



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

LA CRISIS SANITARIA COVID-19 A DEBATE, BREVE GUÍA PARA ENTENDER LO QUE ESTÁ PASANDO.

**Normativa y control judicial de la actuación de las Administraciones
Públicas en tiempo de crisis sanitaria**

ENCUENTRO APM (ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA) MAGISTRADOS SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y PRESIDENTES DE SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

A) A modo de explicación previa.

Nace el presente documento, una vez cumplidos seis meses desde la declaración de Estado de Alarma, mediante Real Decreto 463/2020, de 13 de marzo, recién aprobada 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, y cuando empezamos a tener ya pronunciamientos judiciales de alguna Sala de lo Contencioso-Administrativo, con arreglo a la reforma, como es el caso del auto de la sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de septiembre de 2020, en autos de P.O. 1070/2020.

El documento obedece a la preocupación que mueve a nuestra Asociación por la propia situación actual –inédita en la reciente historia de España-, ante el confuso devenir de los acontecimientos en un terreno, como es el de lo público, no siempre fácil de rastrear, así como por el cumplimiento de lo que ha de considerarse como deber primordial de servicio público, de una asociación judicial como la nuestra, hacia sus asociados, jueces, y, en última instancia, hacia la sociedad y el ciudadano, al que, en todo caso, se debe. Para nosotros es una obligación hacia la Carrera y hacia la sociedad, efectuar aportaciones



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

que, en buena medida, están vedadas por razones obvias, para nuestros asociados como jueces a título individual.

Y es que, a raíz de la declaración del estado de alarma, nuestro Ordenamiento jurídico ha ido poblándose de una normativa compleja y cambiante, que afecta a prácticamente todos los ámbitos; al principio era fundamentalmente estatal, ya es autonómica y local. Su aplicación e interpretación ya ha empezado a llegar a los tribunales e incidirá en los próximos meses con mayor intensidad.

La APM ve con preocupación no sólo las dificultades de los jueces y tribunales para su interpretación –baste al respecto con comprobar que el auto de la Sala de Madrid de 24 de septiembre de 2020 va con dos votos particulares-, sino cómo la normativa anterior resulta insuficiente ante un fenómeno inédito como es una pandemia de la entidad de la causada por el Covid. Tal panorama puede generar inseguridad jurídica, aumento de conflictos, agravando las consecuencias ya de por sí trágicas de esta pandemia, todo lo cual bien podría evitarse con una normativa clara que permita al Poder judicial fijar criterios claros, uniformes y así contribuir a que jurídicamente se pueda hacer frente a esta pandemia.

Así pues, es hora de echar la vista atrás y, con cierta perspectiva, centrar el foco en las cuestiones estrictamente jurídicas de este momento. Se trata, a la vista de la perspectiva que nos muestra la experiencia ya vivida, y las últimas reformas procesales, de ofrecer un breve estudio de la normativa aplicable en materia de salud pública -con un análisis de urgencia de las últimas reformas procesales-, un porqué de la actuación administrativa en este terreno durante los últimos meses, por referencia al marco normativo vigente, y la clarificación del papel de la jurisdicción contenciosa en el control de la actividad de las Administraciones Públicas. Se pretende poner algo de orden en la confusión en torno al papel de las Administraciones y de la Jurisdicción contencioso-administrativa en esta crisis sanitaria. No es poca cosa.



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

A partir de la definición del marco normativo aplicable en materia de crisis sanitarias, se entiende en régimen ordinario, se pretende explorar las vías de acción de las Administraciones, poner de manifiesto la necesidad de coordinación entre ellas para afrontar situaciones de esta naturaleza y, asimismo, arrojar luz sobre los parámetros de fiscalización jurisdiccional de la actuación de las Administraciones Públicas ¿Es cierto que el Estado sólo puede intervenir por vía excepcional, mediante declaración total o parcial de estado de alarma? ¿Tiene el Estado un mero papel coordinador de tareas de lucha que deben recaer –es el mensaje que se transmite- enteramente sobre las Comunidades Autónomas? ¿Se está impulsando una suerte de *soft law* desde las Administraciones, aplicando un régimen de “autorregulación”, cuando se dirigen al ciudadano meras recomendaciones que son publicadas -en los medios- como *algo más* que una recomendación?

Y en todo esto ¿Cuál es la posición de los tribunales, de la Jurisdicción contenciosa? ¿Cómo debería actuar la Administración competente y cuáles son las vías de fiscalización? ¿Alguna de las existentes, su activación y desarrollo, depende en buena medida del criterio y voluntad de la Administración actuante en cada momento?

Se trata en resumen de analizar la situación vivida y actual, examinar siquiera sea brevemente, el modo de aplicación, no siempre ordenado, de la normativa vigente aplicable en la materia, así como explorar la conveniencia o necesidad de nuevas vías mediante la reforma de la normativa aplicable, tanto en el ámbito procesal, como en el ámbito administrativo sanitario.

Para ello expondremos seguidamente el régimen jurídico vigente en materia de salud y seguridad públicas, modelos de actuación administrativa posibles conforme al régimen jurídico aplicable, características principales del derecho público sanitario y los patrones de comportamiento y actuación seguidos por las Administraciones Públicas desde el levantamiento del Estado de Alarma, para terminar con algunas consideraciones sobre las vías de fiscalización jurisdiccional de la



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

actividad administrativa. Finalizaremos con unas conclusiones sobre el panorama regulatorio en esta materia.

B) DIAGRAMA NORMATIVO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA. NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA; CARÁCTER INSTRUMENTAL Y DE APOYO RESPECTO DE LA ANTERIOR; MODELOS NORMATIVOS POSIBLES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

1. DIAGRAMA NORMATIVO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA.

a) Reparto competencial Estado-CCAA. Estado, competencias en materia de coordinación general y bases de sanidad, artículo 149.1.16 de la C.e.; Normativa básica. Comunidades Autónomas: normativa de desarrollo y ejecución.

b) Normativa básica:

1. **Ley Orgánica 3/1986**, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (los tres primeros artículos principalmente).
2. **Ley 14/1986, de 25 de abril**, General de Sanidad. Artículos 26, 28 y 31.
3. **Ley 16/2003, de 28 de mayo**, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Artículos 65 y 65 bis: Actuaciones coordinadas en materia de salud pública.
4. **Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.** Artículo 3 d) Principio de Precaución –asimismo artículo 27.3-; f) Principio de Transparencia. Artículo 20, relativo a actuaciones específicas sobre cribados; artículos 52 y 54 (identificación y definición de autoridad sanitaria estatal, procedimiento para la adopción de medidas de coordinación y ejecución y medidas de intervención especial por razones sanitarias de urgencia o necesidad o ante circunstancias de carácter extraordinario que representen un riesgo para la



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

salud de la población. Posibilidad de requerir el auxilio de otros órganos e instituciones y en caso de estricta y urgente necesidad de las FCSE. Régimen sancionador del artículo 55 y siguientes.

c) Normativa de desarrollo. CCAA. Siguen la línea marcada por la normativa básica estatal, reproduciendo, a menudo miméticamente, los contenidos e incluso el tenor de aquella.

d) Normativa procesal. Fiscalización jurisdiccional de la actividad de las Administraciones Públicas en materia de salud pública; en particular el artículo 8.6, párrafo segundo de la LJCA.

2. NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA (Seguridad Nacional y Protección Civil).

a) Competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas y Seguridad Pública: artículo 149.1.4 y 29, respectivamente, de la Constitución.

b) Normativa instrumental y de apoyo a la actuación de las Administraciones Públicas en materia de seguridad sanitaria. Tiene por objeto la movilización de recurso humanos y materiales para hacer frente a situaciones de crisis y emergencia nacional de todo tipo.

c) Ley 7/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil.

1. Artículo 7 bis.- Deber de colaboración. Prevé en el apartado 3, la posibilidad de efectuar requisas temporales y suspensión de actividades. Asimismo el apartado 4, regula la posibilidad de entradas en domicilios privados y evacuación de personas en peligro, en relación con el



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

artículo 15.2 de la L.O. 4/2015, de 30 de marzo de protección de seguridad ciudadana. El apartado 5, hace referencia a la temporalidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos que puedan imponerse.

2. Los artículos 28 a 30, establecen la regulación de situaciones de emergencia de interés nacional.

a) Son emergencias de interés nacional, las previstas en el artículo 28, esto es:

1. Las que requieren declaración de estado de alarma, excepción o sitio.
2. Las que precisen (se entiende que sin necesidad de declaración de estado excepcional) de la coordinación de Administraciones diversas al afectar a varias Comunidades Autónomas y exijan aportación de recursos a nivel supra-autonómico.
3. Las que por sus dimensiones efectivas o previsibles requieran una dirección de carácter nacional.

b) Su declaración corresponde al Ministro del Interior, sea por propia iniciativa, previa comunicación con la o las Comunidades Autónomas afectadas, o a instancia de las Comunidades Autónomas o de los Delegados del Gobierno en las mismas. **Artículo 29.**

c) Las situaciones de emergencia de interés nacional, son dirigidas por el Ministerio del Interior. Artículo 30.

d) Y comprenderá la ordenación y coordinación de las actuaciones y la gestión de todos los recursos estatales, autonómicos y locales del ámbito territorial afectado, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para los estados de



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

alarma, excepción y sitio, y en la normativa específica sobre seguridad nacional. Artículo 30.

e) Problemas: desactualización de los Planes? Norma básica de Protección Civil (artículo 13 de la Ley 17/2015) fue aprobada por R.D. 407/1992, de 24 de abril y su última actualización es de 2011. Coordinación con normativa en materia de salud pública.

d) Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.

- 1. Contempla como ámbitos de especial interés para la Seguridad Nacional,** todos aquellos que resulten básicos para garantizar los derechos y libertades, el bienestar de los ciudadanos y para garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales. **Específicamente y entre otros: la seguridad sanitaria.**
- 2. Definición de situación de interés para la Seguridad Nacional.- Artículo 23.2.**
- 3. La gestión de crisis,** se desarrollará en situaciones de interés para la Seguridad nacional. **Artículo 23.1,** y la **definición de gestión de crisis,** se encuentra en el artículo 22.
- 4. En ningún caso puede ser afrontada una situación de interés para la Seguridad Nacional con medidas que impliquen la suspensión de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Artículo 23.3.**

3. MODELOS NORMATIVOS POSIBLES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA (en régimen ordinario).



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

a) Existencia en régimen ordinario de salud pública de **un doble modelo de actuación**: Modelo “descentralizado” vs. modelo “centralizado”.

1. Modelo “descentralizado”: descansa todo el peso de la actuación en las Comunidades Autónomas, ejerciendo meras funciones de coordinación por parte del Estado: artículo 65 de la Ley 16/2002, por vía de declaración de “**actuación coordinada en materia de salud pública**”. Ejemplo único hasta ahora: la Orden “comunicada” del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020.
2. Modelo “centralizado”: artículos 52 y 54 de la Ley 33/2011. Normativa básica que abre una vía de legislación, aprovechada por todas las Comunidades Autónomas, en similares términos. **Cuando la situación tenga escala supra-autonómica.**

b) **Modelo de intervención en materia de seguridad pública.**

1. Declaración de emergencia de interés nacional por el Ministerio del Interior, que no requieren de declaración de estado excepcional.
2. La normativa en materia de seguridad nacional excluye en todo caso restricciones al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

C) CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL DERECHO PÚBLICO SANITARIO (régimen ordinario: se excluye regulación excepcional del estado de alarma en situaciones de crisis sanitarias).

1. **Deber primordial de las Administraciones Públicas: la protección de la salud de los ciudadanos (artículo 43 de la Constitución española de 1978).** Artículos 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de la Ley 33/2011, General de



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

Salud Pública, en dos concretas vertientes: asistencia sanitaria en caso de enfermedad y prevención de las enfermedades y garantía de la salud colectiva del ciudadano.

- 2. Supuestos de intervención administrativa definidos por conceptos jurídicos indeterminados:** Las Administraciones Públicas (Estado-CCAA), pueden y deben intervenir en caso de **existencia o “sospecha razonable” de “riesgo inminente y extraordinario para la salud”** (artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), o **“con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia”** (artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública).

- 3. Es Autoridad Sanitaria** el Ministro/a de Sanidad, los Consejeros/as de Sanidad de las Comunidades Autónomas, así como los titulares de los órganos superiores y directivos en materia de salud pública con rango igual o superior a Director General (artículo 52.1 de la Ley 33/2011), así como, en el ámbito de las Comunidades autónomas, los que determinen sus respectivas normativas de desarrollo.

- 4. Agente de la Autoridad Sanitaria** lo serán los previstos en el artículo 53 de la Ley 33/2011. Este precepto no tiene carácter básico, de suerte que sólo es aplicable al ámbito estatal. Cada Comunidad Autónoma podrá acotar y definir el contenido de la figura.

- 5. Medidas de intervención.-** Artículo 54.2 de la Ley 33/2011 y 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril. Intervención sobre actividades económicas de todo tipo e intervención sobre las personas y su libertad.

a) Intervención sobre actividades económicas de todo tipo.

1. Las medidas preventivas que se estimen pertinentes. Lista abierta del artículo 26.1 de la ley 14/1986, que comprende incautación o inmovilización de productos, suspensión de



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

actividades, cierres de empresas o instalaciones, intervención de medios materiales y personales “y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”.

2. A las anteriores, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, añade dos más, a una lista que sigue siendo abierta (artículo 54.1: *“cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley”*) relativas a la intervención en la determinación de las condiciones de fabricación y comercialización de productos y sustancias, o del funcionamiento de instalaciones, establecimientos industriales o de servicios y cualquier otra “si existen indicios racionales de riesgo para la salud”.

b) Intervención directa sobre las personas y su libertad. Las medidas previstas en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

1. **Artículo 2.-** Reconocimiento, prescripción de tratamientos, hospitalización o control de las personas en caso de *“indicios racionales”* de peligro para la salud, por causa de la situación sanitaria concreta de una persona o grupo o *“por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”*.
2. **Artículo 3.- Control de enfermedades transmisibles en particular.** Además de las preventivas generales, en particular, *“el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*.

6. Parámetros de intervención administrativa.-



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

- a) **Además de la definición de los supuestos de actuación**, conforme a lo ya dicho antes, mediante conceptos jurídicos indeterminados “sospecha razonable de riesgo inminente y extraordinario para la salud”, supuestos y situaciones de emergencia sanitaria...
- b) **Principios generales** que han de inspirar la actuación administrativa en esta materia: **los principios de pertinencia - artículo 3 c)-, de precaución –artículo 3 d)- y de transparencia –artículo 3 f) de la Ley 33/2011-**.
- c) **Parámetros de valoración de la oportunidad de las medidas concretas: Artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril.**
1. **Necesidad.**
 2. **Idoneidad.** Las que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados. Artículo 28 d)
 3. **Proporcionalidad a los fines. Artículo 28 c)**
- d) **Procedimiento y duración de las medidas. Artículo 54.3 de la Ley 33/2011.**
1. **Procedimiento:** Sólo prevé una previa **audiencia de los interesados, salvo** riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población.
 2. **Temporalidad de las medidas: el tiempo imprescindible.**
“No excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” (artículo 26.2 de la Ley 14/1986). *“Su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó”* (artículo 54.3 de la Ley 33/2011).



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

7. La autorización o ratificación judicial de medidas administrativas. Artículo 8.6 párrafo segundo de la LJCA.

- a) Autorización o ratificación judicial.
- b) Medidas urgentes y necesarias para la salud pública
- c) Privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental (Derechos fundamentales son los comprendidos entre los artículos 14 a 29 de la Constitución, sec. 1ª Cap. II Título I).

D) PATRONES DE COMPORTAMIENTO Y DE ACTUACIÓN SEGUIDOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS –COMUNIDADES AUTÓNOMAS- DESDE EL LEVANTAMIENTO DEL ESTADO DE ALARMA.

Desde el levantamiento del estado de alarma a comienzos de junio pasado, han sido las Comunidades Autónomas las que han asumido el peso de la actuación administrativa frente a la crisis sanitaria, de los modos más variados y diversos, a partir del análisis de la evolución estadística de la crisis en cada territorio autonómico y, dentro de los mismos, por zonas y unidades territoriales. Así, se ha actuado por diferentes vías.

- 1. Disposiciones generales conteniendo medidas de carácter general para el territorio de la Comunidad Autónoma, regulando el ejercicio de actividades, ordenando el cierre de establecimientos y la suspensión de determinadas actividades.
- 2. Disposiciones generales específicas por unidades territoriales, incluyendo medidas adicionales a las generales inicialmente establecidas, para concretos territorios, que podían variar entre comarcas y/o municipios; medidas adicionales que implicaban limitaciones de horarios y suspensión de ejercicio de determinadas actividades.



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

3. Disposiciones generales específicas ordenando cuarentenas o “confinamientos” de diversa índole o magnitud: edificios o poblaciones.
4. Con carácter general, actuaciones y disposiciones que varían en su contenido y temporalidad, en función del impacto de la crisis sanitaria sobre los respectivos territorios.
5. Activación de protocolos internos, rara vez publicados, que construyen un determinado actuar administrativo con trascendencia a terceros, en la definición de la prestación del servicio sanitario y del modo de actuación del ciudadano. Protocolos internos con base en pruebas médicas de carácter objetivo, que han determinado la actividad de la Administración en la crisis sanitaria y que se han traducido en aquellas disposiciones generales en meras recomendaciones al ciudadano, empleando equipos de rastreo para verificar el seguimiento de las mismas por los ciudadanos.
6. Desde el 14 de agosto de 2020, por vía de Declaración de Actuaciones Coordinadas en salud pública, reguladas en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Una Orden del Ministro de Sanidad, impone como medidas vinculantes para las Comunidades Autónomas, el Acuerdo adoptado previamente por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El Ministerio de Sanidad ejerce funciones de coordinación en materia de salud pública. Las Comunidades Autónomas han de plasmar, obligatoriamente, las medidas adoptadas en su respectiva Orden. Frente a la misma, las Comunidades Autónomas pueden interponer recurso contencioso-administrativo, ante la Audiencia Nacional.
7. En la mayor parte de los casos, la Administración ha acudido a los tribunales por la vía del artículo 8.6 párrafo segundo de la LJCA, al objeto de obtener la autorización o ratificación de las medidas adoptadas.



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

E) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE VÍAS DE FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

1. Como se ha podido comprobar hay tres grandes bloques de actuación administrativa:

a) **por vía de meras recomendaciones** dirigidas a la sociedad en general, a partir de protocolos internos de actuación, que conforman una especie de “derecho blando” dirigiendo el comportamiento y conducta social hacia una especie de “autorregulación”. A menudo, casi siempre se incluyen en disposiciones de carácter general.

b) **Por vía de intervención sobre el ejercicio de actividades.**

c) **Por vía de intervención y afcción de derechos fundamentales:** libertad deambulatoria, reunión..., tanto en supuestos concretos, como respecto de grupos indiscriminados e inidentificados.

2. Cabe decir que, **las recomendaciones no están sujetas a fiscalización jurisdiccional en ningún caso, porque carecen de fuerza normativa, aun cuando se integren en una orden ministerial o consejería, y, por consiguiente, tienen la fuerza vinculante que su destinatario quiera darles. Su no seguimiento no podrá generar responsabilidad de ningún tipo.**

3. En relación con **el segundo bloque de actuación**, esto es, cuando se introducen medidas de intervención sobre actividades y negocios, **no se precisa un control previo ni una ratificación por la vía del artículo 8.6 de la LJCA**, sino que quedan sujetos a fiscalización jurisdiccional *a posteriori*, por vía ordinaria de impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la tutela cautelar, mediante la suspensión de las disposiciones objeto de impugnación.



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

4. **Cuando las Administraciones intervienen adoptando medidas que pueden afectar a derechos fundamentales**, principalmente libertad deambulatoria y derecho de reunión, se establece **un control específico por la vía del artículo 8.6 párrafo segundo de la LJCA**. Es precisamente este medio de control y fiscalización de la actividad administrativa el que ha de centrar el peso de las conclusiones que aquí se emiten. **Aquí el Juez contencioso se convierte en Juez de garantías**, limitándose a verificar que la actuación administrativa se desarrolla en el respeto a los derechos fundamentales o, más bien, que la privación o limitación del derecho fundamental afectado aparece justificada a tenor del supuesto de hecho que justifica la medida.
5. El artículo 8.6, y en particular su párrafo segundo, siempre ha sido fuente de debate doctrinal y jurisdiccional, pues no siempre ha sido fácil delimitar su alcance, si era suficiente un análisis formal – competencia, existencia de acto administrativo y poco más- del acto o disposición administrativos sujetos a autorización o ratificación o se incluía un control de fondo. No obstante, **la ratificación conlleva siempre un control de fondo**, con arreglo, a los efectos del presente trabajo, a la situación sanitaria.
6. El **artículo 8.6 párrafo segundo de la LJCA**, como instrumento de autorización o ratificación de medidas de intervención administrativa que priven o limiten derechos fundamentales, **es norma de carácter procesal**, que **precisa de una norma sustantiva** que encuadre su ámbito de aplicación. Ésta **la encontramos en la L.O. 3/1986, de 14 de abril, en particular en su artículo 3**.
7. **No está claro** en modo alguno **que el artículo 3 de la L.O. 3/1986 permita restricciones o limitaciones de derechos fundamentales a gran escala**, sino que, aun cuando contemple la adopción de las medidas necesarias en caso de riesgo de contagio, más bien, está apuntando a personas o grupos de personas concretas, identificables



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

e identificadas por un común denominador: la afectación por la enfermedad contagiosa de que se trate, bien de manera directa –los enfermos (concepto éste que debe ser integrado jurídicamente también en el caso concreto)- o indirecta – personas que estén o hayan estado en contacto con los enfermos-.

8. Menos aclara el debate la reciente reforma del artículo 8.6 párrafo segundo, mediante la Disposición Final Segunda 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, que introduce nuevo apartado 8º en el artículo 10 y 11.1 i).

- a) **Es una reforma netamente procesal**, a partir de la definición de las competencias entre los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa e introduce un mínimo procedimiento.
- b) **Pese a su naturaleza, si algo destaca es la pobreza del procedimiento que diseña en el nuevo artículo 122 quáter. Un procedimiento** en el que sólo se contempla la intervención del Ministerio Fiscal, lo cual ya venía siendo así, pero en el que **no** se puede llevar a cabo con facilidad la función encomendada a las Salas al no disponer del **expediente administrativo ni otra documentación adicional que permita hacer la función de ratificación o autorización con plenas garantías y con un conocimiento exhaustivo de lo que se está limitando y de las razones que avalan esas limitaciones. En definitiva, se está resolviendo y se va a seguir resolviendo sin procedimiento**, y sobre la base de meros datos, las más de las veces, estadísticos que suministre la Administración, que no siempre motiva en sus exposiciones de motivos, como debería, las razones y fundamentos de sus decisiones.
- c) Por otra parte, pese a ser norma de naturaleza procesal, se adentra en terreno sustantivo, cuando interpreta que la L.O.



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

3/1986 ampara medidas de carácter individual –cuyo control mantiene en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo- y de carácter colectivo –cuyo control lo entrega ahora a las Salas de lo Contencioso-Administrativo-. Corrige, interpreta y termina integrando una norma de rango jerárquico superior, de naturaleza –sustantiva- diferente a la norma procesal en la que opera.

- d) **Es discutible que la legislación ordinaria en materia de salud pública, ampare restricciones de derechos fundamentales a gran escala. Parece que el artículo 3 de la L.O. 3/1986, está pensando en grupos identificados e identificables, en definitiva, no ampara cuarentenas o confinamientos o encierros de poblaciones enteras a partir de cálculos estadísticos de contagio**, pese a que su inciso final “...*así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”, puede indicar una puerta abierta hacia tal posibilidad, en interpretación en modo alguno carente de fundamento.
- e) **Por ello, con el fin de disipar dudas e interpretaciones contradictorias, hubiera sido –es aún y más todavía- deseable y oportuno**, el empleo de la más conveniente vía de reforma de la legislación sustantiva, para la clarificación de conceptos y supuestos de intervención limitativa.
- f) Con este panorama, **podría pensarse, con menor o mayor fundamento, que estamos ante la conversión del artículo 8.6 de la LJCA en un sucedáneo de estado de alarma**, donde se somete a convalidación judicial una medida netamente política, como es la limitación de derechos fundamentales a gran escala, a grupos indiscriminados o indiferenciados de ciudadanos. La tutela y garantía judicial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede permitir judicializar una decisión netamente política, como lo es, a mayor escala, la declaración de estado de



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

alarma, y todo ello mediante un procedimiento sumarísimo, donde sólo está asegurada la intervención, eso sí, del Ministerio Fiscal.

- g) **Introduce y mantiene indiscriminadamente los conceptos de autorización y ratificación, en disyuntiva, siendo oportuno advertir** que cuando se habla de ratificación, se está presuponiendo la eficacia de la medida adoptada, sujeta a la misma, desde el primer momento de su adopción. **Autorización y ratificación son conceptos intrínsecamente diferentes.** Refuerza la conclusión ya alcanzada antes, en el sentido de que se está operando una reforma sustantiva de Ley Orgánica, mediante Ley ordinaria de carácter procesal, y, en definitiva, se da carta de naturaleza a la eficacia y operatividad de limitaciones administrativas de derechos a gran escala en régimen normativo ordinario, cosa que hasta el momento no estaba claro y que parece aclararse ahora por una vía legislativa mejorable.
- h) **No resuelve la tradicional problemática que ha planteado siempre el artículo 8.6 en cuanto al fuero**, pues no decide residenciar la competencia para resolver en el órgano jurisdiccional del lugar donde radica el órgano administrativo autor de la disposición general o del acto administrativo en cuestión, o el del lugar de la población -pues de poblaciones se habla en realidad-.
- i) **Tampoco resuelve la problemática de la competencia, y el alcance de la misma respecto de los Juzgados de Instrucción**, si bien sobre este particular, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 42.5 del Reglamento del CGPJ 1/2005, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Debe subrayarse que dicho precepto fija la intervención del Juzgado de Guardia en supuestos de carácter y naturaleza excepcional, de suerte que la Administración debe tenerlo en cuenta. Así, en dicho precepto se dispone que el Juez de guardia conocerá de “*actuaciones urgentes*” propias de los Juzgados de lo



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

contencioso-administrativo, previstas en el artículo 8.6 párrafo segundo de la LJCA, *“siempre y cuando las mismas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia del órgano a que estuvieren encomendados tales cometidos.”*.

- j) No hay cauce de unificación de criterio a la hora de definir la competencia en caso de prórrogas de “confinamiento”, para decidir sobre su ratificación, de modo que, cuando el Juez de instancia, considera que la competencia, desde la reforma, es de la Sala, el asunto se ventila en ella; pero si el juez entiende que forma parte del expediente originario, y afirma su competencia, no hay cauce procesal para unificarla, ni la Sala puede abocar a la suya el asunto.

9. Esto último puede influir en la percepción de la existencia de dispares criterios de resolución en unos casos o en otros y, de manera particular, cabe concluir que es la propia actuación administrativa en cada caso concreto, en función de las variables de la crisis sanitaria en cada territorio, la que marca la diferencia en los diferentes resultados judiciales en el control y autorización de las medidas aplicables, en razón de los criterios de decisión que han de seguirse: necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas.

10. Por ello, debe decirse que, es deseable una reforma legislativa que, en primer lugar, se plantee –aun para descartarla- una regulación completa y sistemática de situaciones de emergencia y calamidad pública, sea por crisis sanitaria específicamente o por cualquier otra causa. O, cuando menos, deviene necesaria una reforma sustantiva del artículo 3 de la L.O. 3/1986, de 14 de abril, que clarifique la posibilidad de suspensión de libertades a gran escala y respecto de grupos indiscriminados en régimen ordinario, al margen de una declaración de excepcionalidad o alarma, dado que el artículo antedicho no es en modo alguno claro en su tenor, admitiendo interpretaciones contradictorias.



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

11. En cualquier caso, **una actuación administrativa ajustada a una diferente evolución de la crisis en territorios diferentes, aplicando una normativa sustentada sobre conceptos jurídicos indeterminados, y que por ello siempre va a ser “asimétrica” y dispar, es difícil, por no decir imposible, que genere respuestas judiciales uniformes**, atendiendo a que estas respuestas siempre van a ser ajustadas al caso concreto, y conforme a criterios de ponderación. Una normativa sustentada sobre conceptos jurídicos indeterminados y la imposición de medidas generales sobre grupos no identificados, que afectan a derechos fundamentales de los que son titulares ciudadanos concretos, impone todo ello un deber de ponderación que necesariamente desemboca en soluciones siempre casuísticas. **Se puede asegurar la unidad de criterio al resolver, pero no el resultado del proceso, y, seguramente**, más allá de reducir las fuentes de resolución –al residenciar en las Salas la decisión en cada caso-, **tampoco sea conveniente ofrecer soluciones normativas uniformes y absolutas. En la ponderación no puede hallarse uniformidad en el resultado, sólo en el método.**

F) A MODO DE CONCLUSIÓN.

Expuesto cuanto antecede hasta ahora en este estudio, cabe extraer una serie de ideas fuerza sobre el panorama regulatorio en esta materia y así:

1. El **panorama normativo en materia de crisis sanitaria es complejo**, por la profusión de normas, así como por la complejidad propio del sistema de distribución territorial de competencias en nuestro Estado.
2. Las Administraciones públicas pueden **actuar por diferentes vías:**



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

a) El Estado:

1. **Por vía de excepción, mediante declaración de estado de alarma (L.O. 4/1981, de 1 de junio).** Contempla ciertas limitaciones en el ejercicio de la libertad deambulatoria. Nunca privaciones de derechos, ni suspensión de ninguno de ellos.
2. **En régimen ordinario, que implica el ejercicio de:**

a) **Competencias de coordinación general de Sanidad y Salud Pública.** Cuenta con una doble vía:

1. Los artículos 52 y 54 de la Ley 33/2011, que puede permitirle imponer determinadas medidas de intervención de actividades económicas.
2. Competencias de coordinación: declaración de actuaciones coordinadas. Artículo 65 de la Ley 16/2003. Exigen Orden del Ministro previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Es un instrumento de coordinación del ejercicio de competencias que son propias de las Comunidades Autónomas. También en casos de urgencia puede imponer medidas directamente aplicables.

b) **Competencias en materia de Seguridad Pública.** Son competencias exclusivas. Tienen carácter auxiliar e instrumental en la aplicación de la normativa sobre salud pública.

1. Ley 17/2015, de 9 de julio, reguladora del Sistema Nacional de Protección Civil.
2. Ley Una de **carácter excepcional**, a través de la declaración de Estado de **Alarma** –o de excepción-, declaración que sólo corresponde al **Estado**; otras **en régimen ordinario**, implicando el ejercicio competencias compartidas en materia de salud pública



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES

entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como el ejercicio de competencias exclusivas del Estado en materia de seguridad pública.

3. **El Estado puede, al margen de declaración de estado excepcional (de alarma), adoptar medidas con dimensión nacional**, más allá de ejercer competencias de coordinación general por la vía del artículo 65 de la Ley 16/2003 de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, **y ejercer también sus competencias exclusivas en materia de seguridad pública, por vía de declaración de emergencia de interés nacional**. No obstante, la normativa de Seguridad Nacional, **no ampara suspensiones ni privaciones de derechos fundamentales y libertades públicas, fuera de estados excepcionales**. Menos aún lo ampara la normativa en materia de protección civil.
4. A lo largo de esta crisis sanitaria, la Administración ha actuado por las vías principales ya mencionadas, no todas fiscalizables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni, las que lo son, por el mismo cauce. **Resulta muy dudoso y preocupante que por la vía de recomendaciones o protocolos de actuación puedan imponerse al ciudadano sanciones administrativas o ser compelido de cualquier forma a su cumplimiento**.
5. Cuando la Administración impone medidas que afectan, restringiendo, derechos fundamentales, se dispone de un control específico, por vía del artículo 8.6 párrafo segundo de la LJCA, que ha sido objeto de **reciente reforma por la Disposición Final Segunda 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.
6. Dicha **reforma merece un juicio negativo**, dado que **no regula debidamente el procedimiento, y entra, pese a ser una reforma procesal, en territorio de derecho sustantivo, modificando el**



**ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA
GABINETE DE ESTUDIOS E INFORMES**

artículo 3 de la L.O. 3/1986, convirtiendo el artículo 8.6 apartado segundo de la LJCA, **en un sucedáneo de estado de alarma** y judicializando así una decisión -de privación de derechos fundamentales- que es netamente política.

7. **Por todo ello, es deseable, y comienza a ser necesario, la regulación de un cuerpo normativo coordinado en materia de emergencias sanitarias públicas**, que actualice la normativa sustantiva en materia de Salud Pública y, a la par, armonice dicho ámbito normativo y el de seguridad pública y protección civil.
8. Tal vez no sea precisa una actualización de la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, por cuanto que la Ley reguladora del Sistema Nacional de protección Civil y la Ley de Seguridad Nacional, funcionan como normativa instrumental y de apoyo.
9. **En todo caso, es obligada una reforma sustantiva de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas de Salud Pública, en su artículo 3**, que clarifique la posibilidad de adoptar, en régimen ordinario, medidas de intervención que afecten a derechos fundamentales de grupos de población indiferenciados.
10. **La aparente disparidad en las soluciones judiciales ofrecidas a lo largo de esta crisis sanitaria, obedece a diferentes causas**, relacionadas la mayor parte de las veces con la propia actuación de las Administraciones Públicas, la diferente evolución de la crisis sanitaria en los diferentes territorios, y una normativa que se sustenta en conceptos jurídicos indeterminados. **La afección de derechos fundamentales impone un ejercicio de ponderación, en la que no es posible uniformidad en el resultado, sólo en el método.**