

### 3. ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

#### 3.1 Actividad en el área especializada contencioso-administrativa

Corresponde al Fiscal de Sala delegado para la materia contencioso-administrativa la coordinación a nivel estatal de los criterios y actuaciones del Ministerio Fiscal en este orden con el objetivo principal de asegurar la unidad de actuación. Dicha función se ha concretado a lo largo del año 2021 en un contacto frecuente y cercano con los y las fiscales especialistas que desempeñan su labor en las distintas Fiscalías, cuyas consultas, daciones de cuentas e información son atendidas de la manera más ágil, rápida y eficaz posible procurando una comunicación directa y en ocasiones por medios informales, sin perjuicio del íntegro respeto al cauce jerárquico siempre que las pautas de actuación deban ser conocidas por los respectivos Fiscales Jefes o comporten decisiones que les competan.

El examen de las Memorias de las Fiscalías territoriales y de la Audiencia Nacional revela un exponencial incremento de la actividad del Ministerio Fiscal en el orden contencioso administrativo que va mucho más allá de la limitada legitimación taxativa que brinda el art. 19.1.f) LJCA para los casos en que la ley expresamente lo habilita. Muchas recogen que la realidad práctica en los órganos jurisdiccionales ha superado sobradamente las previsiones reduccionistas del legislador. Buena muestra de ello son los términos que se emplean desde Zaragoza, cuya Memoria, tras la queja sobre *la excesiva rigidez con la que la legislación vigente prevé la intervención del Ministerio Fiscal en el seno del cauce jurisdiccional de referencia*, que califica como *de todo punto restrictiva en demasía en cuanto a tal posibilidad*, refleja la cotidiana intervención del fiscal en asuntos de trascendencia social con afección de derechos fundamentales y el interés público, *aunque la normativa vigente no contemplase un trámite específico referente a la intervención del Ministerio Fiscal*. Luego se refieren los distintos tipos de materias y procedimientos en que la misma se ha materializado, para concluir señalando *que, si bien el legislador sigue siendo restrictivo en cuanto a la posibilidad de admitir con carácter general la posibilidad de que el Fiscal sea parte en todo tipo de procedimientos contencioso-administrativos, la propia naturaleza de su función y razón de ser, así como las atribuciones que le son conferidas por la norma de rango constitucional, han llevado a que, no solo un importante sector doctrinal, sino además, la propia labor diaria de los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo mediante el cauce de darle trámite para informe o alegaciones en*

*procedimientos en los que no ostentaba la condición de parte, se haya incorporado a los mismos, bien desde un punto de vista formal, bien como simple 'amicus curiae'; ocupando aquella posición procesal, de momento formalmente vedada.*

A nivel funcional, un año más, las Secciones especializadas refieren que la actividad contencioso-administrativa ha estado cuantitativamente focalizada en la emisión de alegaciones e informes en el proceso especial de protección de derechos fundamentales de los arts. 114 y ss. LJCA con necesidad de dar respuesta a casos de especial complejidad técnica o notablemente sensibles por los derechos o intereses en liza o el número de afectados. Al margen de los relativos a la incidencia de las medidas sanitarias por razón de la pandemia COVID-19 a los que se hará referencia más adelante y que versan ordinariamente sobre los derechos fundamentales a la igualdad (art. 14 CE) a la libre circulación (art. 19 CE), de reunión (art. 21 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la protección de datos (art. 18.4 CE), en términos generales, los derechos fundamentales que más frecuentemente constituyen el objeto de esta clase de procedimientos especiales son los derechos de acceso, ejercicio y mantenimiento en la función pública (art. 23 CE), a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), así como a la libertad sindical o de huelga (art. 28 CE), y, por supuesto, en los procedimientos especialísimos del art. 122 LJCA, los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE).

Adicionalmente, pese a la incomprensible inexistencia de una previsión legal que las determine, son muy numerosas y muestran una clara tendencia al alza, con aumentos porcentuales exponenciales, las intervenciones del Ministerio Fiscal en relación con la autorización judicial de entradas en domicilios particulares o de personas jurídicas a los que se refiere el art. 8.6 LJCA en razón de solicitudes provenientes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y otras Administraciones sobre todo de ámbito autonómico y local. Subraya la Memoria de Castilla-La Mancha como la solicitud abarca casos en que *se recaba la tutela judicial cuando se carece del consentimiento del inquilino u ocupante, bien porque no puede recabarse dicho consentimiento o bien porque requerido al efecto por parte de la administración para que entregue las llaves de la vivienda o que por escrito manifieste su consentimiento para la entrada en el domicilio para la ejecución del desahucio, no contesta o expresamente manifiesta su disconformidad*; o cuando se trata de *ejecución de actos administrativos en los que es necesario el acceso al inmueble para la realización de visitas de inspección en expedientes*

*municipales de declaración de ruina y no se cuenta con el consentimiento del titular; o este se encuentra en paradero desconocido, o en casos de ejecución de resoluciones administrativas sancionadoras que imponen la retirada de residuos.* En cualquier caso, en relación con dichas entradas –y registros, lógicamente habituales en las solicitudes de la AEAT<sup>1</sup>– persiste la problemática generada por la falta de previsión específica de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de autorización. Esto ha dado lugar a una práctica no uniforme de los órganos judiciales que, en unos casos dan traslado a la Fiscalía de la solicitud administrativa para que la informe, argumentando que por resultar directamente afectado del derecho fundamental del art. 18.2 CE tiene legitimación el Ministerio Fiscal de acuerdo con –directamente– el art. 124 CE, o por analogía con la que la LJCA le reconoce en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, en otras ocasiones se limitan a notificar el auto de autorización cuando ya ha sido concedida, y en otros casos ni siquiera ponen la existencia del procedimiento en conocimiento del Ministerio Público, por entender que, habida cuenta del silencio de la ley, carece de la condición de parte Así, por ejemplo, lo refiere la Fiscalía de Santa Cruz de Tenerife, cuya Memoria reseña que *En materia de autorizaciones de entradas administrativas en domicilio, en este año 2021 se ha consolidado en todos los juzgados el criterio de falta de legitimación del Ministerio Fiscal, asentado en el art. 19.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), lo que conlleva que no se le dé traslado para informe de ningún procedimiento de esta naturaleza.* Esta singular situación ha derivado en una dispersión de prácticas y usos en las distintas Fiscalías, con el consiguiente menoscabo del principio de unidad de actuación. La constatación de este hecho y de la voluntad de las/os Fiscales especialistas de aportar propuestas dirigidas a la aclaración y solución de las cuestiones que se suscitan, ha ido cobrando fuerza progresivamente en los últimos años, puesto que a la descrita indefinición del procedimiento y, en particular, a la incertidumbre acerca de la legitimación del Ministerio Fiscal, se ha añadido un incremento cuasi exponencial del número de solicitudes de este tipo de autorizaciones judiciales.

---

<sup>1</sup> Resulta altamente llamativo que la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, que ha abordado cierta clarificación procedimental, mediante la modificación de los arts. 8.6 *in fine* LJCA y 113 LGT, en los supuestos de autorización judicial de entradas y registros en domicilios y otros lugares constitucionalmente por razón de actuaciones o procedimientos de aplicación de los tributos, haya olvidado de nuevo al Ministerio Fiscal.

También continúa, como en años anteriores, la línea de emisión al alza de una ingente cantidad de dictámenes en incidentes sobre determinación competencia y jurisdicción que, conforme a los arts. 9.6 LOPJ, 5.2 y 7.2 LJCA (en concreción del art. 3.8 EOMF), se han de prestar en toda clase de procesos contencioso-administrativos. E igualmente ha aumentado la intervención de los/as fiscales especialistas tanto en los procedimientos de expropiación forzosa (*ex* art. 5 de la vigente Ley de 16 de diciembre de 1954), siguiendo las directrices expuestas en la Circular FGE núm. 6/2019, como en los procedimientos de concentración parcelaria (conforme al art. 208 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). De menor entidad cuantitativa son las intervenciones en el trámite del art. 35.2 LOTC en la fase judicial de las cuestiones de inconstitucionalidad y muy reducidamente en las cuestiones prejudiciales europeas planteadas en procedimientos en los que el Ministerio Fiscal es –o debiera ser– parte.

Toda esta actividad del Ministerio Fiscal a nivel estatal ha requerido de una intensa labor de seguimiento y coordinación desde la delegación contencioso-administrativa, pero sin duda, incluso con mayor repercusión que en el anterior periodo de 2020, tanto en lo que respecta a la actividad de los y las fiscales especialistas como en lo que atañe a la coordinación funcional, el ejercicio 2021 se ha mostrado fuertemente marcado por la incidencia de la pandemia COVID-19 y ello –como ya se observó en la memoria precedente– no sólo a nivel cualitativo por la abrumadora precipitación de controversias jurídicas sin precedentes a resolver con instrumentos legales no siempre suficientes y que han ido cambiando y adaptándose a las distintas necesidades que iban surgiendo de modo precipitado y muy diverso según los distintos territorios, sino también cuantitativo por el notable incremento del trabajo y exigencia de dedicación derivados de la litigiosidad relacionada con la pandemia y, más en concreto, con la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias afectantes a derechos fundamentales que han sido adoptadas tanto sobre destinatarios individuales como sobre grupos indeterminados de personas o incluso poblacionales de extensos territorios.

Así lo reflejan todas las Memorias, de la que es emblemática muestra la de la Fiscalía Superior de Baleares que recoge como la intervención del Ministerio Fiscal *se ha visto así incrementada en tres tipos de procedimientos en particular: 1.º Los procedimientos de autorización/ratificación de medidas sanitarias temporales y excepcionales que para la contención de la pandemia COVID-19 ha venido demandando la Abogacía de la Comunidad Autónoma al amparo del*

*artículo 10.8 de la Ley 29/98 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia respecto de destinatarios no identificados individualmente; [...] 2.º Los procedimientos de ratificación/autorización de medidas sanitarias respecto de personas concretas e individualizadas ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (procedimientos cuyo número viene aumentando en las islas y muchas provincias costeras del sur y el levante debido a la llegada de inmigrantes irregulares en embarcaciones procedentes del norte de África con resultado positivo en COVID-19, fenómeno que se viene extendiendo a lo largo de todo el año pues lo cierto es que no se constriñe ya únicamente como en épocas anteriores a los meses de verano); y [...] 3.º Los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales de la persona, procedimiento especial regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley 29/98 de 13 de julio, en el que es parte el Ministerio Fiscal, y cuyo número ha venido incrementándose a lo largo del año 2021, en particular en aquellos que son competencia del Tribunal Superior de Justicia. Esto último es debido a que las medidas sanitarias excepcionales que para la contención de la pandemia se vienen adoptando dan lugar primeramente al procedimiento para su autorización/ratificación por el Tribunal Superior de Justicia al amparo del artículo 10.8 de la Ley 29/98; pero ello no es óbice para que los ciudadanos particulares que sientan afectados sus derechos fundamentales con la aprobación de dichos Acuerdos, puedan después –a su vez– acudir, no sólo al procedimiento ordinario ante la jurisdicción contenciosa para impugnar la legalidad de los mismos, sino también al procedimiento especial mencionado de protección de derechos fundamentales al considerar vulnerado alguno de los derechos previstos en el artículo 53.2 de nuestra Constitución.*

Por consiguiente, también durante el ejercicio 2021 la problemática jurídica conflictual surgida de la gestión normativa y judicial de la pandemia por COVID-19 ha copado una significativa parte de la actividad de las Secciones y especialistas en materia contencioso-administrativa. El reto desde el ejercicio de la función delegada era hacer frente a las diferencias de posiciones y hasta contradicciones existentes en algunos casos en los informes fiscales emitidos en las distintas Fiscalías territoriales y, con tal objeto, han sido varias las iniciativas puestas en marcha para potenciar la coordinación y unificación de criterios en este ámbito de intervención.

Tras la publicación del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, *por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdicciones, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado*

*de alarma declarado por el Real Decreto 926/20, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el Sars-cov-2, se dictó la Instrucción 1/2021, de 5 de mayo, sobre criterios de actuación en los recursos contencioso-administrativos en relación con su entrada en vigor.*

El 24 de febrero de 2021 se expidió por el Fiscal de Sala delegado de lo Contencioso-administrativo, comunicación conjunta con el Fiscal delegado para el orden civil y la Fiscal de Sala para la protección de personas con discapacidad y mayores, relativa a la administración forzosa o no consentida de la vacuna contra la COVID-19.

El 29 de noviembre de 2021 se remitió comunicación a los Fiscales Superiores y Provinciales, así como al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, a los efectos de uniformizar aspectos a tratar en las oportunas alegaciones que hubieran de articularse en los procedimientos contencioso-administrativos de autorización judicial a tramitar en virtud de lo establecido en los arts. 8.6, 10.8, 11.i y 122 quater de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se indicó a quienes tuviesen a su cargo su despacho la necesidad de que, en relación con las solicitudes de medidas sanitarias formuladas procediesen a verificar un examen de legitimidad constitucional en el que se abordase, en apartados separados y de manera específica, los aspectos relativos a su cobertura y habilitación legal, la concurrencia de justificación teleológica, la existencia de motivación específica reforzada y el cumplimiento o no en el caso de los requisitos intrínsecos predicables del contenido de las medidas afectantes de derechos fundamentales que permiten asegurar la concurrencia de su proporcionalidad en sentido amplio. Se instaba a analizar (i) en primer lugar, que las medidas sanitarias propuestas se revelen adecuadas en cuanto aptas, útiles y eficaces, desde el plano subjetivo y objetivo y tanto en su dimensión cualitativa como cuantitativa, para el logro de la finalidad constitucional o interés legítimo de la protección a la salud pública e individual que las justifica teleológicamente (arts. 43 y 15 CE); (ii) en segundo término, que dichas prescripciones resulten necesarias en la medida en que aparecen como imprescindibles al no ser posible la implantación de otras alternativas o sustitutivas menos gravosas para los derechos individuales que permitan conseguir un semejante nivel de eficacia con una menor afección y/o lesividad para tales derechos; y (iii) en tercer término, que las medidas pretendidas, tras el oportuno juicio de ponderación o balanceo en el supuesto concreto entre los bienes e intereses en conflicto satisface las exigencias demandadas en la doctrina constitucional, una vez que quepa afirmarse que el sacrificio individual que comporta la específica injeren-

cia en los derechos fundamentales afectados, guarda una relación razonable con la relevancia y trascendencia del interés general público a salvaguardar sobradamente identificado *supra*. Asimismo, a los mismos efectos de uniformización y unidad de criterio, así como de seguimiento y verificación, se determinó que se participase el contenido de dichas alegaciones con carácter previo a su presentación en los respectivos procedimientos, de modo que no fueran presentados sin la oportuna y previa validación por parte del Fiscal de Sala delegado.

Pues bien, puede decirse que, si bien ello ha supuesto una añadida ampliación de la dedicación y una singular exigencia de atención ágil, preferente y urgente por parte del Fiscal de Sala delegado y su secretaria particular, en función de los breves plazos concedidos por los órganos jurisdiccionales a los/as Fiscales especialistas para cumplimentar traslados acuciantes y perentorios sobre cuestiones novedosas en ocasiones de alta complejidad técnico-jurídica, lo cierto es que los resultados en breve tiempo han llegado a ser altamente satisfactorios tanto en aspectos sustantivos como formales.

Varias Memorias territoriales ponderan la utilidad de los mecanismos de coordinación y unificación establecidos, que han proporcionado criterios claros y uniformes de actuación. Ello no empece la necesidad de una clarificación regulativa. Persiste la apreciación general de que, de acometerse la regulación que ha considerado deseable el propio Tribunal Supremo, sería preciso «conforme tanto a exigencias denominadas –unas veces– de predeterminación normativa y -otras- de calidad de la ley como al respeto al contenido esencial del derecho, que en esa regulación el legislador, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, *predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales*», tal y como expresa la doctrina de la STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8.

Resumir la ingente labor desplegada en las Fiscalías territoriales ante las novedosas y complejas problemáticas jurídicas abordadas por razón de la pandemia resulta una tarea verdaderamente ardua. Destacar algunos casos de especial interés sobre otros también, puesto que en prácticamente todas las Comunidades Autónomas se han suscitado situaciones y reclamaciones inéditas que han requerido de profundo estudio jurídico y especial celo en su despacho bajo el mandato constitucional de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la presión de las exigencias de protección de la salud pública. Asuntos de especial relevancia, cada uno con su problemática peculiar, se

han suscitado sobre todo –que no exclusivamente– en Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cataluña, Galicia, País Vasco y Valencia.

En cualquier caso, en lo que respecta a las medidas sanitarias y urgentes restrictivas de derechos fundamentales adoptadas respecto de destinatarios no identificados individualmente, a expensas de la resolución por el Tribunal Constitucional de las Cuestiones de Inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Aragón sobre el vigente art. 10.8 Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* –que también afectarían a lo previsto en el art. 11.i del mismo cuerpo legal–, en las que la Fiscalía General viene manteniendo su conformidad con la Constitución en consonancia con el art. 117.4 CE (aunque no falten opiniones como la expresada en la Memoria de la Fiscalía Superior del País Vasco que precisamente dudan de la constitucionalidad con base en el mismo precepto constitucional), el sentir general de los miembros del Ministerio Fiscal que se encargan de su examen es que debería mantenerse en todo caso –por consiguiente, sin quiebra de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales de exclusiva competencia estatal (art. 149.1 CE)–, la intervención judicial previa en garantía preventiva de los derechos y libertades fundamentales, de modo que resulte condición previa de la eficacia de tales medidas sanitarias –tal y como marca la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 719/2021, de 24 de mayo, FD 4.ºA). El control judicial previo se ha revelado como un crucial instrumento de protección y tutela de los derechos individuales de la ciudadanía frente a posibles excesos o extralimitaciones de las administraciones públicas, especialmente a través del escrutinio casuístico crítico de su cobertura legal y su debida justificación (expresada en la motivación a partir de la situación epidemiológica), así como de la proporcionalidad de las medidas (juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Repárese en que, de las doce sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante 2021, solo cuatro de ellas ratificaron las medidas propuestas, lo que evidencia la imprescindibilidad del control jurisdiccional previo con objeto de que no se produzcan tardías revisiones que tengan un mero efecto declarativo sobre vulneraciones de derechos fundamentales ya consumadas.

En materialización y defensa de este posicionamiento, es de destacar, por su especial interés y singularidad, la intervención de la Fiscalía en relación con medidas sanitarias acordadas y puestas en vigor sin dicha autorización judicial previa en la Comunidad Autónoma de Aragón mediante la *Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, por la*

*que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19*, que fue publicada en el BOA de 24 de noviembre –en número extraordinario aparecido en la tarde– con disposición de entrada en vigor al día siguiente de su publicación. El antecedente de la misma fue el proyecto de Orden SAN/.../2021, de 18 de noviembre, que contemplaba exactamente las mismas medidas, cuyo escrito de promoción de autorización/ratificación judicial dio lugar al procedimiento 835/2021 en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior, mediante Providencia de fecha 22 de noviembre, abrió el trámite previsto en el art. 35 LOTC planteando cuestión de inconstitucionalidad, una vez más, respecto del artículo 10.8 LJCA. Ante la frustración generada por no obtener la autorización judicial y la percepción de una situación de *impasse* que ponía freno a sus medidas, la autoridad autonómica decidió invocar el art. 15.2 de la *Ley 3/2020, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón*, en el que se establece, en relación con las medidas sanitarias que se estimen urgentes y necesarias, que *cuando, a juicio de la autoridad sanitaria, la adecuada preservación de los intereses generales de intervención contra la pandemia COVID-19 y la preservación de la capacidad asistencial del sistema de salud lo justifique, podrá acordar que las medidas adoptadas sean efectivas de inmediato*. Frente a ello, el Ministerio Fiscal, en primer lugar, alegó los términos de la STS 719/2021, de 24 de mayo de 2021, FD 4.º A, que señala: (i) que *la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente*; (ii) que *no tendría ningún sentido un procedimiento como el ahora regulado por los artículos 10.8 y 11.1.i) si se pretendiera con él un control sucesivo de actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces*; (iii) que *siendo la propia Administración promotora de la medida sanitaria la que debe solicitar la ratificación... lo hace para dotarle de una eficacia que por sí sola no puede darle y que es especialmente necesaria para actuaciones restrictivas de derechos fundamentales*; y (iv) que *la ratificación es condición de eficacia de las medidas sometidas a ella*). A lo anterior sumó, en segundo término, que lo dispuesto en el referido precepto autonómico en absoluto puede ser entendido como un supuesto de legítima evasión o excepción a la normativa procesal estatal en materia contencioso-administrativa establecida en los arts. 10.8 y 122 quater LJCA, no solo por resultar competencia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.1.ª* y 6 CE tanto la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos consti-

tucionales como la legislación procesal, sino porque al tratarse de medidas de la Administración que afectan derechos fundamentales, conforme a la doctrina constitucional generada desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4, requieren de la intervención y control jurisdiccional previo en garantía de los derechos fundamentales de sus destinatarios, de modo que se opera en un ámbito en el que la autotutela administrativa está excepcionada por razones de defensa de derechos fundamentales y en garantía de estos se establece el control judicial previo *ex art. 117.4 CE*. Otro entendimiento permitiría a la administración sanitaria dar eficacia por sí sola e imponer a la ciudadanía presente en el territorio de Aragón medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales para cuando considere por sí sola, por propia intención y sin supervisión externa alguna, que hay justificación al margen de todo control de ratificación judicial previa, lo que amén de ser contrario a la citada doctrina constitucional sobre el carácter preventivo o apriorístico de la tutela ejercida en estos casos –pues el órgano judicial no constata y repara la lesión del derecho a posteriori, sino que pretende prevenir dicha lesión para garantizar su incolumidad–, comportaría hacer de peor condición a la ciudadanía en Aragón respecto del resto de territorios del Estado español en la medida en que, mientras en las demás Comunidades Autónomas sería exigible en todo caso el control judicial previo, la autoridad sanitaria aragonesa podría eludirlo con tan solo entender a su juicio, sin más, que ello es procedente, introduciendo en definitiva un factor de discriminación en función de la residencia o presencia en Aragón sin justificación objetiva ni razonable.

En cuanto a las medidas sanitarias adoptadas sobre particulares concretos e identificados de manera individualizada se ha constatado también una problemática jurídica específica en relación con el «control de enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos», sobre todo en los supuestos en que aquellas han conllevado hospitalización o confinamiento en medios no hospitalarios y centros residenciales. En este marco de procedimientos de ratificación/autorización de medidas sanitarias impuestas a personas concretas e individualizadas (competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo), las dificultades que se han evidenciado con mayor incidencia cuantitativa y cualitativa se han suscitado respecto de personas sin hogar o sin recursos, residentes en infraviviendas e inmigrantes que han arribado irregularmente a las islas de los archipiélagos balear y canario o a la costa peninsular en embarcaciones procedentes del norte de África cuando alguno o algunos de ellos han resultado positivo en COVID-19, lo que ha supuesto considerar con-

tactos estrechos a todos los que le acompañaban en la travesía. En términos generales la administración ha acabado por obtener la autorización judicial pretendida para su confinamiento forzoso en dichos medios y centros no hospitalarios, pero los procedimientos no han estado exentos de déficits en clave de garantías, como de manera especialmente encomiable se ha puesto de relieve desde Alicante. En cuanto el art. 5.1 CEDH permite adoptar medidas privativas de libertad en relación a personas susceptibles de «propagar una enfermedad contagiosa», se ha propugnado la necesidad de una clarificación del marco jurídico sustantivo y procesal. Por razones de seguridad jurídica, resultaría necesario prever un catálogo de enfermedades contagiosas que, en función de su facilidad de trasmisión, de la gravedad de sus consecuencias y en definitiva del peligro que supongan para la salud pública, permita aplicar en su caso las medidas coactivas previstas en los arts. 2 y 3 L.O. 3/1986 y el art. 9 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. Ese catálogo debería ser periódicamente actualizado en función de las amenazas que comunique la OMS.

En el tratamiento de las situaciones problemáticas referidas se ha defendido como recomendable, a efectos de materializar un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), atender al criterio de la sentencia de la Sección 9.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid núm. 48/2001, de 13 de noviembre. Dicha resolución, a instancia del Ministerio Fiscal, aceptó aplicar por analogía lo previsto en el art. 763 LEC para internamientos involuntarios, argumento que se encontraría reforzado en el contenido de la STEDH, de 25 de enero de 2005, dictada en el caso *Enhorn contra Suecia*, en la medida que señala que, entre las diferentes causas de privación de libertad del art. 5,1.e CEDH, existe una identidad de fondo.

En definitiva, conforme a esta propuesta, el órgano judicial para proceder a la autorización o ratificación de las medidas previstas en el párrafo segundo del art. 8.6.º LJCA (esto es, las adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada) debería como mínimo: (i) dar audiencia del interesado; (ii) ofrecer la posibilidad que ser asistido por Letrado; (iii) obtener los informes médicos pertinentes y, si fuera necesario, recabar el auxilio del médico forense; así como (iv) controlar la persistencia en el tiempo de las circunstancias habilitantes del internamiento y de su material-

zación física, de modo que la autoridad judicial supervise efectivamente la ejecución. En particular, solo la conducta obstaculizadora del enfermo y el carácter virulento de la enfermedad con grave peligro para la salud pública debiera permitir aplicar medidas restrictivas de la libertad, debiendo ser los lugares donde se ejecuten las medidas de internamiento adecuados a las características de la enfermedad y orientarse, no solo a prevenir el contagio a terceros, sino también al tratamiento y eventual cura del enfermo. Todo ello debería ir acompañado de la generación de protocolos sobre la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en este ámbito. Igualmente se ha sugerido con sobrado fundamento que, antes de acudir a la coacción, habría que intentar alternativas como la educación en la salud, la mediación y, muy especialmente, la ayuda de los servicios sociales.

Entre los casos referidos a personas identificadas individualmente con especial interés y más repercusión mediática sobresale la situación acontecida en Mallorca por mor de la Resolución de fecha 27 de junio de 2021 de la Directora General de Salud Pública y Participación de la Conselleria de Salud y Consumo del Govern Balear. Se alude a la situación derivada de la orden de confinamiento forzoso y bajo custodia policial en un hotel de Palma de 235 jóvenes en viaje de estudios por potencial diagnóstico de infección por COVID-19 debido a su condición de contacto estrecho de casos positivos o por potencial diagnóstico de dicha infección. Como relaciona la Memoria territorial correspondiente, dicha resolución *dio lugar a una primera resolución del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Palma de Mallorca de fecha 30 de junio de 2021 que, en consonancia con el informe al respecto del Fiscal, denegó la ratificación de ese confinamiento forzoso; seguidamente dio lugar a instancia de la Abogacía de la Comunidad Autónoma al correspondiente procedimiento de apelación que, impugnado por el Fiscal, dio lugar sin embargo a la Sentencia del TSJ Islas Baleares de fecha 17 de septiembre de 2021 estimando el recurso de apelación, revocando el auto del Juzgado y ratificando en consecuencia la medida sanitaria de confinamientos forzoso en cuestión; resolución que todavía no es firme toda vez que por el Ministerio Fiscal se ha preparado contra la misma el recurso de casación al entender que la cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, entre otros motivos que se alegaron por afectar a derechos fundamentales, según lo dispuesto en el artículo 88 y concordantes de la Ley 29/98 de 13 de julio, estando pendiente de su admisión o inadmisión por la Sección correspondiente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

Es de significar que lo que vino a acordar la resolución administrativa fue el confinamiento forzoso en un hotel, en régimen de aislamiento y bajo custodia policial, de un número identificado de jóvenes procedentes de distintos grupos de viajeros visitantes de la isla, que dieron negativo a la prueba diagnóstica o que no se sometieron a ella, así como de un colectivo de jóvenes de los que se sospechó un potencial diagnóstico positivo, sospecha sustentada única y exclusivamente en su condición de «joven estudiante en viajes de estudios», sin adoptarse medida alguna semejante ni respecto de los empleados de los establecimientos hoteleros ni respecto de cualquier otro grupo de turistas, nacionales o extranjeros, que se alojaban al mismo tiempo en los mismos hoteles donde originariamente se encontraban aquellos. Las cuestiones que el Ministerio Fiscal entiende como de interés casacional y se ha propuesto someter al Tribunal Supremo son las siguientes:

1.º *Si la Administración Sanitaria Autonómica podía acordar el confinamiento forzoso en régimen de aislamiento y bajo custodia policial de aquellos jóvenes que se negaron a someterse a la realización de las pruebas diagnósticas, que se negaron a ser trasladados y a ser aislados en el Hotel Covid e incluso ello respecto de los que habían dado negativo en la prueba diagnóstica PCR de SARS Cov.2;*

2.º *Si la Administración Sanitaria Autonómica podía acordar el confinamiento forzoso en régimen de aislamiento y bajo custodia policial de los jóvenes que se encontraban de viaje de estudios en Mallorca por potencial diagnóstico de infección –sin ninguna otra especificación–.*

3.º *Y en relación a todo ello si el Juez a quo podía entrar a analizar, realizando un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de las medidas, la consideración efectiva de ser o haber sido cuando menos tales jóvenes contacto estrecho o no de los positivos que se encontraban en la Península y que habían venido anteriormente de viaje de estudios a Mallorca.*

Se intenta así provocar jurisprudencia –hoy inexistente– sobre el confinamiento forzoso de un número determinado de jóvenes individualizadamente identificados en un establecimiento de hostelería, sin determinar previamente cuáles sí y cuáles no están infectados de COVID-19, habiéndose generado el riesgo añadido de que los infectados contagien a los que inicialmente sanos.

Finalmente, hacer alusión a la existencia de apreciaciones críticas sobre la insuficiencia de los actuales instrumentos sustantivos y procesales para dar una adecuada respuesta a las necesidades de adopción

de medidas sanitarias afectantes de derechos tanto en los casos de destinatarios determinados como indeterminados. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proporcionado ciertas pautas sobre las medidas destinadas a personas indeterminadas e incluso el TEDH ha adoptado una Decisión de fecha 20 de mayo de 2021 que inadmite el planteamiento del confinamiento general como privación de libertad en el caso *Theres contra Rumanía*, se advierte una específica necesidad de clarificación y perfeccionamiento del marco normativo tanto en sus aspectos sustantivos como procesales que respete escrupulosamente y debidamente las exigencias constitucionales que se derivan de nuestra Carta Magna. Así se ha vuelto a evidenciar en las Jornadas de Especialistas que, por problemas logísticos, no pudieron ser celebradas hasta los días 17 y 18 de enero de 2022.

En el balance positivo de toda la labor desarrollada en el área contencioso-administrativa durante 2021 hay que subrayar que cada vez con mayor intensidad y cercanía, la ciudadanía ha podido percibir la extraordinaria trascendencia de ejercicio de las misiones constitucionales del Ministerio Fiscal en este orden, lo que debe propender a que el legislador sea receptivo a regular adecuadamente y conforme a las mismas la intervención de la fiscalía en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa.