

14. ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como apreciación de carácter general hay que señalar que en el conjunto del Ministerio Fiscal probablemente sea la actividad de los/as fiscales encargados del despacho de los asuntos correspondientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo los que hayan afrontado el mayor impacto en términos de alteración de sus tareas ordinarias.

Esta observación no se refiere necesariamente a cuestiones de naturaleza organizativa o material, a los medios disponibles para hacer frente a las restricciones de la actividad presencial que ha comportado la prevención del contagio, o a las incidencias surgidas en los procedimientos de trabajo. De hecho, no faltan opiniones entre los Fiscales Superiores y Fiscales Jefes que, haciendo de la necesidad virtud, valoran positivamente el impulso experimentado en la dotación de medios tecnológicos y el esfuerzo que ha permitido instaurar fórmulas de teletrabajo y de realización de actos procesales sin presencia física (Asturias, Aragón, Cantabria), aunque otros (Andalucía, Canarias) ponen de manifiesto la insuficiencia de esa clase de recursos, solo superada –como dice la Fiscal Superior de Andalucía– «por la magnífica disposición de los fiscales y funcionarios».

En realidad, el aspecto singular de incidencia de la pandemia sobre el orden contencioso-administrativo, y muy especialmente sobre la acción de la Fiscalía en ese terreno, obedece a la propia naturaleza y dimensión jurídica de casi todo lo acontecido a partir de la aparición de los primeros contagios en febrero de 2020. El Fiscal Superior de Castilla y León hace un diagnóstico exacto en su Memoria cuando dice: «No creo que pueda estimarse exagerado afirmar que de entre las distintas jurisdicciones ha sido en la contenciosa en la que mayor incidencia ha tenido la crisis del coronavirus, tanto por la afectación de derechos fundamentales como por el número de destinatarios de las distintas medidas que se adoptaron, en realidad todos los españoles. Se trataba, además de una situación jurídica nueva, con instrumentos legales no siempre suficientes y que se iban cambiando y adaptando a las distintas necesidades que iban surgiendo de modo improvisado, precipitado y muy diverso según los distintos territorios». Otras muchas Fiscalías (País Vasco, Baleares, Cataluña, Comunidad Valenciana, Asturias, Madrid) destacan el notable incremento de trabajo y exigencia de dedicación derivados de la litigiosidad relacionada con la pandemia, y sobre todo con la autorización judicial de medidas sanitarias afectantes a derechos fundamentales, tanto en los casos de medidas adoptadas respecto de supuestos individuales como –según

veremos— de las que han tenido por objeto a grupos indeterminados de personas o incluso a los habitantes de todo un territorio. La Fiscal Superior de Cantabria destaca en ese contexto, con justicia, que «la visibilidad que el Ministerio Fiscal ha obtenido durante la pandemia en dos especialidades en las que pocas veces se reconoce externamente nuestra función, y, que en estas circunstancias los ciudadanos y ciudadanas la han percibido y, creo que valorado, y es tanto la función tutiva en relación con las personas mayores y/o con discapacidad, como el control de legalidad en las ratificaciones de medidas sanitarias, velando por el respeto de los derechos fundamentales».

Efectivamente, las dos principales coordenadas en las que se ha desenvuelto toda la actuación del Ministerio Fiscal en ese orden jurisdiccional han sido la afectación de derechos fundamentales por la adopción de medidas de restricción y limitación inéditas en muchos casos, que de manera sistemática ha determinado la legitimación forzosa del Ministerio Fiscal para el cumplimiento de su misión constitucional de defender los derechos de los/as ciudadanos/as, y la permanente sucesión, al hilo de la adopción de esas medidas con las que las autoridades pretendían atajar una situación sanitaria sin precedentes en la historia reciente de nuestro país, de problemas jurídicos novedosos a los que había, además, que dar respuesta prácticamente inmediata. Quizá por ello el reflejo más fiel de lo verdaderamente acontecido a lo largo de este tiempo pueda obtenerse, precisamente, mediante una exposición cronológica de esa vertiginosa sucesión de situaciones, sin dejar de advertir que, como se verá, cada etapa ha ido arrojando nuevas incógnitas, pero en general no ha supuesto la resolución de las que se habían planteado en la etapa anterior. Por ello, el balance, que ya se puede anticipar aquí, queda sustanciado en un alto grado de incertidumbre jurídica —problemas de constitucionalidad de las medidas, de adecuación de los procedimientos, de idoneidad de las normas, de definición y alcance de los derechos, de ajuste de los procedimientos, de legitimación de los sujetos implicados, etc.— que seguramente no alcanzará a despejarse hasta pasado un tiempo que previsiblemente no será corto.

Junto a esas dos coordenadas —afectación generalizada de derechos y abrumadora precipitación de controversias jurídicas sin precedente—, la convulsión generada por la pandemia de COVID-19 en la especialidad contencioso-administrativa ha presentado una tercera característica: ha afectado a todo su espectro orgánico, desde la Fiscalía del Tribunal Supremo hasta las Fiscalías Provinciales, pasando por las de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, y no como consecuencia —aunque también en ocasiones— del funcionamiento conven-

cional del régimen de recursos devolutivos ordinarios o extraordinarios, sino principalmente por aplicación de las normas competenciales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), incluida una importante modificación legal a mitad del camino, por Ley 3/2020, a la que se hará referencia más adelante.

El dato que se acaba de aportar ha supuesto, sobre todo, un especial esfuerzo de coordinación a través de la red de fiscales especialistas del orden contencioso-administrativo, que, con celo suplementario, añadido al que les exigía la gestión directa del aumento y la notable dificultad de su actuación sobre el terreno, han conseguido suplir en general las carencias e insuficiencias, estructurales, materiales y personales, del Fiscal de Sala delegado para la materia. Esta actividad de coordinación se concretó no obstante, además de en un contacto directo y continuo con las y los fiscales en los diferentes niveles de intervención, en la difusión, como recuerda también en su Memoria la Fiscalía de Cantabria, de un total de cinco comunicaciones –a la que se sumaría otra, ya en 2021, suscrita conjuntamente con el Fiscal de Sala de Civil y la nueva Fiscal de Sala para la protección de los derechos de las personas con discapacidad y mayores– a través de las cuales se trataba, como se verá, de recopilar información lo más completa y actual posible sobre la actuación de los órganos judiciales, y, sobre todo, procurar, a partir de esa información, generar algunos puntos elementales de referencia para asegurar una mínima unidad de criterio, esencial para hacer frente al carácter inédito de muchas de las cuestiones que, como se ha dicho, iban surgiendo casi a diario.

Siguiendo por tanto, conforme a lo indicado, el tracto de los acontecimientos, se puede señalar que las primeras intervenciones de los/as fiscales especialistas en contencioso se produjeron prácticamente desde el momento inicial del estallido de la pandemia, cuando ya a partir del mes de febrero las administraciones –principalmente las autonómicas, competentes en materia sanitaria– comenzaron a adoptar medidas de *cuarentena* en situaciones controladas de *foco de contagio*. El Fiscal de Canarias rememora «la detección en el Hotel H10 Costa Adeje Palace, sito en la localidad de Adeje (Santa Cruz de Tenerife), de personas portadoras del coronavirus transmisor de la enfermedad COVID-19» apuntando que «en lo que conocemos fue el primer asunto del que conoció la jurisdicción contencioso-administrativa en el país». En efecto, la existencia algún precedente raro y disperso dio la pista para la aplicación del artículo 8.6 LJCA, que desde su reforma en el año 2000 por la LEC atribuía al Juez de lo Contencioso-Administrativo la competencia para *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. Aquellas primeras resoluciones ya invocaban, por otra parte, como derecho sustantivo aplicable, entre otras disposiciones, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, *de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública* (LOMESP), que contempla diversos escenarios de adopción de medidas en situaciones de riesgo para la salud de la población, y que concretamente en artículo 3 prevé que *con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.*

En aquel escenario inicial se produjo la primera comunicación del Fiscal de Sala Delegado, a comienzos de marzo, recabando precisamente la dación de cuenta de aquellas incidencias relevantes que se fueran produciendo en esos procedimientos de autorización judicial. Pero surgió, sin embargo, una cuestión específica merecedora de especial atención: la posibilidad de que sobrevinieran conflictos en relación con el alta de pacientes de COVID que (comprensiblemente temerosos en un contexto de absoluta incertidumbre) se resistieran a abandonar el hospital, frente al criterio médico que, además, podía basarse en la necesidad de disponer de ese recurso hospitalario para atender a otro enfermo. Esta última era justamente, como razona la Memoria de la Fiscalía Provincial de Madrid, la razón fundamental por la que esa discrepancia entre médico y enfermo cobraba una dimensión de *salud pública*, y por tanto permitía concretar la imprecisa referencia a la decisión del *juez* –sin decir *qué juez*– que realiza la Ley de Autonomía del Paciente, en el entendimiento de que debía ser el Juez de lo Contencioso-Administrativo, en el marco del citado artículo 8.6 LCJA, quien autorizase o no esas decisiones clínicas. Esta tesis se difundió a las/os fiscales mediante una nueva comunicación del Fiscal de Sala Delegado, de 18 de marzo, y rápidamente se generalizó en el criterio de las administraciones y de los jueces de lo contencioso-administrativo.

Tampoco ofreció mayores sobresaltos (sin perjuicio de lo que se dirá más adelante acerca del concreto problema planteado por el tratamiento de determinados migrantes llegados irregularmente a las costas españolas) la aplicación de ese mismo cauce procesal para autorizar decisiones sobre la eventual hospitalización forzosa, de la que por ejemplo da cuenta la Fiscalía de Madrid.

Aunque algunas medidas coercitivas impuestas por razones de salud pública generaron alguna puntual controversia (por ejemplo la Fiscalía de Cádiz se refiere a la negativa de determinados progenitores a realizar la prueba PCR a sus hijos/as menores, que eran contacto estrecho de enfermos diagnosticados), en realidad la situación jurídica comenzó a complicarse cuando la rápida expansión del virus puso de manifiesto el patente desbordamiento de esas medidas de control individualizado, y algunas autoridades comenzaron a adoptar decisiones meramente preventivas, es decir, basadas en datos estadísticos de incremento del número de afectados por la enfermedad, y no en el dato de que los destinatarios de la medida fueran *enfermos* o sus contactos directos. Recuerda por ejemplo el Fiscal de Barcelona que, al acordar el 12 de marzo el *cierre perimetral* de una serie de municipios, la urgencia llevó a la autoridad autonómica a *olvidar* que una restricción a la movilidad como esa exigía ineludiblemente la autorización judicial y que «incluso cuando quince días después trataron de que el juez autorizara la prórroga de dichas medidas (...), incluyeron el confinamiento domiciliario para los habitantes de dichas poblaciones».

Pero, además, el hecho de que tales medidas incidieran sobre los derechos fundamentales de grupos de población o incluso de todas las personas residentes en un determinado territorio, con independencia de que se tratara de personas enfermas o sanas, en contacto con enfermos o sin él, comenzó a suscitar dudas en relación con el sustento legal de tales decisiones desde el punto de vista sustantivo, dado que, tratándose de decisiones restrictivas de derechos fundamentales, entra en juego obviamente la *reserva de ley* del artículo 53 CE, e incluso –según el alcance y función de la norma– la de *ley orgánica* que contempla el artículo 81. Sin embargo, el desarrollo de esa polémica resultó *suspendido* por la declaración del estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que no solo daba cobertura explícita a este tipo de actuaciones, sino que además *ratificó* en su disposición final primera todas las decisiones previas autorizadas judicialmente que habían adoptado las autoridades autonómicas, y, lo que es más determinante, generó el efecto de homologación *ex nunc* de las que estaban pendientes de autorización.

La entrada en vigor del estado de alarma, y los términos en que lo regulaba el Real Decreto, fue sin embargo fuente de nuevas polémicas, principalmente centradas en su ámbito objetivo de aplicación, puesto que había opiniones discrepantes respecto del encaje legal –en la L. O. 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, interpretada de acuerdo con el art. 55 CE– del *confinamiento domiciliario*, por la intensidad de sus efectos sobre la libertad de circulación, pero sobre

todo por la afectación colateral de otros derechos fundamentales, como el de reunión y manifestación o la libertad de culto. Al margen de la controversia jurídico-política (no exenta de un notable trasfondo ideológico), la cuestión afectó directamente, en este caso, a la Fiscalía del Tribunal Supremo, que hubo de hacer frente a un significativo número de dictámenes sobre la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de los recursos contra el citado Real Decreto que interpusieron principalmente algunos particulares (y, en su caso, la correspondiente denegación de las medidas cautelares de suspensión que pretendían), tal y como ya había establecido la STC 83/2016, de 28 de abril, al dejar claro, con ocasión del estado de alarma declarado en 2010 por razón de una huelga de controladores aéreos, que los decretos de declaración y prórroga de los estados excepcionales contemplados en la LO 4/81, y en particular el estado de alarma tienen, en atención a su contenido y efectos, *rango o valor de ley*; lo que no evitó sin embargo la insistente contumacia de algunos de esos recurrentes en relación con las sucesivas prórrogas, o con los estados de alarma que, como se verá, fueron proclamados más adelante. Como es obvio, la Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvió sistemáticamente en línea con la doctrina del TC, declarando su falta de jurisdicción para conocer de todos estos recursos. Sí se consideró competente, por el contrario, para enjuiciar las impugnaciones que iban dirigidas contra resoluciones dictadas por los ministros a los que el art. 4 del RD 463/2020 delegaba la gestión del estado de alarma, por entender, conforme a la doctrina tradicional de la Sala, que la competencia judicial había de establecerse no con arreglo a la autoridad delegada de la que emanaba el acto recurrido, sino en atención al órgano administrativo *delegante*, que en este caso era el Gobierno de la Nación, cuyas decisiones corresponde juzgar (art. 12.1.a LJCA) al Tribunal Supremo.

En ese ámbito fueron diversas las resoluciones impugnadas, tanto de las que desarrollaban los preceptos del Decreto de alarma como las que después regularon el denominado proceso de *desescalada*, con objetos variopintos como la aplicación de medidas de higiene (uso de mascarillas), la habilitación de autorizaciones para la desinfección desde aviones, las concreciones reglamentarias en materia restricciones de la movilidad, las limitaciones de la concurrencia a actos de culto o velatorios, la prohibición de práctica de determinadas actividades deportivas, etc. Todas ellas fueron, en general, desestimadas por el Tribunal Supremo, atendiendo a la preponderancia del objetivo de preservación de la salud pública en la ponderación del efecto causado sobre los derechos de los recurrentes.

Otra cuestión de gran interés enmarcada en la vigencia de ese primer estado de alarma de la pandemia fue la relativa al ejercicio del derecho de reunión, que dio lugar al único pronunciamiento motivado que ha efectuado hasta el momento el Tribunal Constitucional en un asunto relacionado con el estado de alarma. Concretamente se trató de la inadmisión, por Auto 40/2020, de 30 de abril, de un recurso de amparo interpuesto por los convocantes de una manifestación en Vigo, cuyo valor más significativo fue la declaración que contiene acerca de la consideración de la salud pública a los efectos del *orden público* caracterizado en el artículo 21.2 CE como factor de limitación del ejercicio de ese derecho fundamental. De ella surgió una nueva comunicación del Fiscal de Sala Delegado a las/os fiscales especialistas (20 de mayo de 2020), obteniendo dos consecuencias: que la mera existencia del estado de alarma no servía de justificación *abstracta* de la prohibición de una reunión o manifestación, y que la competencia y procedimiento para resolver los conflictos entre convocantes y autoridades debían seguir siendo, bajo el estado de alarma, los que con carácter ordinario resultan de la LJCA, sin perjuicio de la especial valoración de la protección de la salud pública al ponderar los límites del ejercicio del derecho. En muchos de estos casos, por otra parte, la Fiscalía defendió que existía un matiz diferenciador entre la restricción de las reuniones particulares en el ámbito social y familiar y el ejercicio del derecho de *reunión pacífica y sin armas* que se proyecta en el ámbito constitucional *público*, en estrecha vinculación con los derechos fundamentales a la libertad de expresión –art. 20.1 CE– y a la participación en los asuntos públicos –art. 23 CE–, distinción que algunas resoluciones judiciales vincularon a la diferente intensidad de la *suspensión* frente a la mera *limitación* del derecho fundamental afectado (p. ej. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 21 de mayo de 2020). Este mismo criterio se estudia también detalladamente en la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad de Madrid.

De esa etapa sí hay que destacar, no obstante, un procedimiento de especial relevancia que también se tramitó, con intervención del Fiscal, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que fue el iniciado a instancia de la Confederación Española de Sindicatos Médicos, que no tenía por objeto las medidas del estado de alarma, sino a la supuesta inactividad del Gobierno en la gestión y dotación en el ámbito sanitario de medios de protección (EPI) y otros recursos materiales y humanos en la gestión –inicial, sobre todo– de la pandemia. La Sala acordó una medida cautelar que obligaba a las autoridades sanitarias a acreditar quincenalmente los detalles de la aportación y gestión de dichos medios, y finalmente

dictaría sentencia el 8 de octubre, en la que, tras asumir la tesis de la Fiscalía de que la acción de *inactividad* estaba mal trabada, sin perjuicio de pudiera valorarse la eventual lesión de derechos fundamentales, declaró en efecto la existencia de *un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce [a los demandantes] el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución*, pero desestimó la imputación de esa lesión a las autoridades sanitarias del Gobierno, por considerar *que la incapacidad se ha de predicar del Sistema Nacional de Salud en su conjunto y no solo de la Administración General del Estado o del Ministerio de Sanidad*. La Memoria de la Fiscalía del País Vasco, por su parte, da cuenta de que *se han presentado 17 escritos de Alegaciones en demandas de Protección Jurisdiccional de derechos fundamentales en relación en su mayoría con el derecho a la vida e integridad física de diversos profesionales, como sanitarios y policías en relación con la pandemia derivada de COVID-19*, pero no del resultado de esos procedimientos, por lo que cabe deducir que no deben de haber concluido.

La terminación en el mes de junio de la quinta última prórroga del estado de alarma, que había sido acordada por RD 555/2020, de 5 de junio (las anteriores tuvieron lugar por RRDD 487/2020, de 10 de abril; 492/2020, de 24 de abril; 514/2020, de 8 de mayo; y 537/2020, de 22 de mayo), dio paso a un nuevo escenario en el que, como se anunció más arriba, resurgieron los problemas de interpretación del marco jurídico aplicable a las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.

Uno de los primeros conflictos se planteó en Lleida, donde el Fiscal se opuso a la medida *general* de confinamiento domiciliario, por lo que la administración catalana transformó la prohibición en *recomendación*, obteniendo finalmente la autorización judicial que, sin embargo, incluyó otra medida que también sería reiteradamente cuestionada: la restricción del derecho de reunión en lugares públicos e incluso privados. En cualquier caso, lo cierto es que, pese a las objeciones de la Fiscalía en algunos supuestos, las distintas decisiones adoptadas por los gobiernos de las Comunidades Autónomas fueron en general autorizadas por los jueces de lo contencioso-administrativo, o de los jueces de guardia que los sustituían en días y hora no hábiles, con arreglo al artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en relación con el artículo 90 de la LOPJ (punto este que señala la Fiscalía de Cantabria calificando de *desvío* de la competencia el hecho de que no siempre las administraciones justifiquen de verdad lo *inaplazable* de la intervención judicial), extendiendo con frecuencia sus valoraciones y reso-

luciones a la autorización de medidas, como apunta la Fiscalía de Navarra, mencionando la prohibición de fumar en las terrazas, que en poco o nada afectaban a derechos fundamentales (horarios de apertura de locales, aforos máximos de asistencia a espectáculos, limitación de comensales en los locales de hostelería...), pero centrando a su vez el razonamiento judicial, en muchos casos, fundamentalmente en aspectos fácticos, relativos a la *necesidad y urgencia* de las medidas en cuestión para la contención de la pandemia, pero omitiendo, eludiendo o incluso descartando la cuestión capital del juicio de legalidad –la cobertura normativa– de las medidas adoptadas. Un ejemplo puede hallarse en Auto de 31 de julio de 2020 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lleida, en funciones de guardia, que despachaba las dudas de legalidad formuladas por el Fiscal con el siguiente argumento: *pese al tiempo transcurrido desde el inicio de la pandemia, el legislador tampoco se ha mostrado raudo en adaptar el marco legal a la situación generada, toda vez que la autoridad competente, pudiendo, no ha arbitrado los medios necesarios para habilitar estas privaciones de derechos en el ámbito individual, resultando a todas luces carente de proporcionalidad que esa inacción provoque un menoscabo del derecho a la vida y protección de la salud por motivos discutiblemente formales en la situación epidemiológica en la que nos hallamos.*

El clima primaveral-veraniego aportó además una nueva cuestión, concretamente ubicada en la Comunidad Valenciana, y especialmente en Alicante, donde comenzaron a llegar pateras cuyos ocupantes eran sometidos a una prueba de diagnóstico de COVID-19, decidiendo la autoridad sanitaria, en caso de resultado positivo, que tanto la persona afectada como todas las demás que viajaban con ella en la misma embarcación fueran hospitalizadas forzosamente. Sometidas estas decisiones a autorización judicial, los jueces las autorizaban sin oír a los afectados, o limitándose a lo sumo a indicar en el auto que la propia administración debía oírlos en un plazo determinado, así como informarles de su derecho a recurrir la resolución adoptada, y además lo hacían de forma no individualizada, es decir, mediante resoluciones *colectivas* que incluían a todos los miembros de un grupo, menores incluidos, en una misma decisión. El Fiscal de Alicante, considerando que ese modo de proceder –habida cuenta, sobre todo, de la condición especialmente vulnerable de los afectados– podía entrar en colisión, entre otras normas, con el art. 5 CEDH, previa consulta con el Fiscal de Sala recurrió en apelación esas resoluciones, chocando sin embargo con el criterio confirmatorio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, que además, al resolver los

recursos de apelación por auto, y no por sentencia como se desprende del art. 80.3 LJCA (ATS de 24 de marzo de 2021, queja 570/2020), bloqueaba artificiosamente el acceso a la casación, por lo que la Fiscalía mencionada resolvió dirigirse a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, con el fin de plantear la posible interposición de un recurso de amparo.

La proliferación de resoluciones judiciales dispares a que se ha hecho mención desembocó, a las puertas del otoño, cuando se hacía sentir con toda su fuerza la *segunda ola* de contagios consecuencia de la *desescalada* veraniega, mediante una modificación legal a la que ya se ha hecho referencia, operada por Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, cuya disposición final segunda alteraba, mediante una reforma puntual de la LJCA, el régimen competencial de autorización/ratificación judicial de medidas sanitarias, distinguiendo los supuestos de medidas con destinatarios individuales, que permanecen el ámbito de los Juzgados de lo Contencioso, de los supuestos de medidas *generales*, es decir, que «*impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*», que pasaron a corresponder a la Sala de la Audiencia Nacional (art. 11.1.i) o a los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10.8) en función de que la autoridad de la que provenga la medida sea de ámbito estatal o territorialmente inferior, respectivamente. Todo parece apuntar que con ello se pretendía generar una mayor unidad de criterio en relación con las medidas genéricamente aplicables a grupos de población indeterminados o incluso al conjunto de los/as ciudadanos/as de un determinado territorio, paliando así el efecto *centrífugo* de la doble dispersión que venían produciendo la disparidad de decisiones administrativas y la diversidad de criterios judiciales aplicados en su autorización.

La perspectiva del tiempo y el conocimiento de los acontecimientos posteriores permiten concluir, sin embargo, que la reforma generó más bien el efecto contrario, incrementando la sensación de inseguridad jurídica, al ponerse de manifiesto no solo que los Tribunales Superiores de Justicia comenzaron inmediatamente a emitir pronunciamientos contradictorios, sino que además buena parte de esa contradicción surgía de la puesta en cuestión de la legalidad de las medidas o incluso la constitucionalidad de las leyes aplicables, incluida la propia reforma legal mencionada, a partir de la ya constatación de que las disposiciones que rigen esta materia –en particular la LOMESP– no cumplen los requisitos materiales de *previsibilidad* y *certeza* que tanto la jurisprudencia constitucional como la del TEDH

imponen en materia de restricción o limitación de derechos fundamentales. A este debate, que, como se ha dicho, en buena medida cuestionaba la propia reforma procesal, en cuanto esta parecía hacer presupuesto de la cuestión desde el momento en que lo que se discutía precisamente era si las normas sustantivas vigentes autorizan la adopción de medidas *no individualizadas* (más allá de los enfermos y sus contactos que cita el art. 3 LOMESP), se añadió otra objeción doctrinal, referida al papel de la autorización judicial en estos supuestos en los que no se dilucida la concreta colisión de derechos o intereses entre la Administración y un particular que se resiste a obedecer o ejecutar sus decisiones invocando un derecho fundamental, sino que meramente se somete a *homologación judicial previa* un acto administrativo –si no una auténtica disposición general– cuya cobertura legal parece pretender sustituirse por esa intervención impropia y ajena al contenido ordinario de la potestad jurisdiccional, que carecería de sentido en un sistema legal regido por el principio de autotutela administrativa, y en el que la *reserva de ley* debería proyectarse sobre la propia actuación de las administraciones, habilitando o no directamente su facultad de afectar a los derechos de los ciudadanos. Esa es más o menos la argumentación que acabaría recogiendo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón al plantear, mediante Auto de 3 de diciembre, una cuestión de inconstitucionalidad del reformado art. 10.8 LJCA, que, admitida a trámite, a la fecha de redacción de estas páginas se halla pendiente de resolución. La Fiscalía del País Vasco incorpora a su Memoria unas breves pero muy precisas consideraciones sobre otros aspectos de esa duda de constitucionalidad, que relaciona con el dato de que *no existe ninguna norma de carácter sustantivo que atribuya a los órganos judiciales competencia para la limitación del derecho fundamental de reunión, que compete por disposición legal a las autoridades administrativas, o el de libertad de deambulación, ni aún en situaciones de necesidad de adoptar medidas urgentes sanitarias de carácter general*, insistiendo en que *ni el art 21 CE ni el art 19 CE otorgan, como ocurre con otros derechos fundamentales (libertad o inviolabilidad de domicilio por ejemplo), a los jueces y tribunales la tutela o facultad de limitar tales derechos en los casos legalmente previstos*.

A modo de mínimo paréntesis cabe subrayar aquí que, sobre las implicaciones de la diferencia sustancial entre el régimen de las medidas *individuales* y las que de afectan de forma indeterminada a la población en su conjunto para garantizar la salud pública, realiza también unas interesantes reflexiones imposibles de reproducir aquí en toda su extensión la Memoria de la Fiscalía de Andalucía, que sobre

todo hay que destacar por su tratamiento de un problema *especialmente sensible*, como dice la propia Memoria, pero llamativamente preterido en todo el debate jurídico habido en torno a la pandemia: el del acompañamiento a final de la vida. También incluye, en otro orden de cosas, una referencia a cierta cuestión polémica suscitada también en otros territorios (País Vasco o Aragón, por ejemplo) como es la de la necesidad o no de que las medidas *adoptadas* –como dice el texto de la ley– hayan de estar por tanto ya publicadas y en vigor. Por razones que también es imposible recoger aquí, en realidad ese es un debate que posiblemente desenfoca la cuestión de fondo, que no es si la *medida* ha de estar o no en vigor, sino que el órgano ha de autorizar *o ratificar* –la diferencia evidencia tal vez la irrelevancia del debate– *la adopción de la medida*, no la disposición o acto formal que la contiene.

A esas –aquellas– alturas, sin embargo, la desconcertante situación generada entre los gobiernos de las distintas comunidades autónomas ya había precipitado un nuevo *giro de guion* en la gestión jurídica de la pandemia, mediante la declaración de un nuevo estado de alarma por RD 926/2020, de 25 de octubre, tres días después de que los TSJ de Navarra y el País Vasco adoptaran en una misma fecha (el 22 de ese mes de octubre) decisiones diametralmente opuestas en situaciones perfectamente análogas, en relación con la medida de restricción de reuniones en ambos territorios limítrofes.

No obstante, ese sería el *tercer* estado de alarma de la pandemia, puesto que el segundo, acordado por RD 900/2020, de 9 de octubre, fue declarado exclusivamente para el territorio de la Comunidad de Madrid, a raíz de la controversia entre el gobierno de dicha comunidad autónoma y el Ministerio de Sanidad sobre el valor vinculante de la orden comunicada que este último remitió a los ejecutivos regionales para coordinar las medidas sanitarias de contención del virus de cara al *punto de la Constitución*. El gobierno madrileño, que había discrepado de los acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud previsto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, recurrió la decisión del Ministro, pero al mismo tiempo solicitó autorización al TSJ de Madrid para las medidas, decidiendo dicho Órgano judicial rechazarlas en atención, precisamente, a que el fundamento que para su adopción invocaba la autoridad solicitante era la Orden del Ministro, carente de rango para determinar una restricción de derechos fundamentales. La Fiscalía impugnó el auto, arguyendo, entre otros razonamientos, que el principio *iura novit curia* exigía valorar la legalidad de las medidas en sí mismas, y no las motivaciones subjetivas o los

argumentos empleados por quien solicitaba su autorización, pero el recurso de reposición fue desestimado por la Sala, que al tiempo denegó la posibilidad de casación amparándose en el carácter taxativo de la enumeración de autos contra los que puede interponerse esa clase de recurso (art. 87 LJCA) y el Tribunal Supremo rechazó la queja formulada al efecto.

Volviendo al orden cronológico, el tercer estado de alarma proclamado, como se ha dicho, por RD de 25 de octubre de 2020, y vigente aun al tiempo de elaboración de esta Memoria, buscó explícitamente –así resulta de la exposición de motivos del citado Real Decreto y de la expresa exclusión (art. 2) de la necesidad de autorización/ratificación judicial de las medidas que contempla– poner fin a la situación de divergencia generada por las resoluciones de los Tribunales Superiores. De nuevo surgieron intentos de recurso ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuyos autores insistían otra vez en los argumentos ya reiteradamente desestimados por ella en relación con su jurisdicción y competencia para conocer de la impugnación contra una disposición con *fuerza o valor de ley*, o elaboraban otros nuevos evidentemente inhábiles para salvar ese escollo que, surgido de la doctrina del Tribunal Constitucional, como es obvio no podía ser eludido o cuestionado en sede contencioso-administrativa ordinaria.

Este nuevo Real Decreto de estado de alarma, parcialmente modificado por el RD 956/2020 que articula su prórroga hasta el 9 de mayo de 2021, generó, no obstante, nuevos debates jurídicos, a alguno de los cuales no pudo permanecer ajeno el Ministerio Fiscal. Así, la delegación de las funciones de autoridad del estado de alarma que el artículo 2 establece a favor de los presidentes de las comunidades autónomas, la taxativa enumeración de las medidas que contempla (limitación horaria nocturna de la libre circulación o «toque de queda» –art. 5–, cierre perimetral de las comunidades y ciudades autónomas –art. 6–, restricción del número de personas concurrentes en lugares públicos y privados –artículo 7–, incluida una consideración respecto del ejercicio del derecho fundamental del art. 21 CE, y la limitación de aforo en lugares de culto –art. 8–), que como se ha dicho *no necesitan autorización judicial* y, en fin, la atribución a los referidos presidentes autonómicos de la facultad de *modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en los artículos 5, 6, 7 y 8, con el alcance y ámbito territorial que determine*, planteaban diversas incógnitas en torno, sobre todo, a la determinación del alcance y los límites de esas facultades delegadas, a la posibilidad (que la propia exposición de motivos del RD menciona) de que las medidas que los gobiernos autonómicos pueden adoptar *extramu-*

ros del estado de alarma incidan en un ámbito coincidente, incluso de forma más intensa, con el de las citadas normas de excepción, y a la competencia judicial para conocer de esas medidas acordadas o modificadas por los presidentes autonómicos, habida cuenta, como se ha apuntado, del carácter *delegado* de sus atribuciones a estos efectos.

Estas y algunas cuestiones más fueron abordadas en un nuevo documento difundido a los/las fiscales especialistas en contencioso-administrativo, de fecha 10 de noviembre de 2020, cuyas indicaciones se han ido viendo confirmadas, en sustancia, por posteriores decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En particular, y con referencia a los problemas que acaban de apuntarse, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal ha delimitado la competencia delegada de los presidentes autonómicos excluyendo de ella, al margen del problema de validez de los actos, las resoluciones adoptadas por órganos inferiores de su administración (ATS de 9 de marzo de 2021, rec. 86/2021), ha asumido su propia competencia –planteada en numerosas cuestiones tramitadas por la Sala– para conocer de los recursos contra los actos dictados en virtud de la delegación que ostentan los presidentes autonómicos (a pesar de que no es aplicable al caso el art. 9 de la Ley del Sector Público, que recoge la norma de imputación de los actos del delegado al delegante únicamente en el marco de la misma administración) acogiendo –p. ej. ATS de 3 de febrero de 2021, rec. 31/2020– la tesis del Ministerio Fiscal sobre la existencia de una identidad de razón esencial que justifica la aplicación de ese mismo principio, basada en la exigencia de la responsabilidad del Gobierno que forzosamente ha de seguir a la autoatribución excepcional de competencias que no le están atribuidas por la legislación ordinaria para acto seguido delegarlas a los titulares *ordinarios* de la competencia sobre sanidad, y ha suspendido, en fin (Auto de 15 de enero de 2021) una decisión del presidente de la Junta de Castilla y León que llevaba el horario del *toque de queda* más allá de los límites marcados en el RD 926/2020, lo que (a la espera no obstante de la resolución definitiva del proceso) parece abonar *cautelaramente* la idea –expuesta en el referido documento del Fiscal de Sala Delegado– de que, cuando afirma en su exposición de motivos que *en una situación epidemiológica como la actual, resulta imprescindible combinar las medidas previstas en la legislación sanitaria con otras del ámbito del Derecho de excepción*, el Gobierno-legislador está estableciendo una distinción de rango en función de la *intensidad* y naturaleza de la medida adoptada, de manera que –decía el documento de la Fiscalía– *«parece razonable interpretar que, respecto de los derechos fundamentales afectados por el estado de alarma, las limita-*

ciones establecidas por el RDEA constituyen un «techo» en orden a la extensión e intensidad de la restricción de tales derechos (...), puesto que en caso contrario resultaría difícil comprender en qué consiste la indispensabilidad, y por tanto aquellas medidas que, por su contenido, consecuencias o forma de ejecución puedan considerarse más gravosas para los derechos fundamentales afectados por el RDEA que las que se definen y delimitan en su texto, difícilmente podrán considerarse amparadas por la legislación sanitaria ordinaria a la que, «en lo no previsto en esta norma», remite su preámbulo.

Y ello por más que el propio Gobierno en algún caso haya adoptado decisiones de cuya adecuación a ese *techo* cabría dudar, como ha sucedido con las Órdenes del Ministerio de Sanidad por las que se acuerda (SND/133/2021, de 17 de febrero) y amplía o prorroga (SND/181/2021, de 2 de marzo, Orden SND/253/2021) la obligación de someterse a una cuarentena forzosa para todas las personas procedentes de determinados países que se consideran origen de mutaciones del virus especialmente dañinas, que fueron sometidas a autorización de la Sala de Audiencia Nacional, que las autorizó inicialmente por Auto de 19 de febrero de 2021, rec. 2/2021, pero que en sus resoluciones posteriores de convalidación de la ampliación y prórroga (Autos de 5 de marzo de 2021 y 23 de marzo de 2021) se ha dividido, incluyendo sendos votos particulares que califican la LOEMSP de *cláusula general habilitante (...) manifiestamente insuficiente para dar cobertura* a la medida acordada.

Como es natural, otra consecuencia del tratamiento *dual* de las medidas anti-COVID, en función de su encaje o no en el marco del estado de alarma, y de su proyección ya examinada sobre el régimen de competencia judicial, ha sido la tramitación de recursos interpuestos contra las resoluciones de los órganos de las comunidades autónomas no incluidas en el artículo 2 RD 926/2020, con la consiguiente intervención del Fiscal, de las que dan cuenta diversas Fiscalías en sus memorias (Comunidad Valenciana, Andalucía –Granada y Málaga–, etc.). Y, por supuesto, como también se deduce de lo ya dicho, ha proseguido la actividad de autorización judicial de aquellas medidas que, por no hallarse incluidas en los arts. 5 a 8 del Real Decreto, no están exentas de dicha autorización.

Finalmente, y al margen de la importante labor notoriamente llevada a cabo por el Ministerio Fiscal en relación con la gestión de la pandemia en las residencias de mayores, y de la delicada y matizada posición que en relación con medidas restrictivas del derecho de circulación e incluso de la libertad deambulatoria de los residentes han venido defendiendo las fiscalías (como acreditan las memorias

de Castilla-La Mancha, la de Cantabria o Andalucía, por ejemplo), hay que señalar una intervención reciente de esta especialidad, en coordinación con las de Civil y protección de las personas con discapacidad y mayores, al haber detectado que, iniciado el proceso de vacunación de los/las residentes en dichos centros, algún Juez de lo Contencioso-Administrativo había resuelto autorizar, invocando genéricas razones de salud pública y la especial vulnerabilidad de las/los afectadas/os, la vacunación forzosa de estas personas, sin que conste que no se hallaran en plenas condiciones de ejercitar su capacidad de decidir al respecto. El día 24 de febrero de 2021 se remitió una nota firmada por los tres Fiscales de Sala en la que se dejaba claro que *en tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas, globalmente considerados, o de quienes se integran en ellos, para justificar la administración forzosa de la vacuna contra la COVID-19, puesto que tales razones y circunstancias no han sido acogidas por el Legislador, en el marco del artículo 43.2 de la Constitución, para establecer excepciones de esa índole al carácter no obligatorio de la vacunación, y, por tanto, a la libertad de decisión individual para prestar o negar el consentimiento a tal fin*, sin perjuicio de que los conflictos relacionados con la posible falta de capacidad para afrontar ese tipo de decisiones se ventilen en la jurisdicción civil con arreglo a la Ley de Autonomía del Paciente o a la normativa civil aplicable en caso de necesidad de complementación o representación para la prestación del consentimiento.

Este es el apretado relato de algo más de un año de atropellada pero obligada e insoslayable improvisación jurídica, no incompatible sin embargo con una reflexión rigurosa y, como se dijo, basada sobre todo en la comunicación, la colaboración, el intercambio de información y el trabajo de la red de fiscales especialistas de lo contencioso-administrativo, que en su conjunto son los principales artífices de que, como dice el Fiscal de Castilla y León, *la respuesta de las fiscalías a los problemas jurídicos originados por la crisis sanitaria Covid-19 en el ámbito contencioso ha[ya] sido acorde con la urgencia y con las especiales necesidades derivadas de la gravedad de la situación*. Lo cual, en el tiempo vivido y con los instrumentos normativos disponibles, no era ni es poco.

De hecho, la pronta caducidad del estado de alarma declarado por RD 926/2020, sin una previsión de que los problemas de cobertura normativa –incluidas las dudas sobre el alcance y validez de las normas disponibles– que se habían manifestado antes de su entrada en

vigor hallen respuestas normativas concretas, puede volver a poner a prueba la capacidad del sistema, y del Fiscal, para intentar la cohesión indispensable en una materia tan sensible como es la de la restricción de los derechos fundamentales. La excepcional situación vivida con ocasión del dramático desarrollo de la pandemia no debería constituir un caldo de cultivo para el abandono o el descuido de un riguroso régimen de tutela y preservación de los derechos y las libertades que la Constitución garantiza, sino, bien al contrario, un aviso respecto de lo frágil que puede resultar en determinados momentos de conmoción social un sistema democrático avanzado, y de la consiguiente necesidad de cuidarlo con esmero. La misión constitucional del Ministerio Fiscal consiste precisamente en contribuir a esa tarea. Y es obvio que, en situaciones como las que se han descrito en estas páginas, el papel de la Fiscalía en la jurisdicción contencioso-administrativa no resulta ser ni tan secundario ni tan irrelevante como podría sugerir el estado de relegación histórica que en algunos momentos y en algunos lugares sufren las y los fiscales que trabajan en esta especialidad. De ahí que el resumen que aquí concluye deba entenderse elaborado en merecido homenaje a todas/os ellas/os.