27 de marzo, quizá toca empezar a hacer un análisis jurídico, siquiera somero, de la idoneidad del mismo para la situación que vivimos y plantearnos si algunas de las medidas tomadas encajan en tal régimen o en el del estado de excepción. La complejidad de la cuestión, y el alcance de las medidas, no permite ahora más que una aproximación genérica y a vuelo rasante, pero pueden apuntarse afecciones a los derechos constitucionales importantes.

Debemos comenzar diciendo que estos estados se regulan en el art. 116 CE, si bien lo curioso es que se mencionan los tres, alarma, excepción y sitio, pero no se definen, sino que se diferencian gradualmente por las exigencias para su aprobación, el de alarma lo aprueba el Gobierno por decreto, dando cuenta al Congreso, que en su caso debe acordar la prórroga; el de excepción, que lo declara el Gobierno por decreto, previa autorización del Congreso; y el de sitio, que lo declara el Congreso, a propuesta del Gobierno, por mayoría absoluta.

Así mismo, en cuanto a la duración, el de alarma es de quince días prorrogables, el de

excepción son 30 días prorrogables por otro plazo igual, máximo de sesenta días, y el de sitio puede ser de una duración mayor, que se determina por el Congreso al aprobarlo.

Sólo se definen, por la Constitución, en el artículo 55, de modo indirecto, por referencia a la privación de derechos que pueden producir. A estos efectos, el de alarma ni se menciona, y el de excepción y sitio pueden suspender los artículos 17 (libertad y seguridad, con los límites y derechos que conllevan, si bien el 17.3 sólo puede suspenderse en el estado de sitio); 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones); 19, (elección de residencia y circulación, así como entrada y salida de España); 20 (expresión, producción literaria, prensa, libertad de cátedra, y los accesorios); 21 (reunión y manifestación); 28.2 (derecho de huelga) y 37.2 (medidas de conflicto colectivo). El estado de alarma no se menciona, por lo que, en principio, no puede conllevar suspensión de derechos, sino, en su caso, las limitaciones concretas que se deriven de las medidas tomadas, y que no deberían poder afectar en ningún caso al núcleo de ningún derecho fundamental.

Si nos vamos a la LO 4/1981 de 1 de junio que los regula, el estado de alarma tiene lugar, art. 4, cuando “*cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:*

a) *Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones,*

incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28,2 y 37,2 CE, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.”

Claramente, tiene por objeto remediar o solucionar situaciones de fuerza mayor producidas por la naturaleza, puntos a y b, por un abuso en los derechos de huelga y conflicto colectivo que no garanticen el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, punto c, o bien por situaciones que pueden obedecer bien a una voluntad deliberada de que se produzcan bien a causas lejanas, incluso ajenas al país, que produzcan el desabastecimiento de artículos de primera necesidad, punto d. Se caracteriza esencialmente por ser situaciones concretas en el espacio y en el tiempo, y las medidas tienen por objeto solventar o salvar esos problemas más o menos puntuales.

Si analizamos el estado de excepción (dejaremos el estado de sitio que es como el de excepción pero agravado en sus exigencias y en alguno de sus efectos), atiende, art. 13.1 a “Cuan-

do el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el ap. 3 art. 116 CE, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”. En principio, por tanto, atiende a situaciones que alteren gravemente el orden público de modo que sean insuficientes los medios ordinarios para restablecerlo.

Dado que estamos ante una epidemia, en principio está bien elegido el estado de alarma, ya que, a priori, aunque luego se entrará en ello, parece que las alteraciones del orden público podrían derivarse de la falta de imposición de éste, si llegase a haber tumultos en los hospitales ante la insuficiencia de la asistencia, o en los supermercados, por falta de abastecimiento, o deserciones masivas de personal esencial, por ejemplo.

Ahora bien, aquí se plantea el problema de si las medidas tomadas caben dentro del mismo.

2. APTITUD DEL ESTADO DE ALARMA PARA LAS MEDIDAS TOMADAS

El estado de alarma, según la ley, y aparte de la centralización o delegación de competencias según los casos, permite, art. 11, lo siguiente: “ *Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:*

a) *Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.*

b) *Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.*

c) *Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.*

d) *Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.*

e) *Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el ap. d) art. 4”.*

Así mismo, el art.12.1, cuando se trata de una situación de epidemia (hay alguna otra, como contaminación, que no viene al caso), se remite a las leyes de sanidad. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública prevé lo siguiente: “**ARTÍCULO SEGUNDO.**

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

ARTÍCULO TERCERO

*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.***

ARTÍCULO CUARTO

Cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá:

a) **Establecer el suministro centralizado por la Administración.**

b) **Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimiento de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes.**

Por ello, aun cuando la mayoría de las medidas tomadas caben sin ningún problema dentro del estado de alarma, hay unas cuantas que entiendo que no deberían haberse tomado en el mismo.

Así, el art. 7 del RD 463/2020: “1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas **únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:**

a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.

b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.

c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.

d) Retorno al lugar de residencia habitual.

e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.

f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.

g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

h) **Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.**

2. **Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.**

3. **En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.**

4. **El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos**

de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos.

Cuando las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se adopten de oficio se informará previamente a las administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.

Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado.”

A mi juicio, con esto se han conculcado los preceptos constitucionales mencionados, 116 y 55 CE, así como la propia LO 4/1981 pues se ha prohibido de forma absoluta y general la circulación, por más que haya numerosas excepciones. El estado de alarma permite “*a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos*”, pero no prevé que se pueda prohibir de modo absoluto. No es lo mismo una excepción a la prohibición general que un condicionamiento para el ejercicio del derecho. Tal posibilidad de restricción parcial responde a la lógica de las situaciones calamitosas, pues tiene por objeto impedir que se acuda

bien a lugares de riesgo (por ejemplo zona de terremoto en la que pueden caer edificios) bien a lugares en los que se dificulte la intervención de equipos de rescate o se impida el normal desenvolvimiento de la actividad destinada a remediar la catástrofe. Pero ello, obviamente, queda limitado a lugares y puntos concretos, o a espacios temporales concretos (vgr., prohibir circular de noche). Si se quisiese entender que bajo el prisma de un condicionamiento de la circulación cabe la prohibición general y la fijación de excepciones, lo que personalmente creo que no es una interpretación adecuada, nos encontraríamos con otro problema, el art. 55 CE no permite tal posibilidad, con lo cual, de entenderse que cabe en el art. 11, sería cuestionable la constitucionalidad de dicho art. 11.a de la LO 4/1981, al menos si se interpreta así, pues se estaría incidiendo de manera esencial, suspendiendo el derecho de la circulación, sometido a condiciones que exceptúan la suspensión, invirtiendo lo previsto para el estado de alarma, cuando el art. 55CE reserva claramente la suspensión para la excepción y el sitio.

Las leyes de Sanidad, en concreto la ley específica a estos efectos, LO 3/1986, arriba reseñada, tampoco permiten o fundamentan estas limitaciones, pues se refieren a personas o cuerpos de personas concretos y , en caso de peligro de transmisión, a medidas de control. Allí cabrían medidas de análisis obligatorio, o tal vez confinamiento de grupos acreditados de riesgo, pero no el confinamiento de toda la población, con prohibición total de circulación.

También se ha suspendido el derecho de reunión y manifestación, al no permitirse grupos en la calle y exigirse que se circule, en los casos excepcionales, de forma individualizada. Es decir, se han suspendido, en definitiva, los derechos del art. 19.1 y 21.1, además del del 21.1, todos de la Constitución española. El del 21.1 se ha infringido, en cuanto derecho de reunión en lugares no públicos, por cuanto al no contemplarse tal posibilidad entre las excepciones, en la práctica se prohíbe. No se suple con la posibilidad de que se puedan reunir grupos pequeños de personas, pues el derecho de reunión es de reunirse físicamente, además de que tales medios no están al alcance de todo el mundo, sobre todo personas mayores. Hoy no se pueden reunir, por ejemplo, los ancianos que consideran que deben hacerlo para promover medidas en defensa de sus derechos, obviamente conculcados.

El art. 11, así mismo, incluye una limitación que, en la práctica, suspende o restringe de modo intenso la libertad religiosa, art. 16 CE, en su vertiente de libertad de culto, en cuanto supone la prohibición de determinadas prácticas religiosas como la confesión, la comunión, la unción de enfermos, propias de la Iglesia Católica -y, algunas, de otras confesiones, como la anglicana- que exigen un contacto directo entre el sacerdote y los fieles.

En definitiva, nos encontramos con que, **por un mero Real Decreto del Gobierno**, se han suspendido derechos que sólo se pueden suspender previa autorización del Congreso, vía estado de excepción, o con mayoría absoluta del Congre-

so, vía estado de sitio, y se ha restringido gravemente uno, el de libertad religiosa y de culto, art. 16, que no puede alterarse por ninguno de ellos. Es más, ni siquiera por una ley orgánica podría hacerse tal suspensión, ya que los derechos recogidos en el art. 55 CE se pueden suspender con dos condiciones, una fáctica, que haya un estado de los que justifican el estado de excepción o sitio, y que se apruebe por el Congreso. Y el del 16 no se recoge tampoco en el art. 55.

En el caso presente, un mero Real Decreto ha incidido en todos esos derechos, y seguro que alguno más, pues no intento ser exhaustivo, ya que ha habido un exceso respecto de lo permitido por la Constitución.

Nadie discute hoy día que la gravedad de la situación puede exigir estas medidas inauditas, pero el análisis jurídico, e incluso político, debe ir más allá. Si se admite esto, se admite que el Gobierno, en situaciones mucho menos graves, pero que él diga que lo son, puede tomar medidas análogas, y bastaría con una mayoría simple del Congreso para aprobarlas. Imagínese, por ejemplo, que, acabada esta crisis, aparezcan en unos meses diez o doce contagiados. Con base en el precedente, se podría argumentar que se dan las circunstancias para que vuelva a tomarse las mismas medidas. Sería una herramienta peligrosísima.

Otra cuestión que cabe plantearse es si era posible la segunda prórroga. Yo me inclino porque no, dado que el art. 116 CE sólo habla de la posi-

bilidad de ser prorrogado, no de que pueda serlo varias veces, y, respecto del estado de excepción, dice que puede ser prorrogado una vez, y del estado de sitio, el tiempo lo fija el Congreso al aprobarlo. El art. 6 de la LO 4/1981 sólo habla de “la prórroga”, en singular, y no dice si caben varias, por lo que hay que concluir que no son posibles, puesto que nos encontramos ante una excepción general al régimen constitucional ordinario, que debe ser interpretado restrictivamente. Lo contrario sería dar carta blanca al congreso para, por mayoría simple, tener indefinidamente suspendidos muchos derechos o realizar intervenciones que, en otras condiciones, no caben.

En cuanto a los efectos, debe entenderse que al amparo del mismo no pueden tomarse decisiones no previstas en él, o que vayan más allá, sin perjuicio de que puedan concurrir las causas que justifican un Real Decreto Ley.

Por otro lado, la posibilidad de medidas como las requisas, aunque no se entrará en ello, no permiten eludir el resto del ordenamiento constitucional. En este caso, siendo la requisita una expropiación inmediata por causa de utilidad pública o interés social, inherente al estado de alarma, habría el correspondiente derecho a indemnización, conforme al art. 33 CE. Además, la misma es temporal, lo que avala tanto el deber de indemnizar por el uso “secuestrado” como por los fungibles definitivamente requisados, pues de lo contrario tal requisita no sería temporal, como prevé el art. 11.b de la LO 4/1981.

3. PRÓRROGA DEL CONGRESO

Se produjo el 25 de marzo de 2020, BOE 28 de marzo, la prórroga del Congreso, y posteriormente una segunda prórroga el 9-4-2020, BOE la cual estableció que se aprobaba la solicitud del Gobierno, con el siguiente tenor «*Segundo. Dicha prórroga se solicita hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020. Tercero. La prórroga se someterá a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, y por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el 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*».

Las consecuencias son claras, el sistema constitucional lo que prevé es que el “dueño” del estado de alarma, a partir de la prórroga, sea el Congreso, según el art. 8 de la ley, que : “*podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga*”.

Por tanto, el Gobierno no puede establecer nuevas medidas con base en el mismo que se salgan de su marco, y si bien puede dictar, como de ordinario, Reales Decretos Leyes, los mismos no pueden producir restricciones o limitaciones que no puedan

establecerse, y no se hayan establecido, en el RD de declaración del estado de alarma, salvo que la propia naturaleza de la materia tratada lo permita. Es decir, a mi juicio el RDL no podría llegar más allá de lo que permite el art. 86 CE o de lo que, temporalmente, permite el RD del estado de alarma.

Se publicó el 29-3-2020 el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, si bien el contenido es muy superior al que dice su título, circunscrito a un aspecto muy particular.

El 1 de abril se promulgó el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 en el cual se llega a tomar medidas, como la suspensión del pago de créditos no hipotecarios, más allá del estado de alarma, art. 24, como en el 13 y concordantes del RDL 8/2020 respecto de los hipotecarios. En el art. 36 se prevé una causa de resolución por el consumidor, ante la falta de acuerdo de revisión del contrato y ante la imposibilidad derivada de la situación, en la que, por cierto, se prevé la devolución de las sumas, pero no, si es de compraventa, la devolución del objeto ni las consecuencias de que esté malogrado, etc. Es decir, se incide de forma masiva en las relaciones entre particulares, y con un

efecto de temporalidad más allá de la duración del estado de alarma. (Es de suponer que seguirán pariéndose normas de este estilo una vez cerrado el artículo).

Al respecto, cabe recordar que el artículo 86 de la Constitución permite al Gobierno dictar reales decretos-leyes «*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*», siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. El Título I abarca del art. 10 al 55, lo que incluye el derecho a la propiedad, artículo 33, al trabajo, art. 35, a la libertad de empresa, artículo 38. Ciertamente, con toda la polémica conocida, por el voto de calidad del Presidente, el TC, sentencia 111/1983 de 2 de diciembre (RUMASA), dio por válido el RDL de expropiación, pero también en la misma se decía “*Pero ni se ha operado aquí una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios, por cuanto se trata de actuación expropiatoria que recayendo, en definitiva, sobre empresas diversas, pasan a titularidad pública, con la previsión, además, de su posible reprivatización*”, cuando aquí sí se ha producido una intervención total de sectores, como el sanitario, y de bloques muy relevantes de actividad económica, como el crédito.

Por ello, a mi juicio, estos derechos, 33, 35 y 38 CE, han sido afectados por el artículo 1 y 2 del citado RDL, que extiende a las empresas no incluidas en el RD 463/2020, y que no entren

dentro de las excepciones del anexo, la suspensión efectiva de la actividad.

Tal suspensión ni tiene amparo en el RD 463/2020, que no las paralizaba; ni en las resoluciones de prórroga del Congreso, que no facultaba tal ampliación; ni en el art. 86 CE, que no faculta para alterar tales derechos, según se ha visto.

4. EFECTOS DE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS

Ahora mismo, son incalculables, pero el efecto inmediato podría ser la nulidad de las multas por infringir el confinamiento absoluto; la posibilidad de reclamaciones de responsabilidad patrimonial; la repetición de cuotas pagadas a la SS que no respondan a un trabajo efectivo; los conflictos laborales que se desatarán a la hora de recuperar las horas, etc

5. ALTERNATIVA CONSTITUCIONAL AL ESTADO DE ALARMA

Como no se trata sólo de cuestionar las medidas tomadas, que en este caso responden a una necesidad innegable, debe proponerse una alternativa.

Considero que el estado de excepción podría ser un modo, partiendo además de que la

CE, que no define el estado de alarma, lo que establece son distinciones por graduación de efectos y correlativa mayor exigencia para su adopción. Es decir, al no haber una diferencia sustantiva, no habría inconveniente en emplear tal mecanismo para situaciones que, más propias del estado de alarma, como es el caso, exijan medidas que desbordan sus posibilidades, al no estar incluidas en el 55 CE, que establece el contenido limitador de derechos.

Es más, aparte de poder considerar que lo que se comprende en el estado de alarma puede ser incluido en el estado de excepción, por lo ya dicho, el mismo, en su dicción literal, aunque un poco forzada, lo puede incluir, cuando se dice, art. 13, “*1. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el ap. 3 art. 116 CE, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción*”. Una situación como la presente afecta al normal funcionamiento de las instituciones democráticas, en cuanto las medidas sanitarias pueden impedir la reunión del Congreso, del Senado, el normal funcionamiento y reunión del Gobierno o de los tribunales, siquiera por la situación de miedo al contagio que puede llevar

al absentismo de diputados, senadores, ministros y otras autoridades, jueces, fiscales, funcionarios, testigos, etc, lo que puede exigir medidas que garanticen tal funcionamiento al menos en lo esencial o inaplazable. Lo mismo puede decirse de los servicios esenciales, si, por el miedo al contagio, se producen o pueden producir abandonos por parte de quienes los desempeñan.

Eso sí, vistas las restricciones que se han hecho a la actividad parlamentaria, con desaparición del control efectivo por la oposición, el cese casi total de la actividad de los tribunales; y el uso abusivo de los medios de comunicación estatales, con un gobierno omnipresente dando una única versión de la realidad, no sé si sería de desear dicho estado, pues sería más ajustado a la Constitución pero, visto el uso, mucho más peligroso.

6. CONCLUSIONES

Como resumen, hay que entender que el alcance de muchas de las medidas tomadas en el estado de alarma no tiene amparo ni en el art. 116, ni en el 55, ambos de la CE, ni tampoco en la LO 4/1981, las cuales, por su alcance, sólo pueden tomarse, y no todas, por vía del estado de excepción, con lo cual nos encontramos con que a partir de un Real Decreto pergeñado por el Gobierno, se ha producido una hasta ahora inédita intervención en los derechos fundamentales, hasta el punto de suspender totalmente algunos de ellos, así como en la vida económica y social, sin el empleo de los instrumentos jurídicos adecuados, lo que augura un futuro de pleitos y conflictos jurídicos nunca imaginado.