

---

## La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisdiccionales y apuntes doctrinales.

*Administrative courts before the viral crisis: an analysis of certain court rulings and some doctrinal notes.*

---

**JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA**  
*Universidad de Cantabria*  
ORCID: 0000-0001-6705-6840

**ANA SÁNCHEZ LAMELAS**  
*Universidad de Cantabria*  
ORCID: 0000-0001-7744-306X

*Fecha de recepción: 28 de agosto de 2020*  
*Fecha de aceptación: 28 de septiembre de 2020*

*Al profesor doctor José Bermejo Vera, in memoriam*

**RESUMEN:** El levantamiento del estado de alarma está propiciando, en el contexto de la *nueva normalidad*, según la denominación oficial, una profusión normativa y jurisdiccional, amén de su correspondiente labor doctrinal, que suscita, cuando menos, la sorpresa y, aún, la perplejidad del estudioso. Órdenes ministeriales, elaboradas al amparo de la legislación sanitaria, que no son publicadas en el Boletín Oficial del Estado y que meramente son comunicadas a las Comunidades Autónomas a fin de que éstas, que tienen la competencia *ordinaria* en materia de sanidad o salud pública, procedan a su *trasposición* y consiguiente publicación en su respectivos diarios oficiales, en el entendimiento de que las referidas órdenes ministeriales no vinculan directamente a los ciudadanos sino, en virtud de su competencia de coordinación en el ámbito de la sanidad, a las Comunidades Autónomas.

Con el dictado de las correspondientes órdenes autonómicas, que, a su vez, se someten a ratificación judicial, es cuando surgen las pertinentes obligaciones para los ciudadanos. Una ratificación judicial que, ante la variopinta respuesta de los juzgados de lo contencioso administrativo, a quienes la ley jurisdiccional atribuía tal competencia, ha dado lugar a una reforma de aquélla a fin de repartir la intervención jurisdiccional entre los Juzgados y las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, sobre la base de la distinción entre medidas singulares y medidas generales. Una pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales, de algunos de los cuales se ocupa el texto que sigue, como expresivos de la heterogeneidad de cuestiones que, desde el punto de vista jurídico, está suscitando esta anormal *nueva normalidad*.

ABSTRACT: The end of the state of emergency is giving rise, in the context of the *new normal* —as it is officially called— to profuse law-making and judicial activity, as well as its corresponding doctrinal labor. All of this may be surprising and even astonishing to scholars. Certain ministerial orders issued in application of health-protection legislation are, however, not published in the official gazette, but merely conveyed to self-governing regions, who are *ordinarily* responsible for healthcare or public health and should transpose and lastly publish their own laws in their respective gazettes. Such ministerial orders, hence, are not considered to bind citizens but, in application of the ministry's coordination powers, only the regions. However, it is when regional authorities issue their own orders —which are in turn subject to judicial *ratification*—, that the pertinent duties arise for citizens.

Judicial ratification, on the other hand, has been highly variable, thus prompting an amendment of the Act on Administrative Courts, which now divides judicial confirmation powers between one-person courts and the Administrative Chambers of the Higher Courts and of the National Court, on the basis of the distinction between particular measures and general measures. The following text examines some of the many judicial rulings, which have been selected on account of expressing the heterogeneity of legal matters deriving from this very abnormal *new normal*.

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

**PALABRAS CLAVE:** *Coordinación sanitaria; Órdenes comunicadas; Medidas singulares y generales autonómicas; Ratificación judicial.*

**KEY WORDS:** *Healthcare coordination; Conveyed orders; Regional particular and general measures; Judicial ratification.*

**SUMARIO:** I. Restricciones/limitaciones de derechos fundamentales por las comunidades autónomas en período de *crisis vírica*: unas puntualizaciones al *Auto número 121/2020*. II. Nota en relación con la crisis sanitaria generada por la actual *emergencia vírica*. III. Un sucinto apunte acerca del *sistema de fuentes* en época de emergencia y excepcionalidad —perplejidad de un viajero oriental—. IV. De anomalías en la *nueva normalidad* post emergencia. V. Suspensión cautelar de medidas autonómicas adoptadas en *emergencia y excepcionalidad sanitaria*: la COORDINACIÓN sanitaria estatal y su incidencia en los derechos e intereses implicados. VI. Inadmisión de la solicitud gubernativa de ratificación jurisdiccional de las medidas sanitarias adoptadas por razón de la *crisis vírica*. VII. Una sucinta nota en relación con la intervención jurisdiccional sobre las decisiones del poder ejecutivo que inciden en la libertad y/o derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>1</sup>

## I. RESTRICCIONES/LIMITACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN PERÍODO DE *CRISIS VÍRICA*: UNAS PUNTUALIZACIONES AL *AUTO NÚMERO 121/2020*

El juez de lo contencioso administrativo número dos de Madrid, en el procedimiento de *autorización/ratificación de medidas sanitarias número 269/2020*, acuerda en el *Auto número 121/2020*, de 20 de agosto de 2020 —en adelante, *Auto-no ratificación*—:

<sup>1</sup> En consonancia a su carácter de *texto de textos o de texto refundido* es pertinente la previa y genérica indicación —con carácter singular o concreto, se hace en los lugares oportunos la misma indicación respecto de algunos de los que integran el presente libretto— de que todos ellos han aparecido con anterioridad en la página web de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo.

“Denegar la ratificación de la Orden 1.008/2020, de 18 de agosto, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio de 2020, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, para la aplicación de las actuaciones coordinadas en salud pública para responder a la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19, por los motivos recogidos en el cuerpo de esta resolución (Juez de lo contencioso administrativo II de Madrid, Auto número 121/2020, 20 de agosto de 2020)”.

La Orden de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid cuya ratificación deniega el *Auto-no ratificación* —en adelante, *Orden-medidas preventivas sanitarias II*—, modifica la de 19 de junio de 2020 por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio —razonamiento jurídico II del *Auto-no ratificación*, que reproduce el contenido de la *Orden-medidas preventivas sanitarias II*—.

La ratificación solicitada por la Comunidad Autónoma de Madrid se amparaba en el párrafo segundo del apartado 6 del artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo del 20 de septiembre de 2020 —en adelante, LJCA de 2020—, a cuyo tenor: “6. 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 público e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental” (LJCA, Artículo 8, apartado 6).

Los *motivos* que, de acuerdo al razonamiento jurídico I del *Auto-no ratificación*, conducen a la denegación de la ratificación instada son en lo sustancial las que siguen:

*La Orden-medidas preventivas sanitarias II* ha sido dictada en ejecución o cumplimiento de la Orden —comunicada— del Mi-

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

nistro de Sanidad el 14 de agosto de 2020, en ejercicio de la competencia exclusiva estatal de coordinación general de la sanidad:

“[...] en el Boletín Oficial del Estado no ha aparecido la Orden Ministerial de Sanidad a la que se hace referencia en propia Orden de la Consejería de Sanidad [...]”.

“[...] esta Orden —comunicada— del ministro de Sanidad no ha ganado eficacia [...] por no haberse publicado, con la consecuencia trascendental de ser nula de pleno derecho [...] además, no podría ser convalidada” (Orden del Ministro de Sanidad, 14 agosto de 2020).

Sobre la base de que la aplicación prevalente es [*sic*] disposición básica —no publicada— estatal, la solución de los *conflictos de leyes* se articula según *la técnica de la primacía o prevalencia*, de modo que:

“Sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas [...] por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la Orden Ministerial —comunicada— dictada en ejercicio de la competencia exclusiva para la coordinación general” [...] (Orden del Ministro de Sanidad, 14 agosto de 2020).

Consideraciones, las expuestas, de las que, empero, no se extrae por el juzgador una clara y diáfana consecuencia, que, por el contrario, sí se localiza en el razonamiento jurídico III del *Auto-no ratificación*, en el que se exponen las razones al respecto.

Luego de aludirse a la normativa que, *prima facie*, da cobertura a *Orden-medidas preventivas sanitarias II* —Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública; Estatuto de Autonomía de Madrid; Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid de 2001—, *Auto-no ratificación* sintetiza el contenido de *Orden-medidas preventivas sanitarias II* mediante la referencia a la inclusión en la misma de medidas de prevención general dirigidas a toda la población —distancias de seguridad,

uso obligatorio de mascarillas, limitaciones al consumo de tabaco y alcohol—; de las específicamente dirigidas a un sector comercial y económico —restricciones y prohibiciones a la hostelería y a las actividades de discoteca y establecimientos de ocio nocturno—; así como de aquellas atinentes a las residencias de personas mayores en relación a las salidas y visitas a los residentes y realización de pruebas PCR.

“Este juez es consciente de las dificultades ante las que nos encontramos, en las que han de conjugarse cuestiones sanitarias con económicas [...]; dificultades que han llevado a las Comunidades Autónomas a reclamar instrumentos jurídicos para luchar eficazmente contra el coronavirus, cuando estos instrumentos legales ya existen en nuestro ordenamiento, y solo hace falta ponerlos en marcha” (Juez de lo contencioso administrativo II de Madrid, Auto número 121/2020).

Paradigmáticamente, la declaración del *estado de alarma*: una declaración del estado de alarma habilitaría para hacer un uso intensivo de medidas jurídicas de limitación de los derechos fundamentales y libertades, como, se dice, “sucedió con el RD 463/2020, de 14 de marzo, cuando el Gobierno [...] decretó las medidas generales de limitación de la movilidad y circulación de la población [...]” (Juez de lo contencioso administrativo II de Madrid, Auto número 121/2020).”

“Desde una Comunidad Autónoma no se pueden limitar derechos fundamentales con carácter general sin una previa declaración de alarma”. Justificación: “[...] a partir de un cierto umbral de intensidad en la afectación de los derechos fundamentales [...], si dicha limitación afecta a la generalidad del territorio de la Comunidad Autónoma, la única opción, excepción hecha del recurso a instrumentos más gravosos —estado de excepción—, es una declaración de estado de alarma singularizada a su [sic] territorio tal como se contempla en el artículo 5 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio [...]” (Juez de lo contencioso administrativo II de Madrid, Auto número 121/2020).

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

Sólo, pues, a través de la meritada declaración, continúa el argumento, se “podría limitar en el territorio de la Comunidad de Madrid la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos [...]” (Juez de lo contencioso administrativo II de Madrid, Auto número 121/2020). En suma:

“Los derechos fundamentales no son ilimitados, pueden modularse cumpliendo los requisitos legales para ello y, aunque puedan justificarse determinadas decisiones desde el prisma de criterios no jurídicos, supuestos como el que se somete a nuestra consideración en el análisis de la Orden 1008/20, no adquieren la categoría de limitación y afectación de los derechos fundamentales y, en el caso hipotético de que lo fueran [...] no podrían ser limitados por medio de una disposición administrativa como es la Orden de la Consejería de Sanidad [...]” (Juez de lo contencioso administrativo II de Madrid, Auto número 121/2020).

Conclusión: “[...] no procede la ratificación de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad analizada, por los motivos indicados en los anteriores fundamentos jurídicos” —razonamiento jurídico IV de *Auto-no ratificación*—.

Llama poderosísimamente la atención, hasta el punto de suscitarse una honda perplejidad, esto es, *irresolución, confusión, duda de lo que se debe hacer en algo* (RAE 2020), que el poder público, aquí en su faceta normativa, acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa en solicitud de *ratificación* del producto normativo, aquí de corte reglamentario, surgido del ejercicio de aquel poder normativo.

La *presencia* de derechos fundamentales eventualmente *afectados* por la aplicación de sus previsiones no es razón para pretender hallar la cobertura de una sedicente ratificación en el párrafo segundo del apartado 6 del artículo 8 LJCA. La autorización/ratificación judicial consagrada en el referido precepto se contempla en relación a *medidas* —calificadas como urgentes y necesarias— respecto de la *salud pública* que impliquen privación o restricción

de la libertad o de otro derecho fundamental, esto es, decisiones administrativas *singulares* que afecten a personas concretas con carácter ya individual o, eventualmente, colectivo.

La ratificación impetrada se traduce, pura y llanamente, en hacer partícipe a la jurisdicción del ejercicio de la potestad normativa, vale decir, en hacer caso omiso de la *separación de poderes* como pilar del Estado de derecho. Una consecuencia que, imagino, no ha estado en la intención del responsable de la meritada solicitud, y que, puestos a buscar alguna explicación, quizá haya que encontrarla en la referida *presencia* de derechos fundamentales eventualmente *afectados* por la aplicación de la disposición reglamentaria, así como, por qué no decirlo, en el comprensible deseo de evitar todo tipo de responsabilidades personales penales. En suma: la *resolución* de la meritada solicitud de *ratificación* de una norma reglamentaria supone un notorio e inconcuso *exceso* en el ejercicio de la jurisdicción.

Perplejidad sobre perplejidad: ¿disposiciones reglamentarias estatales meramente *comunicadas* a las Comunidades Autónomas, por no publicadas en el boletín oficial del Estado? ¿Un instrumento, la mera *comunicación*, a través de la que se canaliza el ejercicio de la potestad de coordinación por el Estado-aparato en materia de salud pública? Si mayúsculas han sido las *sorpresas* deparadas durante la vigencia de *declaración alarma* en lo atinente al ejercicio del poder normativo de emergencia por el Estado-aparato la aparición, una vez levantada *declaración alarma*, de estas normas comunicadas, vale decir *secretas* y, por ende, *inexistentes*, tal y como en su momento estudiara el profesor Bermejo Vera, incrementa exponencialmente el nivel de aquellas sorpresas.

Más, si la *cobertura* de la *Orden-medidas preventivas II* —y, por extensión, las dictadas, en línea directa de ejecución, por las restantes Comunidades Autónomas— es la referida orden ministerial *comunicada ex* coordinación estatal en materia de sanidad, la *nulidad de pleno derecho* de esta última, según los términos del razonamiento jurídico I del *Auto-no ratificación*, debería arras-

trar por idéntico sendero, esto es, la de su invalidez, a la *Orden-medidas preventivas II* —y, por extensión, a las dictadas, en línea directa de ejecución, por las restantes Comunidades Autónomas—.

Si, por el contrario, la *Orden-medidas preventivas II* halla su cobertura, dicho a efectos meramente dialécticos, en la competencia en materia de salud pública de la Comunidad Autónoma de Madrid —y, por supuesto, de las demás Comunidades Autónomas—, la disquisición del razonamiento jurídico I del *Auto-no ratificación* acerca de la aplicación al caso de la cláusula de prevalencia *ex* artículo 149.3 del texto constitucional es de todo punto inane.

La disposición reglamentaria estatal *comunicada* —que, obviamente, no tiene rango de ley, de donde la improcedencia de la alusión a la no necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad— no tendría, con este planteamiento, *fuerza para primar o prevalecer* sobre la norma autonómica, dado que, por hipótesis, ésta ha sido dictada en ejercicio de una propia competencia.

En todo caso, si por un momento nos olvidamos de todo lo que antecede, convengo con el *Auto-no ratificación* en la procedencia, en el momento presente de evolución de la crisis vírica, de que por el Gobierno de la Nación se efectúe una nueva *declaración alarma*, tal y como recientemente he manifestado. Mas con un sentido radicalmente diferente del que inspiró la primera *declaración alarma*, y del que se hace eco el antepenúltimo párrafo del razonamiento jurídico III del *Auto-no ratificación*, esto es, *sin suspensión* stricto sensu de derechos fundamentales —libertad personal, libertad de circulación—, antes bien, sin perjuicio de las medidas *sustantivas* que en la misma se prevean o que se dicen por las autoridades sanitarias estatales en desarrollo o ejecución de aquéllas, como cobertura de las eventuales *restricciones* o *limitaciones* que las Comunidades Autónomas puedan disponer en ejercicio de su competencia en materia sanitaria y en aplicación de las leyes sanitarias de 1986 —la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la

Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública—.

En todo caso, no se acierta a adivinar, por venir de nuevo al *Auto-no ratificación*, la coherencia del —bastante ininteligible, por otro lado— último párrafo del razonamiento jurídico III. En efecto, si como allí se dice, las medidas consignadas en la *Orden-medidas preventivas II* “no adquieren la categoría de limitación y afectación de los derechos fundamentales, y, en el caso hipotético de que lo fueran, no podrían ser limitados por medio de una disposición administrativa como es la Orden de la Consejería de Sanidad”, ¿De dónde le viene a la *Orden-medidas preventivas II* su inhabilitación para proceder a tal operación?, ¿De la orden ministerial *comunicada*?, ¿De su insuficiente rango normativo, supuesto que se hubiera dictado en ejercicio de la competencia autonómica en materia de sanidad? Si lo primero, lo procedente habría sido, como se ha dicho, la *anulación*, o por mejor decir, la declaración de pérdida de *eficacia* —aceptada, dicho sea, una vez más a efectos meramente dialécticos, la viabilidad del cauce procesal empleado en el caso, la meritada solicitud de *ratificación*— de la *Orden-medidas preventivas II* por la exclusiva razón del *secreto* o *inexistencia* de la norma de cobertura. Si lo segundo, *Auto-no ratificación* tendría que haber dado alguna suficiente explicación acerca de la *insuficiencia* de rango —por requerir su contenido de la aprobación ya de una ley, ya, al menos, de una disposición reglamentaria del Consejo de Gobierno— de la disposición cuya *ratificación* se deniega.

Sea como fuere —nueva sorpresa y nueva perplejidad—, el *Auto-no ratificación* puede abrir la espita de una pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales confiemos, en todo caso, en su canalización por la ortodoxa vía del recurso contencioso administrativo— en relación a las disposiciones reglamentarias autonómicas similares o equivalentes a *Orden-medidas preventivas II*.

El más que previsible resultado: la ausencia de una formal declaración de emergencia —el Estado aparato, al parecer, se ha refugiado tras esa careta de las normas meramente *comunicadas*, vale decir *inexistentes*—, está poniendo a las Comunidades Autónomas en la picota de verse, eventualmente, desautorizadas por el orden jurisdiccional contencioso administrativo, según, naturalmente, la *sensibilidad* que anime a cada órgano jurisdiccional.

Una muestra de esa eventual *pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales* a que se alude más adelante, asimismo canalizada por la vía de la autorización de medidas sanitarias *ex* párrafo segundo del apartado 6 del artículo 8 LJCA, que incorpora una variante respecto de *Auto-no ratificación*: el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Barcelona de 24 de agosto de 2020 *autorización de medidas sanitarias 283/2020*, pronunciado a las 21:00 horas, *ratifica* una resolución de las autoridades sanitarias catalanas de 24 de agosto de 2020, con dos salvedades, a saber, la exclusión del ámbito de aplicación de las medidas contenidas en la referida resolución de uno de los municipios comprendidos en aquél; y la elevación al 50 por 100 del porcentaje de asistencia permitido en actos religiosos como bodas, servicios religiosos y ceremonias fúnebres.

Disposición a la que llega el Auto de referencia luego del examen de las medidas que, en concreto, “impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”, en concreto, de la libertad de empresa *ex* artículo 38 del texto constitucional, desde la perspectiva del canon de proporcionalidad en su triple faceta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. El poder judicial, pues, como autor *material* del ejercicio de la potestad reglamentaria al introducir cambios o modificaciones en el contenido de la *propuesta* efectuada por el poder ejecutivo. ¡Nueva sorpresa y nueva perplejidad!

## II. NOTA EN RELACIÓN CON LA CRISIS SANITARIA GENERADA POR LA ACTUAL EMERGENCIA VÍRICA <sup>2</sup>

Ante la situación creada, y su eventual evolución, por la crisis sanitaria actual —en adelante, *Emergencia vírica*—, se interesa de quienes esto suscriben opinión sucinta y urgente en derecho acerca del *marco* o *cobertura* que permita dar respuesta jurídica a los poderes públicos españoles a las diferentes cuestiones que la referida crisis sanitaria ha suscitado y puede suscitar, con su panoplia de implicaciones y derivaciones de todo tipo y dicho en este momento con todas las cautelas y precauciones debidas. Sin el menor atisbo de alarmismo, y menos aún de hipérbole verbal, nos encontramos ante una situación que puede calificarse de *emergencia*, de *excepción stricto sensu*, requirente, por tanto, de respuestas idóneas y adecuadas a aquella calificación, y que, por hipótesis, exceden de las que con carácter ordinario o normal contempla el ordenamiento jurídico.

En tanto que situación *excepcional* o de *emergencia*, el ordenamiento jurídico español ha previsto un hatillo de herramientas o instrumentos que dicen relación con este tipo de situaciones, cuya puesta en acción está en función ya de la *constatación fáctica* de la oportuna situación ya, a partir de aquella constatación, la formal declaración de la situación de *emergencia*, a fin de la pertinente aplicación de las medidas y decisiones a las que preste cobertura el *ordenamiento* de emergencia.

En este sentido, y en la medida en que la situación demanda, o puede inequívocamente demandar, la adopción de medias y decisiones *excepcionales* o de *emergencia* que pueden limitar, restringir o, directamente, suspender el ejercicio de derechos fundamentales, el punto de partida, naturalmente, es lo que dice la Constitución, en concreto en sus artículos 55.1 y 116, a propósito de las situaciones o estados de *emergencia* —en concreto, los estados de *alarma*

---

<sup>2</sup> En colaboración con la profesora Doctora Ana Sánchez Lamelas, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria.

y *excepción*—, preceptos desarrollados por la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio de 1981, por la que se regulan los estados de alarma, excepción y sitio —en adelante, LOEAE—.

En todo caso, y con carácter preliminar, se trata de explorar los mecanismos o posibilidades de actuación que la legislación *ordinaria* ofrece al respecto. Mecanismos que, dado que nos encontramos, al menos inicialmente, en una situación de *crisis sanitaria*, han de buscarse, principalmente, en dos normas, a saber: la Ley 14/1986 de 25 de abril de 1986, General de Sanidad —en adelante, LGS— y la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril de 1986, de medidas especiales en materia de salud pública —en adelante, LOMESP—.

La LGS contempla, con las oportunas habilitaciones a las administraciones sanitarias al respecto, un amplio abanico de medidas o actuaciones orientadas a la prevención y restablecimiento de la salud pública —entre otros, artículos 18 y 19, así como 23 y siguientes, en particular, el artículo 26 referente a la adopción de medidas preventivas frente al riesgo inminente y extraordinario para la salud—. Medidas o actuaciones que, por su propia índole, pueden revelarse insuficientes —en especial, si comportan la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales *ex* artículo 55.1 de la Constitución, a cuyo efecto la LGS no ofrece la indispensable cobertura, cuestión que es, precisamente, la aquí implicada— ante una situación como la actual, constitutiva de una verdadera *emergencia* o *excepción*, hasta ahora no producida en España.

Idéntica conclusión puede predicarse en relación con la LOMESP, bien que ésta, por su intención y contenido, permite, autoriza o habilita a las administraciones sanitarias a la adopción de medidas o actuaciones que, notoriamente, pueden ir más allá —tal es, justamente, su objeto o finalidad— de las que con carácter *normal* u *ordinario* exija la prevención y el restablecimiento de la salud pública —artículos 2, 3 y 4—.

Un objeto o finalidad que estriba —artículo 1— en la adopción de las que *por razones sanitarias de urgencia o necesidad* sean

pertinentes. Una adopción que, en todo caso, se encomienda a las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas, esto es, que sin perjuicio de las atribuciones sobre *coordinación sanitaria* de las autoridades sanitarias estatales —artículo 149.1.16 del texto constitucional—, la adopción y gestión de las medidas o actuaciones dispuestas *ex LOMESP* se encomienda, con carácter general, a las administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, o, dicho en otros términos, con base en la LOMESP no se produce una alteración, subrogación mediante, del orden competencial —ejecutivo— que deriva del binomio Constitución Estatutos de Autonomía. Dicho de otra manera, no cabe por razones de emergencia la *centralización* de las medidas o actuaciones dispuestas *ex* artículos 2, 3 y 4 LOMESP.

Y, sobre todo, a pesar del carácter *orgánico* de la LOMESP, la misma no es cobertura suficiente *ex* artículo 55.1 del texto constitucional para permitir la adopción de medidas o actuaciones que supongan la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, en particular, de los consagrados en los artículos 17 y 19 de la Constitución.

En efecto, si, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 83/2016, de 28 de abril —fundamento jurídico octavo; asunto: *controladores aéreos*—, la declaración del estado de alarma, a diferencia de los estados de excepción y sitio —artículo 55.1 *contrario sensu*— no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio, con mayor razón se debe entender que la LOMESP no habilita a las autoridades sanitarias a adoptar medidas de suspensión de derechos fundamentales cuando permite adoptar las *medidas oportunas*.

La LOMESP, como ocurre con cualquier norma integrante del ordenamiento jurídico, ha de ser interpretada de acuerdo con las exigencias del marco constitucional, a cuyo efecto el artículo 55.1 de la Constitución y el meritado pronunciamiento constitucional son meridianamente claros y terminantes.

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

Sin perjuicio, naturalmente, de la puesta en acción de las medidas y actuaciones contempladas tanto en la LGS como, específicamente, en la LOMESP, y ante la más que previsible necesidad de que las adoptadas y por adoptar comporten la *indispensable* suspensión del ejercicio de derechos fundamentales —libertad personal *ex* artículo 17 y libertad de desplazamiento *ex* artículo 19 del texto constitucional—, no cabe sino acudir a la *legislación de emergencia* —artículos 55.1 y 116 de la Constitución y LOEAES—, en el atinente a la eventual declaración del estado de *alarma* y, sobre todo, como se dice a continuación, de *excepción*.

Vaya por delante que, en atención a la referida *indispensable* suspensión del ejercicio de derechos fundamentales —libertad personal *ex* artículo 17 y libertad de desplazamiento *ex* artículo 19 del texto constitucional—, *solo* la declaración de estado de *excepción* permite dar cobertura bastante a aquella suspensión del ejercicio de derechos fundamentales —artículo 55.1 de la Constitución—.

La crisis sanitaria generada por *emergencia vírica* encaja, *expressis verbis*, en la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 4 de la LOEAES —“crisis *sanitarias*, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”—, amén, naturalmente, de en las previstas en las letras c) y d) del mismo artículo 4 de la LOEAES —“servicios públicos *esenciales* para la comunidad”; “desabastecimiento de productos de *primera necesidad*”—.

Las medidas dispuestas y las decisiones adoptadas en cumplimiento o ejecución de aquéllas, conformadoras de un verdadero y propio *régimen* temporal de *emergencia*, podrían, *prima facie*, considerarse idóneas, adecuadas y suficientes a los efectos de atender a la situación de emergencia generada, amén de, por su específica índole, generar el *menor* nivel de emergencia de entre los contemplados en esta legislación de emergencia —de hecho, ya ha sido ensayada con ocasión de *huelga de controladores aéreos*—.

Más, en todo caso, la muy limitada duración temporal de la declaración de estado de alarma —quince días, bien que prorro-

gables con autorización del Congreso de los Diputados *ex* artículo 6.2 de la LOEAES— como, en especial, la inviabilidad de que a su amparo pueda suspenderse el ejercicio de derechos fundamentales —en particular, de los reconocidos, como se viene diciendo, en los artículos 17 y 19 del texto constitucional—, torna en *insuficiente* el marco normativo del estado de alarma y, con él, de las medias cuya adopción puede habilitarse, para hacer frente a una situación de tal gravedad como la generada por *emergencia vírica*.

A este propósito, la STC 83/2016 enfatiza que las medidas limitativas o restrictivas que pueden adoptarse al amparo de la declaración de estado de alarma son susceptibles de extenderse, por lo que respecta a los derechos fundamentales aquí eventualmente concernidos, esto es, la libertad personal y el derecho a circular libremente por el territorio —artículos 17 y 19 del texto constitucional—, a la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos, de donde puede derivarse, en buena lógica, que aquella *limitación* no ampara medidas de *suspensión* generales de tales derechos, tales como el confinamiento de las personas o las restricciones *generales* de la libertad de circulación.

La declaración de estado de excepción como expediente técnico idóneo y necesario para amparar la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales. Por lo expuesto, parece que debe concluirse en la necesidad de acudir a la declaración de *estado de excepción* para afrontar las circunstancias, las ya constatadas y las que más que previsiblemente se constatarán próximamente, a que está dando lugar una situación de tal gravedad como la generada por *emergencia vírica*. Baste con pensar, como medida de carácter preventivo respecto de las que sea preciso adoptar por razones estrictamente sanitarias, en el *acordonamiento* de enteras poblaciones —afectante a millones de personas, en su caso— como medida necesaria para hacer frente a la crisis sanitaria desencadenada, que, por supuesto, va más allá, mucho más allá, de las *meras* restricciones o limitaciones del tránsito de personas y vehículos, en la medi-

da en que comporta una verdadera y propia *suspensión* del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad personal o la libertad de desplazamiento *ex* artículos 17 y 19 de la Constitución. Una medida, entre otras muchas —en el marco de lo previsto en el apartado 2 del artículo 13 y, de acuerdo con las que se consideren *estrictamente* indispensables, de los artículos 15 y siguientes LOEAE—, que, por lo dicho reiteradas veces, no encuentra cobertura, constitucional y legal, en la *mera* declaración de estado de alarma.

Un último —y apresurado, por razones de urgencia— apunte a propósito del *control jurisdiccional* de las declaraciones de estados de emergencia. Como ha señalado el Tribunal Constitucional —caso: *controladores aéreos*—, a propósito de la declaración de estado de alarma, y, *a fortiori*, en relación a la de estado de excepción, estas declaraciones, por su *valor de ley*, no son susceptibles de ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional, precisión que, naturalmente, enerva el riesgo de la hipotética suspensión de la *eficacia* de la declaración de emergencia con ocasión de un —eventual— recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Tal es nuestro parecer que, en los términos antedichos, se emite, con la mayor urgencia posible, en Santander a 13 de marzo de 2020.

### III. UN SUCINTO APUNTE ACERCA DEL SISTEMA DE FUENTES EN ÉPOCA DE EMERGENCIA Y EXCEPCIONALIDAD -PERPLEJIDAD DE UN VIAJERO ORIENTAL-<sup>3</sup>

La promiscuidad legiferante propiciada por la actual crisis sanitaria es más que notoria. A partir de declaración alarma, el boletín oficial del Estado ha ido vertiendo las prolíficas decisiones auspiciadas por el Gobierno de la Nación a fin de hacer frente a la pandemia, en este y en otros países de la Unión Europea y aún en otros muy diferentes lugares del orbe, de todos conocida. Una promiscuidad *legiferante* que ha propiciado, delegación

<sup>3</sup> A Pedro Cruz Villalón, eminente jurista en lo ordinario y en la emergencia

mediante, la emanación de un sinfín de órdenes ministeriales, en particular de los ministros de Sanidad y de Interior, así como, sobre todo, de decretos y leyes, convalidados, naturalmente, por el Congreso de los Diputados.

La tesis que, de manera sucinta, se postula es, en consonancia al rango normativo de las disposiciones ante citadas, doble. De un lado, la improcedencia de la delegación normativa puesta en marcha por el Gobierno de la Nación en favor de los ministros; de otro, el innecesario recurso al instrumento normativo representado por la figura del decreto-ley.

La declaración de estado de alarma es una de las tres modalidades de *emergencia* previstas en el artículo 116 del texto constitucional y desarrollados en la Ley Orgánica de 1981, supone la *suspensión* del orden normativo ordinario, que habilita al *Gobierno* —de la Nación— para dictar las *disposiciones*, normativas y aplicativas, pertinentes. *Gobierno ex* artículo 97 de la Constitución es tanto el órgano colegiado identificado en el Consejo de Ministros cuanto cada de sus miembros, los ministros, a título singular *ex* artículo 98 de aquélla.

Por ende, resulta improcedente, amén de vulneradora de la *ordinaria* prohibición de delegación del ejercicio de la potestad —reglamentaria— normativa, la referida delegación, a través de la cual se pretende significar que *sólo* el *Gobierno Consejo de Ministros* puede subvenir al dictado de las oportunas disposiciones normativas en una situación de emergencia y excepcionalidad. Si tanto aquél como los ministros con carácter singular *son* Gobierno, lo pertinente es que el primero dicte las normas o directrices *generales* que los ministros, en ejercicio de sus atribuciones particulares, desarrollen o especifiquen a su vez.

Y sobre todo, el recurso a la figura del *decreto-ley* es —*recte, debería ser*— innecesaria, amén de distorsionadora. Decretos-leyes que modifican o dan nueva redacción a leyes ordinarias; Decretos-leyes que, incluso, afectan a leyes orgánicas, como la Ley

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

Orgánica del Poder Judicial, tal es el panorama que se nos ofrece. Si *declaración alarma* supone la instauración de un estado de emergencia y excepcionalidad, el derecho producido a su amparo tiene, por definición, el carácter de legislación *temporal, excepcional*, que, en consecuencia, deja en suspenso el sistema ordinario de producción normativa. Acudir en estas circunstancias a los modos *ordinarios* de producción normativa —aquí, personificados en el instrumento del decreto-ley, norma *extraordinaria*, dictada por razón de urgencia, pero emanada en el seno de la producción normativa *ordinaria*, valga el oxímoron—, equivale a hacer pasar lo *excepcional* por ordinario.

En consecuencia, y supuesta la vigencia temporal, por excepcional, de las disposiciones producidas en un estado de emergencia/excepción, su única fuente habilitante debería ser el *Gobierno*, en el sentido antes dicho, *ex* artículos 97 y 98 de la Constitución. Que esto no se haya entendido y aplicado así se debe, más que probablemente, a un déficit de articulación normativa de los estados de emergencia, cuyo único precedente, en modo alguno equiparable a la actual situación de crisis sanitaria, es el asunto *controladores aéreos*<sup>4</sup>.

#### IV. DE ANORMALIDADES EN LA NUEVA NORMALIDAD POST EMERGENCIA

Un día antes de la publicación oficial de *declaración alarma* manifesté, a solicitud de un alto cargo del Gobierno de la Nación, en opinión conjunta con una colega de la Universidad de Cantabria, mi parecer, ante la situación de emergencia sanitaria de todos conocida, sobre la procedencia de la declaración de *estado de excepción* y no meramente la de *estado de alarma*. Procedencia de la declaración de *estado de excepción* que, en síntesis, y como se ha podido constatar durante dos meses o dos meses y medio, se fun-

<sup>4</sup> Nos referimos al Auto del Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero; y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, en particular, fundamentos jurídicos 9 a 12.

daba en que la orden de *encierro* o *confinamiento* de todo un país suponía una verdadera y propia *suspensión* de determinados derechos fundamentales y libertades públicas, comenzando por la misma libertad personal, vale decir la libertad de circulación.

Huelga decir que la opinión no fue asumida por el Gobierno de la Nación. De entonces acá se ha producido una catarata de opiniones acerca de la pertinencia de la alternativa *declaración alarma* o *declaración excepción*, sobre la que los peritos en derecho han vertido sus singulares pareceres, y respecto de la que el Tribunal Constitucional, cuando llegue el momento oportuno, habrá de pronunciarse con decisión *jurisdiccionalmente* definitiva.

Levantada la *declaración alarma*, y ante la persistencia o re-crudecimiento de la crisis sanitaria, las Comunidades Autónomas, al amparo de la ley orgánica de 1986 sobre medidas especiales en materia de salud pública —una ley de *acompañamiento* o *complemento* de la Ley General de Sanidad, también de 1986—, así como de la Ley de Salud Pública de 2009, modificada por un decreto-ley dictado durante la vigencia del *estado de alarma*, se han aprestado a adoptar una serie de *medidas necesarias o adecuadas* para tratar de hacer frente al creciente, al parecer, número de afectados por la situación vírica, desde la imposición con carácter obligatorio de la llevanza de *mascarilla* —ya consagrada, por lo demás, en un decreto-ley aprobado por el Gobierno de la Nación— hasta la restricción de las actividades de ocio, que comporta ya la limitación de horarios de los locales o establecimientos concernidos, ya, pura y simplemente, la suspensión del ejercicio de la propia actividad empresarial.

En la situación presente, si efectivamente la persistencia o re-crudecimiento de la crisis sanitaria lo justifica, se impone, ahora sí, la declaración por el Gobierno de la Nación de un *estado de alarma* que, *sin suspensión stricto sensu* del ejercicio de derechos fundamentales, *homogeneice* en todo el territorio nacional las medidas restrictivas o limitativas que menester fueren, sin dejar al criterio

de las Comunidades Autónomas la variopinta adopción de las que, con carácter excepcional o de emergencia, tengan por oportunas y convenientes.

La declaración de *estado de alarma* puede, legalmente, adoptar una fisonomía heterogénea, tanto geográficamente como en lo atinente a las específicas y singulares medidas de pertinente observancia. Dejar en manos de las Comunidades Autónomas, aún a pesar de que puedan convenir en su adopción de *manera coordinada* y bajo los auspicios o anuencia del Gobierno de la Nación, la puesta en acción de estas *medidas necesarias o adecuadas* supone, en esta situación de emergencia y excepcionalidad, alimentar la perplejidad y el desconcierto de los ciudadanos. En suma, contribuir al mantenimiento de una situación de emergencia *sin* la cobertura de una formal declaración de emergencia.

*Post scriptum:* Concluida la redacción de las líneas que anteceden, una nueva resolución jurisdiccional —se trata solo, es fácil entenderlo, de una simple muestra— hace su aparición en el escenario de la presente situación de *emergencia y excepcionalidad*. La aquí ofrecida, proveniente de un Tribunal Superior de Justicia, dice relación, en el seno del correspondiente recurso contencioso administrativo, de una solicitud de medidas cautelares respecto de la norma autonómica impugnada.

En síntesis, el argumento central de la decisión por la que se deniega la suspensión cautelar instada estriba en que aquella es mera *reproducción o transposición* de una orden ministerial, no publicada oficialmente, *comunicada* a las Comunidades Autónomas y en virtud de la cual se procedía por el ministerio de sanidad a efectuar la pertinente *declaración de actuaciones coordinadas*. La resolución jurisdiccional comentada es, como se decía más arriba, expresiva de la situación de incertidumbre y desconcierto jurisdiccional propiciada por la situación sanitaria de emergencia y excepcionalidad.

## **V. SUSPENSIÓN CAUTELAR DE MEDIDAS AUTONÓMICAS ADOPTADAS EN EMERGENCIA Y EXCEPCIONALIDAD SANITARIA: LA COORDINACIÓN SANITARIA ESTATAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS E INTERESES IMPLICADOS**

El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 73/2020, de 20 de agosto —pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso administrativo, procedimiento ordinario, número 166/2020; ponente: López Cárcamo; en adelante, *Auto-suspensión cautelar*— desestima la pretensión de tutela cautelar formulada por los recurrentes.

La impugnación contencioso-administrativa, entablada por diversos titulares de negocios de hostelería, se dirigía frente a la Resolución del Consejero de Sanidad del Gobierno de Cantabria —en adelante, *Resolución sanitaria autonómica*— por la que se aprueba la tercera modificación de la Resolución de 18 de junio de 2020, determinando la suspensión de la apertura al público de las discotecas y salas de fiestas, bares especiales, pubs y whiskerías.

Así pues, el objeto de *Auto-suspensión cautelar* es la solicitud de la *medida cautelar de suspensión de la ejecutividad* una solicitud articulada sobre el *fumus boni iuris*, o *apariencia de buen derecho*, en tanto que criterio o parámetro de la tutela cautelar. A este efecto, el fundamento jurídico primero de *Auto-suspensión cautelar* se endereza a desestimar el óbice aducido por la parte recurrida a propósito de la *falta de legitimación activa de los recurrentes*. Una legitimación activa que es afirmada en los siguientes términos por el párrafo quinto del fundamento jurídico primero de *Auto-suspensión cautelar*:

“[...] la alegación de que [los recurrentes] regentan negocios incluidos en el sector al que se refiere la medida impugnada y su presencia como representantes de las entidades que figuran en el acta fundacional adjuntada [...], permiten apreciar que ostentan suficiente interés (pueden evitar un perjuicio de estimarse su recurso). Ello sin perjuicio que, en un eventual incidente [*sic*] de ale-

gaciones previas o en la propia sentencia, tras haber oído a los recurrentes al respecto, pueda la Sala realizar el juicio definitivo al respecto” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020, 20 agosto de 2020).

Afirmación de la legitimación activa de los recurrentes que da paso —razonamiento jurídico segundo de *Auto-suspensión cautelar*— a una breve reflexión sobre el régimen de tutela cautelar en el marco del proceso contencioso administrativo *ex* artículo 130 de la LJCA, “con el fin de contar con el parámetro jurídico general que ha de considerarse en la resolución de las pretensiones cautelares de las partes”. Un *parámetro jurídico* que se asienta en la toma en consideración de tres planos o niveles, a saber, el *periculum in mora*, o *peligro en la mora*, trasunto de la frustración de la *finalidad legítima* del recurso contencioso administrativo; la ponderación de intereses; y, en tercer lugar, el aludido *fumus boni iuris*:

“[Aún cuando] no se contempla en la ley como criterio del juicio cautelar, [...] la jurisprudencia lo viene admitiendo [siquiera como] criterio subsidiario o auxiliar del de la ponderación de intereses, que debe aplicarse con especial prudencia, solo cuando el criterio principal no aporte una solución clara y reservándolo para los casos excepcionales cuya solución jurídica del caso se pretende desde el principio como evidente, evitando, con ello, adelantarse el juicio de fondo antes de que el proceso se ha desarrollado en su totalidad” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

Y en relación con el referido criterio del *fumus boni iuris*, el párrafo decimotercero del razonamiento jurídico segundo de *Auto-suspensión cautelar* apostilla:

“Si erigiésemos a la apariencia de buen derecho en presupuesto de la tutela cautelar o en criterio principal, con exclusión o degradación del peligro en la mora, difícilmente podría decirse que aquélla se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva; pues tal integración se justifica en el carácter instrumental de la tutela cautelar respecto de la efectividad de la tutela definitiva,

y tal relación de instrumentalidad desaparece si no hay *periculum in mora*” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

La *ponderación de intereses*, pues, como técnica de resolución de la pieza separada, o incidente, de medidas cautelares, que en el caso presente ofrece una *peculiaridad* que se expone así en los dos primeros párrafos del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*:

“El presente caso presenta una peculiaridad que condiciona la resolución del presente incidente de tutela cautelar, incluso antes de aplicar el criterio de la ponderación de intereses en el marco del presupuesto del riesgo en la mora, si bien también puede considerarse en esa ponderación. Tratamos de explicarnos” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

La resolución del Consejero de Sanidad de 15 de agosto de 2020 se fundamenta en la Orden comunicada del Ministro de Sanidad de fecha 14 de agosto de 2020 —en realidad, la resolución impugnada en este proceso, más que fundamentarse en la Orden ministerial de 14 de agosto, es pura aplicación, o mejor, usando la terminología propia del Derecho comunitario en relación con las directivas, trasposición imperativa de dicha Orden—. Es más, la medida impugnada por la parte actora es copia exacta de la dispuesta en el apartado A1) de la referida Orden ministerial.

Una orden ministerial que contiene la *declaración de actuaciones coordinadas en salud pública ex* apartado primero del artículo 65 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud —en adelante, *Declaración de actuaciones coordinadas*—. Declaración emanada en ejercicio, en lo que aquí interesa, del título competencial estatal *coordinación del sistema sanitario ex* artículo 149.1.16a del texto constitucional y que obliga a todas las partes incluidas en el ámbito de la coordinación, que, en este caso, son todas las Comunidades Autónomas —párrafo vigésimo del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*; en parecidos o simi-

lares términos, el párrafo trigésimo segundo del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*—.

Los párrafos trigésimo tercero y siguientes del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar* explican del modo que sigue la funcionalidad de *Declaración de actuaciones coordinadas* ex artículos 149.1.16a de la Constitución y 65 de la Ley 16/2003:

“[...] la resolución de 15 de agosto de 2020 es, dentro del esquema de coordinación dispuesto en el art. 65 de la Ley 16/2003, el medio de trasladar a la ciudadanía, como normas de conducta, las medidas de coordinación que ha impuesto el Estado a las Comunidades Autónomas. Esa resolución es [...] aplicación general o trasposición de la Orden ministerial de 14 de agosto de 2020. El esquema es este: la coordinación estatal se expresa en una orden que no se dirige a la ciudadanía sino a las Comunidades Autónomas —de ahí la denominación de orden comunicada: no se dirige a la ciudadanía en general, sino que se comunica a las Comunidades Autónomas—, y son éstas, para la[s] que las medidas de coordinación son vinculantes, las que deben trasponerlas en su propio ordenamiento autonómico” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“[...] la suspensión de la ejecutividad de la medida establecida en la resolución impugnada conllevaría indefectiblemente la ineficacia del fin de coordinación y homogeneización de la orden ministerial de 14 de agosto, al excluir, aun provisionalmente, la aplicación de la medida en una parte del territorio nacional” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“[...] la efectividad de la medida dispuesta en el apartado A 1) de la Orden ministerial de 14 de agosto —como la de todas las demás que dispone— requiere de su aplicación uniforme en todo el territorio del Estado. Esto es meridiano, y que la justificación de la Orden de 14 de agosto se halla en la afectación a todo el Estado de la crisis sanitaria provocada por la pandemia y en la obvia interacción de las actuaciones que se realicen en todos los territo-

rios autonómicos” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“Las Comunidades Autónomas pueden disponer medidas para su territorio, en ejercicio de sus propias competencias, pero es evidente que la respuesta a la pandemia requiere ineluctablemente una visión y afrontamiento general que alcance a todo el territorio del Estado; y para ello la Constitución y el artículo 65 de la Ley 16/2003 prevén la competencia estatal de coordinación” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“En definitiva, [...] la suspensión, en y para Cantabria, de una de las medidas de coordinación dispuestas para arrostrar la crisis provocada por la pandemia [...] mermaría relevantemente la finalidad y la razón de ser de la coordinación estatal sobredicha” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

Las observaciones transcritas convergen, a modo de corolario, en el último párrafo del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*:

“En consecuencia, la pertenencia, como mera trasposición directa y obligada, de la resolución del Consejero de Sanidad de 15 de agosto de 2020 al mecanismo de coordinación establecido por el Estado en la Orden de 14 de agosto, no solo puede ser elemento decisivo en la ponderación de intereses propios del juicio cautelar, denotando el grave daño que la medida cautelar pretendida por el recurrente puede causar al interés general sanitario, sino que cobra una dimensión singular y, digamos, previa a esa ponderación; a saber: Esta Sala no puede anular la Orden ministerial de 14 de agosto, ni puede obstaculizar la aplicación plena y efectiva de la misma a través de una decisión cautelar referida a una resolución que, como la impugnada en el presente proceso, no solo trae causa de aquélla, sino que es, en la medida que aquí interesa, mera trasposición obligada de su contenido” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

“Esta Sala no puede anular la Orden ministerial [...], ni puede obstaculizar la aplicación plena y efectiva de la misma a través de una decisión cautelar referida a una resolución que, como la impugnada en el presente proceso, no solo trae causa de aquélla, sino que es, en la medida que aquí interesa, mera trasposición obligada de su contenido”. Corolario del corolario: *Auto-suspensión cautelar*, resolución —provisional— vertida, es obvia la reiteración, en el seno de la pieza separada, o incidente, de medidas cautelares, *anticipa* el sentido de la resolución —definitiva— del recurso contencioso administrativo, que, en buena lógica, no puede ser sino, de estarse estrictamente al argumento consignado, la desestimación de la impugnación entablada contra *Resolución sanitaria autonómica*, cuya índole *normativa* se afirma “[...] aunque tome la denominación de resolución, la impugnada, más que la de un acto administrativo, comparte la naturaleza de las disposiciones normativas [...]”: —párrafo cuarto del razonamiento jurídico cuarto de *Auto-suspensión cautelar*—, a despecho, a propósito del criterio o parámetro *fumus boni iuris*, de lo enfatizado en el razonamiento jurídico segundo y reiterado en el razonamiento jurídico quinto de *Auto-suspensión cautelar*, dada la caracterización de aquélla como *mera trasposición obligada* de *Declaración de actuaciones coordinadas*, cuya anulación la está de todo punto vedada a una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

La pieza separada, o incidente, de medidas cautelares podía haberse cerrada con las consideraciones expuestas en el razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*, tal y como se dice en el primer párrafo de su razonamiento jurídico cuarto —lo que precede es suficiente para justificar la denegación de la medida cautelar pretendida por la parte actora—. No obstante, a mayor abundamiento, procede hacer un análisis desde el criterio presupuesto del *periculum in mora* —mismo párrafo y razonamiento jurídico—.

Un *criterio-presupuesto*, el del *periculum in mora*, que pasa, naturalmente, por el análisis de los, contrapuestos, derechos e intereses implicados o confrontados. Los *perjuicios económicos*, incluido

el perjuicio al interés turístico y cultural de Cantabria—la parte actora se refiere literalmente a la cultura de bares—, de un lado — párrafo segundo del razonamiento jurídico cuarto de *Auto-suspensión cautelar*—; “[...] el interés general sanitario, la funcionalidad del sistema público de salud, el derecho a la salud de las personas y su derecho a la vida”, en el otro lado de la balanza — párrafo octavo del razonamiento jurídico cuarto de *Auto-suspensión cautelar*—.

Sobre la base, en lo sustancial, de lo dicho en la exposición de motivos de *Declaración de actuaciones coordinadas* y en los informes aportados por el autor de *Resolución sanitaria autonómica*, la ponderación de intereses del juicio cautelar se traduce en la determinación de

“en qué grado y medida los intereses o derechos traídos al pleito pueden verse minorados o desvirtuados por el tiempo que dure el proceso principal [...]; en qué medida el interés general exige la ejecución inmediata del acto [*sic*], y en qué medida esa ejecución podría frustrar la eventual tutela definitiva del derecho defendido por la parte recurrente” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020: párr. 23 del razonamiento jurídico 4).

A este propósito, la verificación de “si es mayor el riesgo para la salud pública [...] que acarrearía la suspensión de la ejecución de la medida impugnada, que el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso contencioso administrativo derivado de su ejecución inmediata” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020: párr. 24 del razonamiento jurídico 4), se desglosa del modo que figura en los párrafos veinticinco y siguientes del razonamiento jurídico cuarto de *Auto-suspensión cautelar*:

“La prevalencia jurídica del derecho a la salud y a la vida [...] ya la hemos resaltado; y basta con relacionar la medida impugnada, en términos de razonabilidad e idoneidad, con la contención del avance de la pandemia para concluir que la suspensión de la ejecutividad del acto [*sic*] impugnado pondría en riesgo dichos de-

rechos [...]” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“Para justificar la idoneidad de la medida [...] no es dado exigir evidencias científicas irrefutables, basta con indicios racionales. [...] El principio de precaución se impone, de tal manera que hay que contar con cualquier instrumento que sea razonablemente útil y, obviamente, no perjudique la salud que se trata de preservar. [...] La medida impugnada se ve avalada por los estudios que afirman la posibilidad de que el virus se transmita por aerosol, lo cual hace que los lugares cerrados [...] sean lugares propicios al contagio, amén de la dificultad añadida de seguir la trazabilidad del mismo” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“En cuanto a la posibilidad de medidas alternativas [...] (cuestión [...] de fondo) [...] deben ser medidas de igual o similar efectividad en la consecución del fin previsto y en cuya determinación [...] los poderes públicos, aun [...] careciendo de libertad y de discrecionalidad, ostentan un amplio margen de apreciación, sostenida sobre datos y juicios técnicos y científicos” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“Y, tampoco son relevantes para justificar la pretensión cautelar [...] las comparaciones que los recurrentes hacen con otros sectores como el transporte público. No solo hay que considerar la diferencia de naturaleza, de incidencia en la actividad económica general y de relevancia social [...], sino, también, porque las medidas que van tomando los poderes públicos afectan progresivamente a los diversos sectores, en razón de su naturaleza y el equilibrio entre salud pública y mantenimiento de la actividad económica general” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

El razonamiento jurídico quinto de *Auto-suspensión cautelar* aborda, como remate de la pieza separada, o incidente, de medidas cautelares, el examen del *fumus boni iuris* aducido por los recurrentes en pro de la suspensión cautelar instada. Examen al que, se dice,

*poco espacio le queda para con este criterio marginal del juicio cautelar* —párrafo primero—. En consonancia a esta advertencia, el pertinente examen se desenvuelve del sucinto modo que sigue:

“[...] la medida impugnada viene impuesta por la coordinación establecida en la Orden comunicada del Ministro de Sanidad [...]” —párrafo segundo—.

“Las extralimitaciones [...] que la medida impugnada puede representar podrán ser objeto del debate de fondo; pero en este momento no se presenta ninguna desviación que pueda, en el marco limitado del —*fumus boni iuris*—, justificar la medida cautelar que los recurrentes pretenden” —párrafo tercero—.

“[...] en ninguno de ellos —de los ‘autos judiciales aportados’ ... a la pieza separada de medidas cautelares— se analiza la incidencia de la Orden ministerial [...], por lo que, dada la relevancia de la misma para la dilucidación del presente incidente cautelar, la virtualidad inspiradora u orientadora de los argumentos de dichas decisiones judiciales no es trasladable a este caso” —párrafo cuarto—.

“[...] según hemos entendido, en el auto del Tsj de Cataluña de 31 de julio de 2020 se declara la proporcionalidad de una medida similar a la impugnada en el presente recurso contencioso administrativo —párrafo quinto—” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

Extractemos las más relevantes afirmaciones del *Auto-suspensión cautelar*:

#### 1) Declaración de actuaciones coordinadas:

“Obliga a todas las partes incluidas en el ámbito de coordinación, que, en este caso, son todas las Comunidades Autónomas” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020: párr. 20 del razonamiento jurídico 3) —en parecidos o similares términos, el párrafo trigésimo segundo del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*—.

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

## 2) Declaración de actuaciones coordinadas

“[...] se expresa en una orden que no se dirige a la ciudadanía sino a las Comunidades Autónomas —de ahí la denominación de orden comunicada [...]—, y son éstas, para las que las medidas de coordinación son vinculantes, las que deben trasponerlas en su propio Ordenamiento autonómico”.

“[...] la suspensión de la ejecutividad de la medida establecida en la resolución impugnada, conllevaría indefectiblemente la ineficacia del fin de coordinación y homogeneización [...]” de *Declaración de actuaciones coordinadas*, ‘al excluir, aún provisionalmente, la aplicación de la medida en una parte del territorio nacional’” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

“[...] la suspensión, en y para Cantabria, de una de las medidas de coordinación dispuestas para arrostrar la crisis sanitaria [...] mermaría relevantemente la finalidad y la razón de ser de la coordinación estatal [...]” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020: párr. 33-35 del razonamiento jurídico tercero).

## 3) Y sobre todo y de manera conclusiva:

“Esta Sala no puede anular *Declaración de actuaciones coordinadas*, ni puede obstaculizar la aplicación plena y efectiva de la misma a través de una decisión cautelar referida a una resolución que, como la impugnada en el presente proceso, no solo trae causa de aquélla, sino que es, en la medida que aquí interesa, mera trasposición obligada de su contenido” (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020: párr 36 del razonamiento jurídico tercero).

El corolario de este encadenamiento de observaciones es el ya adelantado. Me permito reproducir lo dicho en II.3:

“Corolario del corolario: *Auto-suspensión cautelar*, resolución provisional vertida, es obvia la reiteración, en el seno de la pieza separada, o incidente, de medias cautelares, *anticipa* el sentido

de la resolución definitiva del recurso contencioso administrativo, que, en buena lógica, no puede ser sino, de estarse estrictamente al argumento consignado, la desestimación de la impugnación entablada contra *Resolución sanitaria autonómica*, cuya índole *normativa* se afirma '[...] aunque tome la denominación de resolución, la impugnada, más que la de un acto administrativo, comparte la naturaleza de las disposiciones normativas [...]': —párrafo cuarto del razonamiento jurídico cuarto de *Auto-suspensión cautelar*—, a despecho, a propósito del criterio o parámetro *fumus boni iuris*, de lo enfatizado en el razonamiento jurídico segundo y reiterado en el razonamiento jurídico quinto de *Auto-suspensión cautelar*, dada la caracterización de aquella como 'mera trasposición obligada' de *Declaración de actuaciones coordinadas*, cuya anulación le está de todo punto vedada a una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia" (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Auto 73/2020).

Ciertamente, el *Auto-suspensión cautelar* es, de acuerdo a la pieza separada o incidente en que se ha dictado, resolución dotada de fuerza de cosa juzgada, más cosa juzgada de corte *formal*, según corresponde a su carácter *provisional*, que en modo alguno vincula a la sentencia que, como resolución *definitiva*, esto es, dotada de cosa juzgada *material*, ha de poner término al recurso contencioso administrativo en que se impugna *Resolución sanitaria autonómica*. Una decisión, de cuya índole *normativa* no hace cuestión *Auto-suspensión cautelar*, que es caracterizada como mera *reproducción* o, más precisamente, *trasposición* de *Declaración de actuaciones coordinadas*.

De esta caracterización se desprenden, pues, dos conclusiones, la primera de las cuales es expresamente verbalizada por *Auto-suspensión cautelar*, a saber: una, la *sola* vinculación de las Comunidades Autónomas a *Declaración suspensión cautelar*, no, por tanto, de los ciudadanos, que únicamente se verán compelidos a su cumplimiento con el dictado de la decisión que la reproduce o transpone; dos, la privación, como producto jurídico, de *sustantividad*

a *Resolución sanitaria autonómica*, cuyas validez y eficacia se anudan ineluctablemente a *Declaración de actuaciones coordinadas*, orden comunicada —a las Comunidades Autónomas— que no ha sido oficialmente publicada en el Boletín Oficial del Estado.

Esta caracterización y sus pertinentes consecuencias no pueden ser asumidas. Si la *Declaración de actuaciones coordinadas* ha sido emanada en ejercicio del título competencial estatal coordinación *ex* artículo 149.1.16a del texto constitucional, su *cauce de inserción* en el ordenamiento jurídico no es, no puede ser otro sino el de su formal publicación oficial, en modo alguno el dictado, seguido de la debida publicación oficial, de la norma autonómica que *reproduce* o *traspone* su contenido. Una norma autonómica que, sin perjuicio de su *vinculación* a la decisión normativa estatal de cariz *coordinador*, es el resultado del ejercicio de su competencia en materia de sanidad o de salud pública por la Comunidad Autónoma.

En este sentido, por tanto, el paralelismo que *Auto-suspensión cautelar* traza con las directivas de la Unión Europea no puede ser más desafortunado, pues, de aceptarse a efectos meramente dialécticos que la operación cumplida por la norma autonómica estribe en la meritada *transposición* de la norma estatal, ¿Acaso no tienen las normas nacionales que adaptan, integran o transponen una directiva de la Unión Europea valor o sustantividad *propios*, susceptibles, por ende, de impugnación separada y autónoma, distinta de la que eventualmente pueda formularse frente a la norma objeto de transposición?

Ahondemos en el argumento implícito en la interrogación inmediata anterior. De dar por bueno, a efectos meramente provisionales y, por ende, de manera hipotética, que *Resolución sanitaria autonómica* es *transposición recte reproducción* o, como se dice a continuación, *copia exacta* de *Declaración de actuaciones coordinadas*, el órgano judicial que se enfrentara a una norma interna de transposición de una directiva de la Unión Europea se encontraría en una de estas dos situaciones:

- 1) La norma nacional —hipótesis que es, por analogía, la del caso presente— es *mera* reproducción o transcripción de la directiva, supuesto en el que, de cuestionar la validez de esta última, el órgano judicial debería plantear la oportuna cuestión prejudicial de validez.
- 2) La norma nacional supone una *extralimitación* o *exceso* respecto de la directiva que transpone, hipótesis en la que se ofrece al órgano judicial la siguiente alternativa, a saber, ya plantear la oportuna cuestión prejudicial —de interpretación— ya, en aplicación asimismo del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, y de concurrir los requisitos que conforman la doctrina del *acto claro/acto aclarado*, concluir en la *inaplicación* de la norma nacional incompatible con la teleología de la directiva que se dice trasponer.

Pues bien, en el caso presente, y dada la simetría con la primera de las situaciones descritas, el órgano judicial —en la sentencia que resuelva el fondo de la cuestión—, de estimar el recurso contencioso administrativo, debería proceder a anular la norma reglamentaria autonómica —facultad que, desde luego, entra de lleno en el ámbito de su jurisdicción—, tras de lo cual una vez producida la firmeza del pronunciamiento resolutorio del recurso contencioso administrativo procedería a elevar la oportuna cuestión de ilegalidad en relación a la norma estatal de la que aquélla es mera reproducción o transcripción.

Ciertamente, la *cuestión de ilegalidad* ex artículo 27 de la LJCA se diseña según el clásico binomio *acto administrativo/reglamento*, más, a estos efectos, y sobre la base de que la norma autonómica es, convengamos por hipótesis en ello, *aplicación* de la norma estatal —a cuya emanación, repárese de nuevo en ello, en la lógica del *Auto-suspensión cautelar* se supedita la *eficacia* de la norma estatal, vale decir la vinculación de sus prescripciones respecto de los ciudadanos—, ningún obstáculo cabría alzar en relación a la entrada en juego de este mecanismo de control de las normas reglamentarias a fin de que el órgano judicial competente se pronuncie sobre

la validez de la norma estatal, con la consecuencia, en su caso, de su eventual anulación.

La aceptación de la tesis acogida por el *Auto-suspensión cautelar*, amén, como se ha dicho, de *adelantar* la decisión, definitiva, que en buena lógica espera al recurso contencioso administrativo entablado frente a la *Resolución sanitaria autonómica*; el sedicente control por la sentencia que resuelva aquél de las eventuales *extralimitaciones* en que haya podido incurrir *Resolución sanitaria autonómica* respecto de *Declaración de actuaciones coordinadas* —párrafo tercero del razonamiento jurídico quinto de *Auto-suspensión cautelar*— entra en flagrante colisión con la descripción de la primera como *copia exacta* de la segunda en el particular atinente al concreto extremo objeto de la impugnación contencioso administrativa —párrafo segundo del razonamiento jurídico tercero de *Auto-suspensión cautelar*—, la aceptación de la referida tesis, se dice, supone, de manera contradictoria con su proclamada *naturaleza normativa*, la *absolución* o *exoneración* del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, aún de las emanadas en la presente y peculiar situación de *emergencia y excepcionalidad* sanitaria, dada la caracterización de *Resolución sanitaria autonómica* como mero expediente de inserción en el ordenamiento jurídico de *Declaración de actuaciones coordinadas*, cuyo contenido aquélla se limita a reproducir o trasponer.

Y, en coherencia con la tesis plasmada en el razonamiento jurídico tercero del *Auto-suspensión cautelar*, la disquisición —de lo que, por otro lado, *Auto-suspensión cautelar* es consciente —párrafo primero del razonamiento jurídico cuarto de *Auto-suspensión cautelar*— acerca de la *ponderación de intereses* en tanto que técnica o instrumento de dispensa de tutela cautelar es enteramente gratuita. Si con carácter general son merecedoras de la debida censura, este tipo de consideraciones *ad abundantiam* denotan, en el caso concreto, una manifiesta improcedencia, pues en rigor, y en coherencia, dicho sea una vez más, con la tesis asumida, pretenden hacer ver que a la solicitud de tutela cautelar se da res-

puesta de acuerdo al criterio o parámetro plasmado en el binomio *periculum in mora/ponderación de intereses*, es decir, con arreglo a pautas propias del proceso contencioso administrativo en que aquella tutela cautelar es pedida, cuando, en puridad, la desestimación de la medida cautelar solicitada obedece a la radical *exclusión* de la norma que es objeto del oportuno recurso contencioso administrativo, esto es, *Resolución sanitaria autonómica*, del reproche de vulneración de los derechos e intereses legados como fundamento de la impugnación; un reproche que, en todo caso, habría de dirigirse frente a una norma no publicada, la meritada *Declaración de actuaciones coordinadas*, a través del correspondiente recurso contencioso administrativo formulado frente a un órgano judicial distinto de aquél del que proviene *Auto-suspensión cautelar*, en el supuesto concernido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Y dicho sea sin el menor atisbo de gratuita especulación, ¿A qué opinión en derecho se haría acreedora una hipotética decisión del órgano jurisdiccional mencionado en las últimas anteriores líneas que declarara la inadmisión del eventual recurso contencioso administrativo por *inexistencia*, dimanante de la ausencia de publicación oficial, de la norma que pretende impugnarse a través de aquél, amén de no ser *directamente* vinculante para los ciudadanos?

Para dar cuenta, por lo que afecta a los textos que anteceden, de dos observaciones: el Auto número 121/2020, de 2 de agosto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid fue revocado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La *ratio* de la referida revocación estriba en que la resolución jurisdiccional impugnada, dado su alcance genérico e indiscriminado, no precisaba debidamente la concreta extensión de la *no-ratificación* dispuesta, que, viene a decirse, únicamente debía versar sobre las *medidas* que estrictamente afectaran a la libertad o a otros derechos fundamentales, no, por tanto, a aquellas determinaciones de la orden

sujeta a ratificación que no comportasen, dada su índole de mera recomendación, restricciones o limitaciones de aquellas libertad o derechos fundamentales.

*Advertencia final:* el Gobierno de la Nación se halla en trance de promover una modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que altera las competencias de los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo en punto a la autorización y ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que tengan carácter urgente y necesario para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. En síntesis, y de acuerdo a la propuesta dada a conocer, si aquellas medidas individualizan subjetivamente su alcance, esto es, se formalizan en meros actos administrativos cuyos destinatarios estén perfectamente identificados, la competencia para su autorización y ratificación se mantiene en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Por el contrario, si los destinatarios de tales medidas no están identificados individualmente —*recte* por tratarse de medidas *generales* de índole *normativa*— la competencia para proceder a la oportuna autorización y ratificación se atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo ya de los Tribunales Superiores de Justicia ya de la Audiencia Nacional. En otros términos, el legislador otorga *carta de naturaleza* a la intervención del poder judicial, titular de la jurisdicción o potestad jurisdiccional, en el ejercicio de la función o potestad normativa, aquí de índole reglamentaria, cuyo titular es el Gobierno. ¡Sorpresa, perplejidad...y una dosis añadida de confusión!

*Post scriptum II:* Que deja sin efecto el carácter de *final* de la *advertencia* que inmediatamente precede a estas líneas, más no su contenido, en particular, por lo que respecta a la segunda observación. Lo que sigue es un comentario a un Auto de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que, al inadmitir la solicitud de ratificación de unas *medidas sanitarias* acordadas, en el contexto

de la presente situación sanitaria, por el Gobierno de una Comunidad Autónoma, defiende en mi criterio la tesis correcta.

## **VI. INADMISIÓN DE LA SOLICITUD GUBERNATIVA DE RATIFICACIÓN JURISDICCIONAL DE LAS MEDIDAS SANITARIAS ADOPTADAS POR RAZÓN DE LA CRISIS VÍRICA**

La parte dispositiva del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Logroño 102/2020, de 22 de septiembre, procedimiento de autorización/ratificación de medidas sanitarias número 205/2020 —en adelante, *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*— contiene el siguiente Acuerdo: “[...] inadmitir la petición de ratificación de los acuerdos de 1 y de 7 de septiembre de 2020 adoptados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja por tratarse del ejercicio de la potestad normativa de necesidad habilitada por la legislación sanitaria (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número I de Logroño, Auto 102/2020, 22 septiembre de 2020)”.

Una parte dispositiva que trae causa de las afirmaciones sentadas, como corolario de los argumentos que lo preceden, en el fundamento de derecho décimo de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*, que dice así: “1) Procede, en consecuencia, declarar la inadmisión de la petición de ratificación de los acuerdos del Consejo de Gobierno de 1 y de 17 de septiembre de 2020 por tratarse del ejercicio de la potestad normativa de necesidad habilitada por la legislación sanitaria a la que hemos hecho referencia en el corpus de este Auto”; 2) Por tanto, “como toda disposición normativa no está sujeta su eficacia ni su validez a ratificación judicial alguna, sin perjuicio de su impugnación por los cauces generales que establece la LJCA” (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número I de Logroño, Auto 102/2020).

Una *ratificación* impetrada al amparo del párrafo segundo del apartado 6 del artículo 8, según la redacción anterior a la en-

trada en vigor de 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; redacción aplicable *ratione temporis* al caso a que da respuesta *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* —apartado 6 del fundamento de derecho noveno de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*— de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyo texto era el que sigue: “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”.

La argumentación que conduce a la conclusión alcanzada se desarrolla en lo sustancial en el apartado 3 del fundamento de derecho octavo y, en especial, en el fundamento de derecho noveno del *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*. Una argumentación y una conclusión adelantadas en los apartados 8.5 y 8.6 del fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*:

“8.5.- Empero el artículo 8.6 de la LJCA regula la competencia objetiva para estas medidas de carácter decisorio, no normativo.

8.6.- Otra interpretación alteraría no solo el sistema de fuentes sino la competencia objetiva de este Juzgado que por vía de *autorización o ratificación* de este cauce, conocería, con los efectos de su pérdida de vigencia o abrogación, de disposiciones normativas autonómicas o locales para cuyo enjuiciamiento no es competente —*ex articulo [sic]* 8 y 10 de la LJCA—. Y desde el sistema de fuentes se estaría quebrando el *principio de reserva de jurisdicción y separación de funciones o poderes*, constitucionalmente consagrado, al erigirse esa *autorización o ratificación* en una suerte de *control de tutela preventivo por la autoridad judicial* en el ejercicio de la potestad normativa o reglamentaria que corresponde, *ex constitutione [sic]*, a la Administración pública competente, algo ajeno a nuestro sistema constitucional [...] —las cursivas en el original—”.

La solicitud de ratificación sobre la que se pronuncia *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* versa sobre el *Acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de septiembre por el que se dictan nuevas medidas de prevención e higiene para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, se refunden, aclaran y armonizan las acordadas con anterioridad, y se transponen las actuaciones coordinadas en salud pública frente a la gripe y el *Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de septiembre por el que se modifican las medidas de prevención e higiene* antes citadas —apartados 1 y 2 del fundamento de derecho primero de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—. Unos *acuerdos*, calificados de “extenso breviarío de medidas sanitarias” —apartado 1 del fundamento de derecho segundo de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—, respecto de los que se solicita la *ratificación* prevenida en el referido párrafo segundo del apartado 6 del artículo 8 LJCA —versión anterior a la Ley 3/2020—, a cuyo efecto se recuerda sucintamente la doctrina constitucional acerca de la finalidad u objetivo de la autorización y ratificación allí prevenida —apartados 2 y 2.2 [sic] del fundamento de derecho segundo de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—, así como los extremos que inexcusablemente ha de incorporar la correspondiente solicitud de ratificación —fundamento de derecho tercero de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—.

Luego de una reseña del contenido de los *acuerdos* a que se ciñe la solicitud de ratificación —fundamento de derecho cuarto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—, el fundamento de derecho quinto —fundamento legal de la potestad de intervención sanitaria— de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* procede a identificar el grupo normativo sanitario que resta cobertura a los meritados *acuerdos*, “un *grupo normativo sanitario* ordinario y otro derivado de la declaración del estado de alarma por el Gobierno” —apartado 2 del fundamento de derecho quinto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—. Un *grupo normativo sanitario* que alberga “una cláusula general de habilitación del derecho de policía sanitario a la autoridad sanitaria competente” —apartado 3.1 del fundamento de derecho quinto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—,

en cuya virtud la administración [*sic*] sanitaria actuante puede dictar *reglamentos de necesidad* para cuya elaboración no se haya tenido que acudir al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, con los solos *límites de los límites* de los derechos fundamentales, en su caso, afectados, que ha de observarse a la luz del principio de proporcionalidad y ponderando los intereses públicos y privados concurrentes” —apartado 3.2 del fundamento de derecho quinto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*; las cursivas en el original—.

Identificado el *grupo normativo sanitario* —sin perjuicio de su concreción o pormenorización en el fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*— que presta cobertura a las *medidas sanitarias* a que se contrae la solicitud de ratificación, el apartado 4 del fundamento de derecho quinto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* remarca que la autoridad sanitaria competente ordinariamente en nuestro sistema constitucional es la Comunidad Autónoma. Acotación desarrollada en el fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*, en el que se pormenoriza el elenco de *medidas* que, al socaire de la legislación sanitaria, pueden ser dispuestas por las Comunidades Autónomas, autoridades sanitarias competentes ordinariamente en nuestro sistema constitucional. Una legislación sanitaria que “habilita la adopción de medidas sanitarias que pueden articularse como disposiciones generales, reglamentos de necesidad o decisiones singulares relativas a grupo o grupos de personas” —apartado 5.4 del fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—. Legislación sanitaria de la que se destacan, con posterioridad al levantamiento del estado de alarma, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, que diseña el “*Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, y reitera a cada CCAA [*sic*] como autoridad sanitaria ordinaria en el ámbito de sus funciones de vigilancia, inspección y control del correcto cumplimiento de las medidas establecidas en la norma” —apartado 6.1 del fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*; la cursiva en el original—, y, en particular, el artículo 65 de

la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, en la versión introducida por el referido decreto-ley, fuente de “las actuaciones coordinadas y las órdenes comunicadas” —apartado 7 del fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—.

Un grupo normativo sanitario del que se desprenden, de acuerdo al apartado 8 del fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*, las siguientes conclusiones:

“8.- En suma, los preceptos [...] correspondientes a ese *grupo normativo sanitario*, tanto el *ordinario* cuanto el de urgencia [...] permiten a las autoridades sanitarias autonómicas competentes, en el marco de sus competencias, adoptar diversas medidas de naturaleza sanitaria —las cursivas en el original—.

8.1.- Esas medidas sanitarias pueden ser de carácter general y universal o acotadas a un determinado espacio territorial [...].

8.2.- Pueden establecer y prescribir medidas de prevención general y especial, así como de tratamiento y actuación, en materia sanitaria cuando lo exijan circunstancias que pongan en riesgo la salud pública

8.3.- Esas medidas sanitarias pueden adoptarse bajo la forma de una disposición general, de una orden [...] de policía sanitaria individual o referida a una pluralidad de destinatarios atendiendo a las circunstancias concurrentes.

8.4.- Sea como fuere el *nomen iuris* o su naturaleza, normativa o decisoria, tales medidas sanitarias están sujetas a un control judicial [...] —la cursiva en el original— (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número I de Logroño, Auto 102/2020, apartado 8 del fundamento de derecho sexto).

Sobre las meritadas bases, y como se ha adelantado, el apartado 3 del fundamento de derecho octavo y, en particular, el fundamento de derecho noveno de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* albergan el desarrollo argumental que conduce al corolario

sentido en el fundamento de derecho décimo y, en su consecuencia, al *dictum* de la parte dispositiva de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*. En el apartado 3 del fundamento de derecho octavo de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* se dice que las medidas objeto de la solicitud de ratificación son “actos materialmente normativos que se presentan bajo la veste de medidas sanitarias exigidas por la situación de emergencia sanitaria [...]”.

Y en el extenso fundamento de derecho noveno de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* se contiene una pormenorizada argumentación que aquí se ofrece extractada:

“1.- [...] los Acuerdos adoptados [...] tienen una clara naturaleza normativa [...]. Las medidas se configuran como un acto ordinamental, no como un acto ordenado [...]”.

1.1.- Son, además, medidas que se adoptan bajo la veste de acuerdo del Consejo de Gobierno, pero que materialmente se erigen como un *reglamento de necesidad* habilitado por la normativa sanitaria [...] —la cursiva en el original—.

2.- [...] no es función ordinaria de esta jurisdicción *ratificar* o *autorizar* como requisito de eficacia el ejercicio de la potestad normativa de la Administración Pública [*sic*] —artículo 106.1 CE de 1978— so pena de quebrar el principio de reserva de jurisdicción y de separación de funciones o poderes —la cursiva en el original—.

3.- [...] el control judicial al que se refiere el artículo 8.6.2 [*sic*] de la LJCA en primer término no es un control jurisdiccional sobre la validez de las medidas, que se tornaría además de difícil encaje dado que por vía de esta *ratificación* se estaría controlando actos y/o disposiciones normativas para los que este juzgado no era [*sic*] competente para conocer en un recurso directo contra el acto o disposición —ex artículos 8 y 10 de la LJCA, la cursiva en el original—.

4.- [...] el juez de lo contencioso administrativo por el cauce del artículo 8.6 de la LJCA no deviene en un *cotitular* de la potestad

reglamentaria, ni su función ratificadora o autorizatoria [*sic*] es un control de tutela que condicione la eficacia de una disposición normativa, o en su caso, de la no ratificación se concluya la pérdida de vigencia o incluso una derogación —la cursiva en el original—.

4.1.- Las disposiciones materialmente normativas no se someten a ratificación judicial. Los acuerdos autonómicos constituyen reglamentos de necesidad que no se someten, ni pueden someterse a ratificación.

4.2.- Se trata de un reglamento de necesidad que la administración autonómica ha adoptado para hacer frente a una situación extraordinaria de excepcional *gravedad y urgencia* [...] —la cursiva en el original—.

4.3.- Como tal reglamento de necesidad, es de carácter excepcional y distinto de los reglamentos ejecutivos, y por tiempo determinado, adoptado, no en desarrollo de una Ley, sino en uso de las facultades que el *grupo normativo sanitario* ordinario y derivado del estado de alarma- concede al Gobierno y al Gobierno de cada una de las CCAA en el ámbito de sus competencias sanitarias para hacer frente a la [...] situación sanitaria existente [...] —la cursiva en el original—.

4.4.- El juez por el cauce del artículo 8.6 de la LJCA no ratifica ni autoriza el ejercicio del poder reglamentario de necesidad habilitado por la legislación sanitaria [...]; sino en su caso, cuando el obligado no ejecute voluntariamente una orden de policía sanitaria o mandato individualizado cuya ejecución puede llevar aparejada compulsión sobre las personas, y que puede afectar o suponer una medida restrictiva o aflictiva de derechos” (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número I de Logroño, Auto 102/2020, fundamento de derecho noveno).

“Las disposiciones materialmente normativas no se someten a ratificación judicial. Los acuerdos autonómicos constituyen reglamentos de necesidad que no se someten, ni pueden someterse a ratificación (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número I de Logroño, Auto 102/2020, apartado 4.1 del fundamento de derecho

noveno)”. Retengamos la primera aseveración del párrafo transcrito: *Las disposiciones materialmente normativas no se someten a ratificación judicial*. Permítaseme, en este momento, reproducir unas líneas del comentario al Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid 121/2020, de 20 de agosto con el que se abre este texto *complejo*:

“Sea como fuere —nueva sorpresa y nueva perplejidad—, *Auto-no ratificación* puede abrir la espita de una pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales —confiemos, en todo caso, en su canalización por la ortodoxa vía del recurso contencioso administrativo— en relación a las disposiciones reglamentarias autonómicas similares o equivalentes a *Orden-medidas preventivas II*. El más que previsible resultado: la ausencia de una formal declaración de emergencia el Estado, al parecer, se ha refugiado tras esa careta de las normas meramente *comunicadas*, vale decir *inexistentes*, está poniendo a las Comunidades Autónomas en la picota de verse, eventualmente, desautorizadas por el orden jurisdiccional contencioso administrativo, según, naturalmente, la *sensibilidad* que anime a cada órgano jurisdiccional.”

Y como se dice en *al término* del referido comentario, inserto asimismo en este texto *complejo* a propósito de esa pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales:

“Una muestra de esa eventual —pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales— [...], asimismo canalizada por la vía de la —autorización de medidas sanitarias— *ex* párrafo segundo del apartado 6 del artículo 8 LJCA —*coda*.—en la versión vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre—, que incorpora una variante respecto de *Auto-no ratificación* —el Auto número 121/2020, de 20 de agosto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid—: el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Barcelona de 24 de agosto de 2020 ‘Autorización de medidas sanitarias 283/2020’, pronunciado a las 21:00 horas, *ratifica* una resolución de las autoridades sanitarias catalanas de 24 de agosto de 2020, con dos salvedades, a saber, la exclusión del ámbito de aplicación de las medidas contenidas en la referida resolución de uno de los mu-

nicipios comprendidos en aquél; y la elevación al 50 por 100 del porcentaje de asistencia permitido en actos religiosos como bodas, servicios religiosos y ceremonias fúnebres. Disposición esta última a la que llega el Auto de referencia luego del examen de las medidas que, en concreto, impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, en particular, de la libertad de empresa *ex* artículo 38 del texto constitucional, desde la perspectiva del canon de proporcionalidad en su triple faceta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. El poder judicial, pues como autor *material* del ejercicio de la potestad reglamentaria al introducir cambios o modificaciones en el contenido de la propuesta efectuada por el poder ejecutivo. ¡Nueva sorpresa y nueva perplejidad!”

En este escenario de *ratificaciones* jurisdiccionales de normas reglamentarias, del que *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* se aparta notoriamente, ha irrumpido recentísimamente el legislador en virtud de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, para, al parecer, intentar salir al paso de esa *pléyade de pronunciamientos jurisdiccionales* provenientes de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, pronunciamientos, además, no del todo convergentes cuando no abiertamente contradictorios, como *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* pone palmariamente de manifiesto. A este propósito, me permito de nuevo reproducir la segunda observación que figura en *Advertencia final* de este texto *complejo* —aunque, como ya se ha dicho, no tan final, a la vista de las líneas que el lector tiene ante sus ojos, tal y como se aclara en *Post scriptum II*—:

“El Gobierno de la Nación se halla en trance de promover una modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que altera las competencias de los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo en punto a la autorización y ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que tengan carácter urgente y necesario para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. En síntesis, y de acuerdo a la propuesta dada a conocer, si aquellas medidas individualizan subjetivamente su alcance, esto es, se formalizan en meros actos administrativos cuyos des-

La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis...

tinatarios estén perfectamente identificados, la competencia para su autorización y ratificación se mantiene en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Por el contrario, si los destinatarios de tales medidas no están identificados individualmente —*recte* por tratarse de medidas *generales* de índole *normativa*— la competencia para proceder a la oportuna autorización y ratificación se atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo ya de los Tribunales Superiores de Justicia ya de la Audiencia Nacional. En otros términos, el legislador otorga *carta de naturaleza* a la intervención del poder judicial, titular de la jurisdicción o potestad jurisdiccional, en el ejercicio de la función o potestad normativa, aquí de índole reglamentaria, cuyo titular es el Gobierno. ¡Sorpresa, perplejidad... y una dosis añadida de confusión!”

Una ley, la 3/2020, de 18 de septiembre, que, empero, para *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*, tiene una clara virtud: que al margen del debate sobre el *nomen iuris* y la *naturaleza jurídica* de las medidas sanitarias adoptadas por cada Comunidad Autónoma, atribuye el control de las denominadas —*medidas generales*— a la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo del TsJ, quien es el juez ordinario para conocer de los recursos directos tanto contra los reglamentos autonómicos —*de necesidad, o de ejecución o autónomos [sic]*— cuanto de los actos adoptados por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma —las cursivas en el original—.

Observación que, naturalmente, no puedo compartir, a cuyo efecto me remito al comentario que abre este texto *complejo* —*Restricciones/limitaciones de derechos fundamentales por las Comunidades Autónomas en período de crisis vírica*—.

La norma reglamentaria a que se contrae *Auto-inadmisión solicitud de ratificación* es caracterizada como *reglamento de necesidad*. En el apartado 3.2 del fundamento de derecho quinto de aquél se lee:

“En virtud de esa cláusula general de habilitación, la administración [sic] sanitaria puede dictar *reglamentos de necesidad* para cuya elaboración no se haya tenido que acudir al procedimiento

de elaboración de disposiciones generales, con los solos *límites de los límites* de los derechos fundamentales, en su caso, afectados, que ha de observarse a la luz del principio de proporcionalidad y ponderando los intereses públicos y privados concurrentes (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número I de Logroño, Auto 102/2020, apartado 3.2 del fundamento de derecho 5) —las cursivas en el original—.”

Dejando de lado la —incorrecta— atribución a la *administración* del producto jurídico *reglamento de necesidad*, así como la notoria impropiedad de aplicar al caso que nos ocupa la noción *reserva de jurisdicción* —apartado 8.6 del fundamento de derecho sexto de *Auto-inadmisión solicitud de ratificación*—, parece claro que la referencia a los *derechos fundamentales* ha de situarse en un plano distinto del atinente al procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

Por lo que a éste, en concreto, respecta, la mención a la exclusión en el caso presente del meritado procedimiento, no puede entenderse, naturalmente, como una prescindencia *total y absoluta* de aquél —argumento a contrario: el apartado 4 del artículo 133 “Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que autoriza a prescindir de los trámites de consulta, audiencia e información públicas de concurrir razones graves de interés público que lo justifiquen—. Aun cuando el dictado de aquellos *reglamentos de necesidad* halle su cobertura, en el marco del *Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, en razones de *urgente necesidad*, no puede olvidarse el contexto en el que se produce su aprobación, esto es, una vez levantado el estado de alarma, de modo que, en este sentido, *recupera* a todos los efectos su eficacia el normal u ordinario sistema de producción normativa.

*Post scriptum III... y final:* Las líneas que anteceden de este texto *complejo* es, bien se alcanza a aprehenderlo, reflejo de la *acelera-*

ción normativa, jurisprudencial y doctrinal que viene propiciando la presente situación de *crisis vírica*. Unas líneas a las que, ahora sí definitivamente, conviene poner punto final con las que siguen a modo de conclusión o corolario de la postura defendida en los diferentes análisis y apuntes que, dicho sea, una vez más y por última vez, conforman este texto *complejo*.

## VII. UNA SUCINTA NOTA EN RELACIÓN A LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL SOBRE LAS DECISIONES DEL PODER EJECUTIVO QUE INCIDEN EN LA LIBERTAD Y/O DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

Los profesores de Derecho Administrativo explican que uno de los *límites*, junto a la llamada vía de hecho —y hoy, también, las sanciones administrativas, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional— de la autotutela ejecutiva administrativa son los derechos fundamentales. En síntesis: la ejecución forzosa de los actos administrativos que inciden y afectan en los derechos fundamentales, queda supeditada a la preceptiva intervención jurisdiccional bajo la veste de la oportuna autorización y ratificación judicial.

En términos generales, reparto competencial al margen —reordenado, dicho sea de modo incidental, por el legislador recentísimamente—, viene referida a dos concretos derechos fundamentales —entendiendo por tales los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución—, a saber, la *inviolabilidad del domicilio* en el particular atinente a la entrada en domicilio y *restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular* a fin de ejecutar determinados actos administrativos y la misma y propia *libertad personal* —así, como supuesto prototípico o paradigmático, el internamiento forzoso en establecimiento sanitario de personas aquejadas de infección contagiosa—.

Como concreción, mejor *ampliación*, del primero de estos supuestos, el legislador ha prescrito la referida intervención jurisdiccional, autorización previa mediante, respecto de “la entrada e inspección de [...] locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista el riesgo de tal oposición” (LJCA, párrafo tercero del apartado 6 del artículo 8), por hipótesis, *lugares que no son domicilio ex artículo 18.2 del texto constitucional*; así como en relación a las solicitudes formuladas por la correspondiente administración expropiante para proceder a la entrada en la posesión de los inmuebles —por hipótesis, igualmente, *lugares que no son domicilio ex artículo 18.2 del texto constitucional*— incluidos en el oportuno acuerdo de necesidad de ocupación.

De estos cuatro supuestos, los tres primeros aparecen consignados en la LJCA, en tanto que el cuarto es registrado en la legislación específica en la materia, esto es, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 —en los concretos términos de los párrafos segundo y tercero del artículo 51, según la redacción introducida por el artículo 76.1 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre—.

Así descrito sucintamente el régimen de la preceptiva intervención jurisdiccional, articulada sobre el binomio *autorización y ratificación*, la tesis aquí postulada es la siguiente.

Así como la entrada en domicilio, o en lugares cuyo acceso es dependiente del consentimiento de su titular —inspección por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia u ocupación de bienes inmuebles expropiados—, resulta pertinente la previa *autorización* jurisdiccional, la *ratificación* —requisito inexcusable a fin de tornar la *provisional* eficacia de la *decisión* correspondiente, normativa o meramente aplicativa, del poder ejecutivo en eficacia *definitiva* o *indefinida*— de las *decisiones* medidas, en la dicción legal que afecten a la *libertad* de las personas —derechos fundamentales, según el *nomen* legal vigente—, aquí, de modo

prototípico o paradigmático, las que comporten el internamiento forzoso en establecimiento sanitario por razón del padecimiento de enfermedad contagiosa, resulta improcedente.

En este caso, la decisión —ejecutoria— del poder ejecutivo debe traducirse, compulsión directa sobre las personas mediante, en la ejecución forzosa, sin intermediación judicial, por tanto, de la correspondiente decisión, normativa o meramente aplicativa —esto es irrelevante a los efectos aquí pretendidos—, del poder ejecutivo. Sólo a posteriori, quien considere vulnerada su libertad personal podrá impetrar, de modo similar a lo previsto para con las detenciones gubernativas *ex* apartado 4 del artículo 17 de la Constitución, el oportuno *habeas corpus*, a fin de que en un procedimiento jurisdiccional —contradictorio, por definición—, el órgano jurisdiccional competente *ex ratione materiae* pueda pronunciarse, con plenitud jurisdiccional, acerca de la pertinencia de la *decisión*, normativa o meramente aplicativa, del poder ejecutivo restrictiva o limitativa de la libertad personal.

Sólo así quedarán debidamente deslindadas las funciones ejecutiva y jurisdiccional, y no como se desprende del régimen —anterior o posterior, tanto da en este momento, a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre— dispuesto por la LJCA, que viene a hacer *partícipe* a la jurisdicción de la privación, restricción o limitación de la libertad de las personas, vía internamiento forzoso en establecimiento sanitario, encierro domiciliario o *acordonamiento* en el municipio de residencia —supuesto a que se contrae el Auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 115/2020, de 24 de septiembre, procedimiento ordinario número 1.070/2020—, relativo a la solicitud de ratificación en relación a las medidas del apartado segundo de la Orden —de la Orden 1.178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid—, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes

a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica que suponen restricción de los derechos fundamentales: antecedente de hecho primero, restricción o limitación de la libertad de las personas, señalaba, decidida por el poder ejecutivo, con detrimento, así, grave y notorio, del debido deslinde de las diferentes funciones o potestades que en un Estado de Derecho deben permanecer separadas y adecuadamente diferenciadas.

### BIBLIOGRAFÍA

RAE (2020): “*Diccionario de la lengua española*” en *Real Academia Española*, Madrid. Disponible en: «<https://dle.rae.es/perplejidad?m=form>» [Consultado el día 20 de agosto de 2020].