

**LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS
PERSONAS, LEYES DE POLICÍA
SANITARIA Y COVID-19**

PATRICIA GARCÍA MAJADO

SUMARIO

1. APROXIMACIÓN: GÉNERO DE MEDIDAS ADOPTADAS Y LIBERTADES CONCERNIDAS. 2. LA ADMINISTRACIÓN Y LAS LIMITACIONES GENERALIZADAS A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN POR RAZONES DE SALUD PÚBLICA. 2.1. La cobertura jurídica de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. 2.2. La salida al paso de las leyes autonómicas de salud pública. 3. LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS SANITARIAS. 3.1. El modelo tradicional: el antiguo art.8.6 LJCA. 3.2. El nuevo modelo: la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias de alcance general (arts. 10.8 y 11.1 i LJCA). 3.2.1. La génesis de la reforma. 3.2.2. El objeto de la intervención judicial 3.2.3. Autorización vs. ratificación. 3.2.4. El parámetro de control. 3.2.5. El recurso de casación en materia de autorización o ratificación de medidas sanitarias.

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS, LEYES DE POLICÍA SANITARIA Y COVID-19

PATRICIA GARCÍA MAJADO¹

Universidad de Oviedo

1. APROXIMACIÓN: GÉNERO DE MEDIDAS ADOPTADAS Y LIBERTADES CONCERNIDAS

La crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19 ha conducido, entre muchas otras cosas, a la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter generalizado orientadas, justamente, a contener la expansión de aquélla. Unas de las más relevantes y con mayor incidencia social y jurídica han sido las atinentes a la limitación de la libertad de circulación. La primera experiencia, y muy intensa, se experimentó con la primera declaración del estado de alarma a raíz de la pandemia ocasionada por el coronavirus, en marzo de 2020, pues se establecía como una de las medidas el confinamiento domiciliario de la población², con excepciones, cuya inconstitucionalidad ha sido declarada recientemente por la STC 148/2021, de 14 de julio.

Ahora bien, tras la expiración de ese primer estado de alarma, se han ido adoptando también otras medidas limitativas de la circulación de las personas. Éstas se han proyectado, o bien sobre el ámbito territorial, dando lugar a lo que se han denominado *cierres perimetrales* de distinto alcance; o bien sobre el ámbito temporal, dando lugar a lo que común y desafortunadamente se han dado en llamar *toques de queda* —figura inexistente en nuestro ordenamiento jurídico— que no son más que limitaciones horarias a la circulación, generalmente confinamientos nocturnos. En ambos casos, el derecho fundamental afectado, o fundamentalmente afectado, es el derecho a la libertad de circulación del art.19 CE y no tanto el derecho a la libertad personal

¹ Área de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo. Catedrático Valentín Andrés S/N. 33001 – Oviedo (Asturias). Email: patriciagarcia_majado@hotmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6424-8094>

² Art.7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

del art.17 CE. Y es que tales medidas no restringen la libertad física o de movimientos del individuo³ —como sucede, de manera excelsa con la prisión, los internamientos, etc.— como la libertad de aquél de desplazarse libremente por el territorio español, es decir, su mero «ir y venir»⁴ dentro de los confines nacionales, contenido del derecho fundamental del art.19.1 CE⁵. Además, tampoco concurren en tales supuestos otros factores objetivos que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH son los que, dado el caso, podrían determinar una afectación de la libertad personal (art.17 CE/art.5 CEDH) como la existencia de vigilancia, la imposibilidad de establecer contactos sociales o de salir al exterior en determinadas horas⁶.

A la vista de la reciente experiencia española, es posible distinguir dos modelos para la imposición de dichas medidas que han sido, ambos, puestos en práctica en el nuestro ordenamiento jurídico. Existe, por un lado, un modelo que podríamos llamar excepcional, que defiende la imposición de dichas restricciones generalizadas a la libertad de circulación al amparo del Derecho de excepción y, más concretamente, del estado de alarma. Por otro lado, existe un modelo ordinario que aboga por impo-

³ Este es el objeto del derecho del art.17 CE según las SSTC 23/1985, de 15 de febrero (FJ 2º), 120/1990, de 27 de junio (FJ 11), 137/1990, de 19 de julio (FJ 9º), 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º, entre otras.

⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. (2001). «Libertad de circulación», en ARAGÓN REYES, M. *Temas básicos de Derecho Constitucional*, vol. III, 1ª Ed., Civitas, Madrid, p.153. En los mismos términos, posteriormente, LOSADA GONZÁLEZ, H. (2018). «Artículo 19», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E. (Coords.). *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, tomo I, BOE, Ministerio de Justicia, Wolters Kluwers, Madrid, p.572.

⁵ La STC 148/2021, de 14 de julio subraya que el confinamiento de la población española al hilo del primer estado de alarma afectó al art.19.1 CE y no al art.17 CE, dado que no se obstaculizó la auto-determinación de la conducta lícita, sino que tan solo se restringió la libertad de desplazamientos en determinados supuestos. Asimismo, el TEDH, en su Decisión en el asunto *Terbeș c. Roumanie*, de 20 de mayo de 2021, ha entendido que el confinamiento de la población a causa de la Covid-19 afectó únicamente a la libertad de circulación (art. 2 del Protocolo núm. 4, al CEDH) y no a la libertad personal (art.5 CEDH). Previamente dicho Tribunal ya había considerado que caían dentro del ámbito de aplicación de la libertad de circulación y no dentro del derecho a la libertad y a la seguridad el confinamiento nocturno impuesto a un condenado (STEDH de 23 de febrero de 2017, asunto *Tommaso c. Italia*), la obligación de residir en un determinado lugar y la prohibición de alejarse del mismo (STEDH 24 de abril de 2020, asunto *Villa c. Italia*), o la de abandonar el país (STEDH de 17 de febrero de 2011, asunto *Pfeifer c. Bulgaria*; de 13 de diciembre de 2018, asunto *M. y Otros c. Azerbaijan*, etc.), entre otras. En sede doctrinal, no descarta sin embargo la implicación del art.17 CE en el caso de los confinamientos generales de la población COTINO HUESO, L. (2020). «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, N° 9608, 2020.

⁶ Véase, aparte de las sentencias anteriores, la STEDH de 6 de noviembre de 1980, *Guzzardi c. Italia*. Asimismo, nótese que, en la ya citada Decisión en el asunto *Terbeș c. Roumanie*, de 20 de mayo de 2021, el TEDH ha considerado que el confinamiento de 52 días impuesto a consecuencia de la pandemia del Covid-19 no afectó a la libertad personal sino a la libertad de circulación, por cuanto el demandante podía salir, por motivos justificados, del domicilio, no estaba sometido a vigilancia policial, no estaba obligado a vivir en un lugar exiguo y, además, tampoco se le privó de la posibilidad de mantener contactos sociales.

ner esas limitaciones al amparo de la legislación sanitaria especial, sometiendo las mismas a autorización o ratificación judicial. Es este segundo modelo, que ha dado lugar a un prolija e interesante casuística en términos jurídico-constitucionales, el que será objeto de estudio en las siguientes páginas.

2. LA ADMINISTRACIÓN Y LAS LIMITACIONES GENERALIZADAS A LIBERTAD DE CIRCULACIÓN POR RAZONES DE SALUD PÚBLICA

2.1. *La cobertura jurídica de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*

Una de las opciones para limitar la libertad de circulación de los individuos con carácter generalizado, tanto espacial como territorialmente, con motivo del Covid-19 ha consistido en recurrir a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante, LOMESP)⁷. Tal cosa se ha hecho fundamentalmente en tres periodos distintos de la pandemia: antes de la declaración del *primer* estado de alarma (14 de marzo de 2020), tras la expiración de aquél y hasta la declaración del *segundo* de ámbito nacional (del 26 de junio al 25 de octubre de 2020) y, por último, tras la finalización de éste el 9 de mayo de 2021.

La cobertura jurídica de tales medidas se ha hallado en el art.3 LOMESP que establece 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». Dicho precepto ha sido considerado título jurídico suficiente para adoptar medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales con alcance general tanto por la mayor parte de los tribunales⁸,

⁷ Sobre la génesis de dicha ley, más extensamente, MUÑOZ MACHADO, S. (2020). «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.90-91, pp. 116 y ss.

⁸ En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (por ejemplo, Auto 170/2020, de 22 de octubre, que ratifica el cierre perimetral de la Comunidad); el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (por ejemplo, Auto 97/2020 de 24 de octubre, que avala la misma cuestión); el Tribunal Superior de Justicia de Valencia (por ejemplo, los Autos 142/2020, de 27 de octubre y 173/2021, que avalaron el confinamiento nocturno entre las 00.00-6.00h); el Tribunal Superior de Justicia de Baleares (por ejemplo, el Auto 152/2021, de 7 mayo, que autorizó el confinamiento nocturno entre las 23.00-6.00h); el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (por ejemplo, el Auto de 9 de mayo de 2021, que denegó la ratificación del confinamiento nocturno y la prohibición de entrada y salida en determinadas islas, por falta de proporcionalidad, al tiempo que autorizó la limitación de las reuniones sociales y los encuentros religiosos); el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (por ejemplo, el Auto 117/2021, de 17 de julio que ratifica las medidas consistentes en la limitación de la libertad de circulación en determinados municipios); el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (por ejemplo, el Auto 348/2021, de 29 de

inclusive el Tribunal Supremo⁹, como por un sector doctrinal¹⁰, al entender que apodera a la Administración para adoptar *cualquier tipo* de medidas necesarias para luchar contra la pandemia siempre, como se explicará posteriormente, que las mismas superen el test de proporcionalidad. Sin embargo, su aplicación para los supuestos que ahora nos ocupan resulta jurídicamente cuestionable¹¹; aunque han sido solo

julio, que autorizó las restricciones a la movilidad nocturna, la limitación a 10 del número máximo de personas en reuniones y la limitación de aforo al 70% en los centros de culto); el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (véase, por ejemplo, los Autos 93/2021, de 7 de mayo; 97/2021, de 13 de mayo o 98/2021, de 14 de mayo, que avalan los cierres perimetrales de diversas zonas básicas de salud); el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (por ejemplo, el Auto 286/2021, de 29 de julio, que avaló la limitación de reuniones entre no convivientes de 2.00 a 6.00h); el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (véanse, por ejemplo, los Autos 54/2021, 55/2021, 56/2021 de 10 de mayo, que ratifican diversos cierres perimetrales dentro de la región); el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (por ejemplo, el Auto 286/2021, 122, de 23 de octubre, que ratifica el cierre perimetral de diversas comarcas); el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla) (por ejemplo, los Autos de 11 y de 14 de mayo que avalan el cierre de ciertos municipios) y el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Auto de 31 de julio de 2021 que deniega el confinamiento nocturno por no superar el test de proporcionalidad al tiempo que avala la limitación de las reuniones sociales en horario nocturno). Las resoluciones aquí citadas, sin ánimo alguno de exhaustividad, tan solo pretenden evidenciar cómo la mayor parte de los Tribunales Superiores de Justicia consideran a la LOMESP como ley habilitante para la imposición de medidas sanitarias de alcance general, aun cuando en ocasiones no hayan autorizado o ratificado algunas de ellas por falta de proporcionalidad pues para realizar tal juicio es necesario haber asumido primero que la LOMESP ofrece cobertura jurídica suficiente para imponer aquéllas.

⁹ Así lo establece fundamentalmente en la STS 719/2021, de 24 de mayo y la posterior STS 788/2021 de 3 de junio.

¹⁰ En este sentido, entre otros, BAÑO LEÓN, J.M. (2020). «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.209, 2020, pp.14-15, 29; NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2020). «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020, pp. 22-31; FUERTES LÓPEZ, F. J. (2020). «Autorizaciones y ratificaciones de medidas sanitarias por los Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tras 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», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.10, p.5; ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2021). 2020, *el año de la pandemia de la covid-19 (estudios jurídicos)*, Madrid, Iustel, pp. 28-29; HUERGO LORA, A. (2021). «Fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° extra 2, p.178; RIDAO, J. (2021). *Derecho de crisis y estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, pp.160 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, J. (2021). «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», *InDret*, núm.4, pp. 355 y ss.

¹¹ En este sentido, en sede doctrinal, SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2020). «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, n°9638, p.8; PRESNO LINERA, M.A. (2020). «Fortalezas y debilidades del Derecho de excepción frente al Covid-19», *Jueces para la Democracia*, núm.99, pp.48-52, también en (2020). «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de Covid-19», *Revista Administración & Ciudadanía*, Vol.15, núm.2, pp. 343 y ss.; ARAGÓN REYES, M. (2020). «Covid-19 y Estado autonómico», en TUDELA ARANDA, J. (Coord). *Estado autonómico y covid-19: un ensayo de valoración general*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, p. 4; ALONSO MAS, M. J. (2021). «Artículo 10», en EZQUERRA HUERVA, A., OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.). *Comentarios a la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.416; BAQUERO

algunos Tribunales Superiores de Justicia los que se han mostrado reticentes a su aplicación¹².

Dicho precepto —y esto es algo que se le ha venido criticando a LOMESP en general y al art.3 en particular¹³— no se especifican ni los derechos fundamentales que pueden verse afectados ni las medidas limitativas de los mismos susceptibles de ser adoptadas por la Administración en estos casos, pues todo se fía a las que sean *oportunas*, lo cual constituye un apoderamiento en blanco a su favor. Ahora bien, lo que cabe extraer de la literalidad del precepto es que tales medidas precisan un determinado supuesto de hecho (la existencia de una enfermedad de carácter transmisible) y que están dirigidas a unos destinatarios individualmente identificados o, al menos, potencialmente identificables: los enfermos (en este caso serían los infectados por Covid-19) y las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos (los llamados «contactos estrechos»)¹⁴.

CRESPO, P. (2021). «La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.54, pp.68-69.

¹² Véase el Auto 89/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 10 de octubre el cual no ratificó el cierre municipal de la Almunia de Doña Godina; el Auto 273/2020 del Tribunal Superior de Castilla y León, de 25 de octubre que tampoco ratificó el confinamiento nocturno en dicho territorio; el Auto 32/2020 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de octubre que no ratificó la limitación de las reuniones a un máximo de seis personas y el Auto 21/2021, de 7 de mayo, que tampoco ratificó, entre alguna otra cuestión, el confinamiento nocturno ni el cierre perimetral autonómico; el Auto 481/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo, aunque dicho pronunciamiento versaba sobre medidas sanitarias distintas a las restrictivas de la libertad de circulación; y los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), de 10 y 14 de mayo de 2021 y 284/2021, de 21 de mayo, que no ratificaron el confinamiento del municipio de Montefrío. Curiosamente, otros dos Autos de esas mismas fechas y mismo Tribunal (aunque procedentes de la sede de Sevilla) autorizaron el cierre perimetral de Castro del Río y Bornos y Villamartín, considerando que el art.3 LOMESP ofrece cobertura jurídica suficiente para la imposición de cierres perimetrales, a diferencia de la sede de Granada. En esta misma línea se sitúan, también, otros posteriores, No debería incluirse en este apartado el Auto 128/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de octubre pues no avaló las medidas sanitarias correspondientes por motivos distintos a la ausencia de cobertura jurídica de la LOMESP.

¹³ Véanse, en este sentido, CIERCO SEIRA, C. (2005). *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, pp.164-165, 202-203; y, del mismo autor, (2005). «Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población», *Derecho y Salud*, Vol.13, núm.2, pp. 217-218; (2020). «Derecho de la Salud Pública y Covid-19», en BLANQUER, D. (Coord.). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp.31-32; MAGDALENO ALEGRÍA, A. (2013). «La tutela colectiva como límite de los derechos fundamentales», en ALENZA GARCÍA, J. F., ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir): *Nuevas perspectivas jurídico-éticas del derecho sanitario*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 146-147; SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2018). «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia», en BLANC ALTEMIR, A., CIERCO SEIRA, C. (Coord.), *El derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 148-149, 152-153. También ha puesto de manifiesto la excesiva vaguedad y la necesidad reformar el art.3 LOMESP el Dictamen 213/2021 del Consejo de Estado, de 3 de marzo a propósito de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia.

¹⁴ Véase, como ejemplos claros de aplicación del art.3 LOMESP, entre muchos otros, el Auto 84/2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1, sección 7, de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de

Así las cosas, no encajan fácilmente en dicho inciso del art.3 LOMESP las medidas restrictivas de la libertad de circulación impuestas a una generalidad indeterminada de personas por los diversos Gobiernos autonómicos. Y es que, cuando, por ejemplo, se establece el cierre perimetral de toda una Comunidad Autónoma, dicha limitación no afecta únicamente a enfermos y/o contactos estrechos de éstos, sino también a personas que carecen de ese vínculo directo con la enfermedad que, parece, es el presupuesto material del art.3 LOMESP. No se identifica, así pues, a los destinatarios concretos de la medida, sino que se identifica un determinado ámbito territorial y se impone la restricción de la libertad de circulación a todo aquél que se encuentre en el mismo, independientemente de su singular situación sanitaria, es decir, de que esté contagiado o de que haya mantenido contacto con algún positivo por Covid-19.

La identificación de la persona por su relación directa con la enfermedad transmisible se sustituye así por su mera pertenencia al ámbito territorial de que se trate. Es ahí, precisamente, donde entra en juego la indeterminación y, en consecuencia, se quiebra el nexo causal que establece el art.3 LOMESP. Y no parece, obviamente, que frente a esto pueda esgrimirse que todos los sujetos del ámbito territorial concernido hayan podido estar en contacto con los anteriores —dada la alta incidencia del Covid-19 en dicha área— y por eso se les aplica la medida. El precepto habla, concretamente, de «las personas que estén o hayan estado en contacto» con los enfermos, debiendo acreditarse dicho contacto y excluyéndose la posibilidad de invocar una genérica posibilidad de haberlo mantenido que, obviamente, ampliaría exponencialmente el radio de actuación del art.3 LOMESP. La interpretación restrictiva se impone cuando se trata de limitar un derecho fundamental.

Así las cosas —y permítase aclarar este extremo— el problema relativo al art.3 LOMESP no tiene que ver, a mi juicio, con la *intensidad* de la limitación del derecho a la libertad de circulación, sino con su *alcance* o *extensión*¹⁵. Piénsese que es mucho más intensa la limitación impuesta a un individuo de no poder salir de su municipio que la de no poder salir de su Comunidad Autónoma, o la de no poder salir de su domicilio que de esta última. Tan es así que los confinamientos domiciliarios u hospitalarios individualizados que por motivos de salud sí pueden imponerse al amparo del art.3 LOMESP, a pesar de ser más gravosos para el individuo que los cierres perimetrales, pueden afectar, no ya, al menos prioritariamente, a la libertad de circulación (art.19.1 CE) sino a la propia libertad personal (art.17.1 CE) toda vez que privan al

marzo de 2020 que ratificó la Orden de 24 de febrero de 2020, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, por la que se dispuso el confinamiento de los clientes de un hotel de Tenerife y el cierre de sus instalaciones, ante el contagio de uno de sus huéspedes; el Auto 37/2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Santander, de 31 de marzo de 2020, que ratificó la medida de aislamiento domiciliario obligatorio y absoluto por un periodo de 14 días prorrogables de una mujer contagiada; o el Auto 31/2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Santiago de Compostela, de 7 de julio que ratificó la medida de aislamiento y cuarentena obligatorios de un núcleo familiar.

¹⁵ Aunque no lo interpretan así, por ejemplo, los Autos 273/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 25 de octubre (FJ 4º) y 65/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 11 de mayo (FJ 5º).

individuo, durante el tiempo de su vigencia, de su libertad ambulatoria¹⁶. Por tanto, podría decirse que cuanto más se estrecha el ámbito geográfico de la medida sanitaria, más se intensifica la limitación de la libertad de circulación —pues más se reducen las posibilidades de fijar libremente la posición dentro del territorio nacional— o incluso, en los supuestos más extremos, el derecho fundamental concernido pasa a ser directamente otro: el del art.17 CE. No obstante, el espacio no es, como se puso de manifiesto en las primeras páginas de este trabajo, el único criterio relevante para determinar cuándo hay afectación de la libertad personal, sino otros elementos como la existencia de vigilancia, la imposibilidad de establecer contactos sociales o de salir al exterior determinadas horas.

Así las cosas, la única opción jurídica que resta es que las medidas sanitarias que ahora nos ocupan encuentren su cobertura jurídica en la cláusula general que contiene *in fine* el art.3 LOMESP¹⁷. Ésta habilita a la Administración para adoptar «las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», cláusula que teóricamente daría pie a la imposición de cualesquiera medidas sanitarias (cierres perimetrales, confinamientos nocturnos, etc.) que fuesen necesarias para la protección de la salud pública, sea cual fuere su intensidad y su extensión, tesis mantenida por la mayoría de los tribunales y un sector de la doctrina¹⁸. Este inciso final, sin embargo, presenta también problemas como supuesto título habilitante. Por un lado, resulta inadecuado entender que dicha cláusula se aplica a unos sujetos distintos de los previamente mencionados en el precepto (personas en contacto con la enfermedad transmisible y medio ambiente inmediato). De ser así, esa acotación subjetiva anterior resultaría sencillamente innecesaria. Parece, más bien, que aquélla trata de cerrar el elenco de medidas dirigidas a sujetos individualizados que el art.3 LOMESP previamente contempla, por si éstas, dado el caso, no fueran suficientes.

¹⁶ Véanse, entre otras, las SSTC 182/2015, de 7 de septiembre, 50/2016, de 14 de marzo, 84/2018, de 16 de julio que vinculan los internamientos psiquiátricos al art.17 CE. Asimismo, caen dentro del ámbito de aplicación del art.5 CEDH el internamiento médico forzoso por transmisión del VIH (STEDH de 25 de enero de 2005, asunto *Enborn c. Suecia*) o los internamientos por enfermedades mentales (SSTEDH de 17 de junio de 2012, asunto *Stanev c. Bulgaria*; de 11 de octubre de 2016, *Ruslan Makarov c. Rusia*; de 4 de diciembre de 2018, *Ilmseber c. Alemania*, etc.), entre otras. Así lo señalan también en sede doctrinal DURÁN ALBA, F. (2021). «Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis del Covid-19», en BIGLINO CAMPOS, P., DURÁN ALBA, J. F. (Dir.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, pp. 8-10; MENDAZONA, E. (2021). «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.93, p.6.

¹⁷ A dichas cláusulas generales, como elementos característicos del Derecho de necesidad, se refieren más extensamente, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1996). *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, p.440, 449-450, y del mismo autor, (2020). «El coronavirus (Covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm-86-87, p.9; CIERCO SEIRA, C. (2005). *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, ob. cit., p.163; MUÑOZ MACHADO, S. (2020). «El poder y la peste de 2020», ob. cit., pp.123-124.

¹⁸ Véanse las notas 8,9 y 10.

Por otro lado, hacer de dicho inciso, no una cláusula de cierre propiamente dicha sino, más bien, un título jurídico independiente —el único— para la adopción de medidas sanitarias de alcance general, tampoco resulta jurídicamente viable por el carácter impreciso y expansivo que ostenta pues no respeta las exigencias de previsibilidad y taxatividad que debe reunir un límite a un derecho fundamental¹⁹. Ni se establecen los derechos fundamentales afectados ni, siquiera someramente, las medidas (de alcance general) susceptibles de ser adoptadas. Resulta complicado apoderar más a la Administración en menos espacio²⁰. La jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada que la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, en su dimensión cualitativa, conlleva ciertas exigencias para las leyes que establecen limitaciones a los mismos: que sean ciertas y previsibles en las propias restricciones que imponen y en su modo de aplicación. De no ser así, no solamente se lesionaría la seguridad jurídica (art.9.3 CE), sino el propio contenido esencial del derecho en cuestión (art.53.1 CE), dado que esa falta de precisión no solo puede llegar a hacer el derecho impracticable, sino hacer que la ley no pueda operar como garantía del mismo, quedando así éste a disposición del aplicador de que se trate²¹. De ahí, justamente, que la ley limitadora deba «expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»²², de forma que el ciudadano pueda tener una expectativa razonable de cuál va a ser la actuación del poder público en cada caso, huyendo así del apoderamiento en blanco que contiene *in fine* el art.3 LOMESP.

Frente a eso se dirá que dicha cláusula otorga un mayor margen de actuación a la Administración ante circunstancias adversas imposibles de prever. No obstante —como resulta evidente— cuando el reverso de la actuación administrativa es la limitación de un derecho fundamental —en este caso, la libertad de circulación

¹⁹ Cuestionan su vaguedad, entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2021). «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, ob. cit., p. 14; ARAGÓN REYES, M. (2021). «Covid-19 y Estado autonómico», en TUDELA ARANDA, J. (Coord.) *Estado autonómico y covid-19: un ensayo de valoración general*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, pp.7-9; TAJADURA TEJADA, J. (2021). «El Estado de Derecho frente al Covid: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm.120, 2021, pp. 149-156; VIDAL PRADO, C. (2021). «Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta donde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, pp.270-271; SÁENZ ROYO, E. (2021). «Estado autonómico y Covid-19», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, p. 384. En sentido contrario, explicando por qué el art.3 LOMESP satisface las exigencias del principio de reserva de ley, por todos, DOMÉNECH PASCUAL, J. (2021). «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», ob. cit., pp.364 y ss.

²⁰ CIERCO SEIRA, C. (2009). «La necesaria actualización de la legislación en materia de salud pública», *Derecho y Salud*, vol.17, p. 38.

²¹ Véanse, entre muchas otras, las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 15°); 70/2009, de 23 de marzo (FJ 4°), 145/2014, de 22 de septiembre (FJ 7°); 76/2019, de 22 de mayo (FJ 5°).

²² SSTC 49/1999, de 5 de abril (FJ 4°); 70/2009, de 23 de marzo (FJ 4°); 99/2021, de 10 de mayo (FJ 3°), entre otras.

(art.19 CE)— las garantías deben permanecer indemnes y, por tanto, deben observarse escrupulosamente los requisitos a que deben sujetarse sus límites. El sistema democrático, en suma, no puede pretender ser eficaz a costa de reducir garantías porque su propia eficacia depende, también, de la de éstas. Pero es que, además, la eficacia en la respuesta jurídica de la Administración en la lucha contra las pandemias no está reñida con el afán por cierta complitud normativa pues, de hecho, coadyuvaría a incrementarla²³. Y ello no debe necesariamente significar, a mi juicio, que deban desaparecer totalmente esas cláusulas de cierre finales que ofrezcan cobertura jurídica supletoria sino —que es lo que ahora sucede— que no puede hacerse de las mismas la única y exclusiva habilitación legal para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales²⁴.

En suma, cuando el juez se encuentra con la cláusula de cierre del art.3 LOMESP —que es donde únicamente podrían encajar, *a priori*, las limitaciones generalizadas a la libertad de circulación— o bien trata de hacer una interpretación conforme de dicho precepto que reduzca su potencial expansivo entendiendo que esas otras «medidas necesarias» también se refieren a las personas contagiadas y a las que hayan estado en contacto con éstas (ámbito subjetivo del precepto) o bien, si entiende que ahí podrían entenderse comprendidas las medidas de alcance general, considera que es presuntamente inconstitucional por falta de taxatividad y eleva cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional²⁵.

Esa tesis que aquí se mantiene (jurisdiccionalmente minoritaria) no ha sido, finalmente, la avalada por el Tribunal Supremo. En el ATS 719/2021, de 24 de mayo consideró que, si se daba el presupuesto de hecho (enfermedades transmisibles), el art.3 LOMESP resultaba de aplicación y «según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de la aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general». Acto seguido, interpreta dicho precepto en consonancia con los arts.26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública para concluir que ofrece «suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentales restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden determinarse siempre». Por tanto, el Tribunal Supremo no aprecia falta de taxatividad en el pre-

²³ CIERCO SEIRA, C. (2020). «Derecho de la Salud Pública y Covid-19», ob. cit., pp. 44 y ss.

²⁴ CANTERO MARTÍNEZ, J. (2021). «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.210, 2021, pp.20-21 también propone la tipificación de medidas, aun conservando la cláusula de cierre.

²⁵ Esta disyuntiva se la ha planteado, por ejemplo, en el Auto 269/2021, de 14 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), quien finalmente se decantó por la interpretación restrictiva.

cepto considerando que condiciona la imposición de las medidas a un contexto concreto —existencia de enfermedades transmisibles— y a la concurrencia de una justificación sanitaria.

Posteriormente, en la STS 788/2021, de 3 de junio dicho Tribunal reconoció que el precepto que ahora nos ocupa es «innegablemente escueto y genérico», puntualizando igualmente que «no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19» y poniendo de manifiesto algo ya adelantado en páginas precedentes: que el problema del art.3 LOMESP no era la intensidad de las medidas sanitarias que permitía imponer sino su extensión. Sin embargo, tales consideraciones no fueron óbice para que el Tribunal, acto seguido, entendiéndose que, que por muy intensas y extensas que fueran en su aplicación las medidas en cuestión, éstas encontraban cobertura normativa en dicho precepto siempre que se justificase detalladamente por qué las mismas eran indispensables para salvaguardar la salud pública.

Así las cosas, de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁶ parece desprenderse que una motivación suficiente es, en cierto modo, capaz de superar los escollos del art.3 LOMESP apuntados por el mismo Tribunal o, lo que es lo mismo, que el test de proporcionalidad permite salvar, de alguna forma, la ausencia de predeterminación legal. Sin embargo, el juicio debe ser en dos pasos —cobertura jurídica y proporcionalidad— sin que lo segundo pueda suplir a lo primero. Esta comprensión del art.3 LOMESP conduce, en suma, a fiarlo todo al principio de proporcionalidad.

2.2. *La salida al paso de las leyes autonómicas de salud pública*

Antes de pasar a analizar el procedimiento de autorización y ratificación de medidas sanitarias conviene llamar la atención sobre el hecho de que ese «vacío», ya apuntado, que el art.3 LOMESP deja ha tratado de ser llenado, en algunas ocasiones, a través de normas con rango de ley autonómicas en materia de salud pública que tratan de ofrecer una mejor o más completa y predeterminada cobertura jurídica a tales medidas. Un ejemplo de ello puede ser la reciente Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio de Salud de Galicia que, entre muchas otras cosas, introduce la posibilidad de establecer limitaciones a la circulación o movilidad de las personas en las «zonas afectadas»²⁷ por la enfermedad transmisible o en determinadas franjas horarias (art.38.2. 6^a).

El establecimiento de una limitación a la libertad de circulación tan intensa y generalizada como puede ser un cierre perimetral o un confinamiento nocturno —que

²⁶ La doctrina fijada por las dos resoluciones mencionadas en el texto principal se reitera también en otras posteriores como en las SSTS 792/2021, de 3 de junio; 875/2021, de 17 de junio; 1079/2021, de 21 de julio; 1092/2021, de 26 de julio; 1102/2021, de 2 de agosto; 1103/2021, de 18 de agosto; 1104/2021, de 19 de agosto, entre otras.

²⁷ El precepto dispone que se entenderá por «zona afectada» aquellos lugares geográficos en los cuales sean necesarias medidas sanitarias de control de la propagación de la enfermedad.

pueden revestir distinto alcance territorial—, constituye una restricción directa o frontal del derecho fundamental a la libertad de circulación, toda vez que se excluye de la garantía iusfundamental una de las facultades que, de otra forma, cabría ejercer al amparo del mencionado derecho (art.19.1 CE); como es en este caso moverse libremente por distintos municipios o Comunidades Autónomas o hacerlo en cualquier hora del día. Precisamente por ello, dicha limitación debe contenerse en una ley orgánica, al pertenecer al desarrollo del derecho fundamental concernido (art.81.1 CE), siendo insuficiente su previsión en una ley ordinaria como es la autonómica. Y es que no se están estableciendo meras restricciones al tiempo, modo o lugar de ejercicio del derecho a la libre circulación, sino que se está delimitando su contenido, privando de protección constitucional a una determinada expectativa de conducta (circular por el territorio nacional sin restricciones espaciales o temporales) objeto inicialmente de dicho derecho fundamental (art.19 CE)²⁸ en aras a proteger un determinado bien constitucional: la salud pública²⁹.

Siendo esto así, tampoco resulta válido el argumento de que la ley autonómica simplemente concreta medidas cuya cobertura jurídica se haya en el art.3 LOMESP³⁰. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha aceptado la colaboración normativa entre la ley orgánica y la ordinaria (también autonómica), especialmente allí donde deben coexistir competencias estatales y autonómicas, pero ha precisado que solo tiene cabida para regular aspectos complementarios del desarrollo del derecho fundamental³¹. Si se sostiene, como aquí se hace, que la LOMESP no contempla la posibilidad de imponer restricciones generalizadas de derechos fundamentales, parece forzoso admitir que las leyes autonómicas que, como la gallega, contemplan medidas de ese calibre no están *concretando* aspectos accesorios del derecho fundamental concernido sino fijando *ex novo* un límite a aquéllos y, por tanto, *desarrollándolos* en los términos del art.81.1 CE.

²⁸ La distinción entre el establecimiento de limitaciones directas o frontales a los derechos fundamentales (ley orgánica) y restricciones al tiempo, modo o lugar de ejercicio (ley ordinaria) se ha puesto de manifiesto, entre otras, en las SSTC 127/1994, de 5 de mayo (FJ 3º), 101/1991, de 13 de mayo (FJ 2º); 129/1999, de 1 de julio (FJ 2º); 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 11º); 53/2002, de 27 de febrero (FJ 12º).

²⁹ En este sentido parece apuntar también el Dictamen del Consejo de Estado 213/2021, de 3 de marzo a propósito de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia (apartado V). En sentido contrario, considerando que la previsión de las medidas sanitarias que ahora nos ocupan puede hacerse por ley ordinaria, el Auto 719/2021, del Tribunal Supremo, de 24 de marzo (FJ 4º) y, en sede doctrinal, RIDAO, J. (2021). *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, ob. cit., pp.166-170; VILLAR CRESPO, G. (2020). «Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español», ob. cit., p.40, aunque refiriéndose en general a las actuaciones de necesidad del Derecho ordinario, entre otros.

³⁰ En este sentido, NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Vacunación generalizada y estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm.93, 2021, p. 100.

³¹ STC 137/1986, de 6 de noviembre (FJ 3º)

El reproche hacia esas limitaciones autonómicas generalizadas a la libertad de circulación es aún mayor cuando su positivación se produce vía decreto-ley autonómico. Y ello por cuanto dichas normas no pueden afectar, como es bien sabido, a derechos fundamentales, ex art.86.1 CE —límite material aplicable a las disposiciones autonómicas³²—. Esa afectación se produce cuando se regula su «régimen general», así como cuando se contraviene «el contenido o los elementos esenciales» de aquél³³; algo que a todas luces sucede cuando la disposición autonómica establece, en los términos previamente explicados, límites sustantivos a los mismos. Si la previsión de estas medidas cae fuera del ámbito de la ley ordinaria, *a fortiori* debe hacerlo de la legislación de urgencia.

Esto es lo que ha sucedido, por ejemplo, en Aragón: el Decreto-ley 7/2020, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 estableció —entre otras cosas— la posibilidad de imponer unos curiosos «confinamientos por ministerio de la ley» (art.34) y otros «confinamientos acordados por las autoridades sanitarias» (art.35) en ámbitos territoriales determinados ante ciertos índices de riesgo sanitario; hoy ya convertido en ley. Al amparo de aquél, y a través de otro decreto-ley³⁴ se impuso, en un primer momento el cierre perimetral de las capitales de provincia aragonesas y, más tarde, el cierre de algunos municipios y comarcas³⁵. Parece, así pues, que el objetivo del confinamiento por ministerio de la ley no ha sido otro sino eludir el control jurisdiccional, al acordarse a través de normas con rango de ley no susceptibles de ser sometidas, en tanto tales, al procedimiento de autorización o ratificación de medidas sanitarias (actos o reglamentos) ni tampoco ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa³⁶. Solo cabría, en fin, el recurso de inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal. Esta estrategia ha sido seguida igualmente en Cataluña, donde vía decreto-ley también modificó la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud Pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la Covid-19 de Cataluña, introduciendo la posibilidad de que, en situaciones de epide-

³² SSTC 93/2015, de 14 de mayo (FFJJ 3º a 6º); 38/2016, de 3 de marzo (FJ 2º); 105/2018, de 4 de octubre (FJ 3º); 40/2021, de 18 de febrero (FJ 2º), entre otras.

³³ SSTC 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 8º); 182/1997, de 28 de octubre (FF.JJ. 6 y 7); 137/2003, de 3 de julio (FJ 6º); 38/2016, de 3 de marzo (FJ 6º); 16/2021, de 28 de enero (FJ 5º), entre otras.

³⁴ Decreto-ley 8/2020, de 21 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican niveles de alerta y se declara el confinamiento de determinados ámbitos territoriales en la Comunidad Autónoma de Aragón.

³⁵ Decreto-ley 2/2021, de 7 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón.

³⁶ El uso de la legislación de urgencia con el fin de eludir el control jurisdiccional ha sido estudiado más ampliamente por DOMÉNECH PASCUAL, G. (2019). «Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por decreto-ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.198, pp. 139 y ss.

mia o pandemia, las autoridades sanitarias puedan acordar, entre otras, «medidas de limitación del desplazamiento de las personas» (art.55 k y 55 bis).

Así pues, la excesiva indeterminación y vaguedad del art.3 LOMESP ha conducido a que varias Comunidades Autónomas, afanosas de hallar cobertura normativa a la imposición de confinamiento nocturnos y cierres perimetrales, hayan decidido ellas mismas acometer dicha tarea. Sin embargo, el margen de actuación autonómico actualmente a este respecto es muy pequeño: o bien dichas medidas son inconstitucionales, o bien, al contemplarse en los mismos términos de la LOMESP o remitirse a ella son, en cierto modo, redundantes.

3. LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS SANITARIAS

3.1. *El modelo tradicional: el antiguo art.8.6 LJCA*

El párrafo segundo del art.8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) —antes de que entrase en vigor la reforma 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 (Disposición Final 2ª)— disponía que de «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» debían conocer los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (o los correspondientes Juzgados de Instrucción a los que les correspondiese la guardia oportuna, en virtud del art.42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

Dicho precepto, apenas utilizado, sirvió —antes de situación sanitaria actual— para autorizar o ratificar la ejecución de medidas sanitarias (actos administrativos) impuestas a personas determinadas —en consonancia con el art.3 LOMESP— una vez que éstas hubieran opuesto resistencia a su cumplimiento, frenando así la ejecutividad del acto administrativo de que se tratase³⁷. La intervención judicial se exigía ante la necesidad de ejercer coerción sobre las personas. Eso es justamente lo que permite explicar que

³⁷ SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2014). «La competencia de carácter no revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», en EZQUERRA HUERVA, A., OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.). *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.211. Véase, por ejemplo, el Auto 362/2010 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Granada, de 24 de noviembre que autorizó la vacunación forzosa de 35 niños de un colegio en el que hubo un brote de sarampión cuyos padres se habían negado a vacunarlos o no habían cumplimentado el requerimiento de recibir la dosis de la vacuna triple vírica; o el Auto 89/2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 7 de Barcelona, de 30 de agosto, que autorizó la hospitalización forzosa de un paciente con tuberculosis que incumplió el deber de seguir el tratamiento en su propio domicilio al resultar ilocalizable.

muchos de los Autos, especialmente los dictados al comienzo de la pandemia, autorizasen o ratificasen la hospitalización o la obligación de hacer cuarentena (aislamiento domiciliario) de personas concretas y determinadas que, forzosamente, debían ser identificadas de forma individual dado que debía constatarse su resistencia a cumplir con la decisión administrativa o, al menos, la ausencia de su previo consentimiento³⁸.

El control judicial del antiguo art.8.6 LJCA era, entonces, un control *sobre la ejecución* de las medidas sanitarias cuando éstas afectaran a derechos fundamentales y, por tanto, conllevara el ejercicio de compulsión sobre las personas³⁹. De ahí, precisamente, su naturaleza particularizada. Por tanto, acertaron, a mi juicio, los juzgados que, al amparo del antiguo art.8.6 LJCA, no ratificaron en este «primer periodo» —tras la finalización del primer estado de alarma y hasta la entrada en vigor de la modificación de la LJCA—, las medidas sanitarias generales (indistintamente actos y reglamentos) sometidas a su control⁴⁰.

3.2. *El nuevo modelo: la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias de alcance general (arts. 10.8 y 11.1 i LJCA)*

3.2.1. La génesis de la reforma

En aras de homogeneizar la respuesta judicial, muy dispar hasta entonces a las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales adoptadas, dentro de las propias Comunidades Autónomas, se procedió a la reforma del art.8.6 LJCA desdoblado el control judicial (autorización o ratificación) de las medidas sanitarias: desde entonces le corresponde, por un lado, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada (art.8.6 LJCA); y, por otro, cuando tales destinatarios no estén identificados individualmente a la Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia si aquéllas se adoptan por autoridades distintas a las de ámbito estatal (art.10.8 LJCA) o a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional cuando se acuerden por la autoridad estatal (art.11.1 i LJCA).

³⁸ Véanse las resoluciones de la nota 8.

³⁹ VELASCO CABALLERO, F. (2020). «Sobre la ratificación judicial de las medidas sanitarias contra el Covid-19», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm.123, pp.11 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M. (2020). «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», ob. cit., p.16; HUERGO LORA, A. (2021). «Fuentes del Derecho», ob. cit., p. 182. En términos muy similares, COBREROS MENDAZONA, E. (2021). «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», ob. cit., p. 11.

⁴⁰ Así, por ejemplo, el Auto 13/2020, de 16 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Zaragoza o el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº10 de Valencia, de 9 de septiembre. En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2021). «El comportamiento del Derecho durante la segunda ola de la pandemia», *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm.90-91, p. 29, también en (2021). 2020, *el año de la pandemia de la Covid-19 (estudios jurídicos)*, ob. cit., pp.117-118.

Si fue necesario modificar la LJCA para establecer expresamente la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias «cuyos destinatarios no estén identificados individualmente» es porque previamente tales medidas no se entendían comprendidas en aquéllas que podían adoptarse a la luz de la LOMESP y que se sometían a autorización o ratificación judicial *ex art.* 8.6 LJCA. Parece, más bien, que la reforma de esta ley procesal lo que viene es ella misma a esclarecer que las medidas sanitarias de alcance general también puede ser adoptadas por la Administración en caso de enfermedades transmisibles, ya que eso no se desprende fácilmente de la LOMESP⁴¹. Además, dicha ley, llamada a determinar quién es judicialmente competente para resolver los procesos, no debe ser quién establezca que las medidas de protección de la salud pública deben someterse a autorización o ratificación judicial (lo que hace en términos muy genéricos) sino que debe hacerlo una ley sustantiva, indicando en qué supuestos dicha intervención es necesaria⁴². En definitiva, parece el legislador ha tratado de compensar los déficits de certeza y previsibilidad de la LOMESP con una intervención judicial en forma de autorización o ratificación cuyo alcance y función, como veremos a continuación, tremendamente confusos⁴³.

3.2.2. El objeto de la intervención judicial

El centro de confusión y desconcierto creado por la reforma de la LJCA versa, fundamentalmente, sobre el nuevo objeto sobre el que ahora se proyecta: las medidas sanitarias de alcance general («cuyos destinatarios estén identificados individualmente»). Si el antiguo control jurisdiccional de las medidas sanitarias (individuales) era un control sobre su ejecución (coerción), necesario para poder llevarla a cabo ante la resistencia o ausencia de consentimiento de los afectados, lo que sucede ahora es que las medidas sanitarias (generales) se someten control judicial al margen de que aqué-

⁴¹ Esta crítica la hace ARAGÓN REYES, M. (2021). «Covid-19 y Estado autonómico», ob. cit., p. 5. En este sentido también DELGADO DEL RINCÓN, L. (2021). «Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.). *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, ob. cit., p.19. En términos similares, BAQUERO CRESPO, P. (2021). «La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19», ob. cit., p.80 señala que dicha reforma presupone que tales medidas pueden tomarse en base a la LOMESP.

⁴² HUERGO LORA, A. (2021). «Fuentes del Derecho», ob. cit., p. 181.

⁴³ Así, entre otros, ALONSO MAS, J. M., SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2021). «Artículo 8», en EZQUERRA HUERVA, A., OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dirs.). *Comentarios a la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa*, ob. cit., pp.275-276, también en ALONSO MAS, J.M. (2021). «Artículo 10», ob. cit., pp.417-418. Hasta la fecha, tan solo se ha presentado una Proposición de Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles, por parte del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, serie B, núm.161-1, de 23 de abril) que propone introducir la posibilidad de «controlar o limitar las entradas y salidas de la zona afectada o amenazada y controlar o limitar el movimiento dentro de dicha zona, lo cual podrá afectar al derecho a la libre circulación y deambulación por las vías públicas (...)».

llos se opongan a su cumplimiento y, por tanto, al margen de que sea necesaria la coerción personal para poder llevarlas al plano material, que es lo que originariamente justificaba la intervención judicial⁴⁴. Así, el objeto del control judicial recientemente establecido muta hasta prácticamente convertirse en otro nuevo y profundamente atípico: ahora es la decisión administrativa en sí misma considerada (medida sanitaria) la sometida a autorización o ratificación judicial y no, como antes sucedía y debe ser, su ejecución (la actuación coercitiva individual). Lo que justifica la intervención judicial deja de ser, entonces, la necesidad de ejercer compulsión sobre las personas (individualmente identificadas) para pasar a ser la conveniencia de que los jueces controlen preventivamente el actuar de la Administración en materia sanitaria cuando resulten afectados derechos fundamentales, haciéndose inevitable y desafortunadamente partícipes de su labor.

Dicha intervención judicial ya resulta problemática cuando lo que se somete a control es un acto administrativo (plúrimo) pues se convierte en este caso a la jurisdicción en un «coadministrador que participa, sin información suficiente, en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales»⁴⁵. Esa intervención judicial se convierte en el último eslabón del procedimiento de elaboración del acto administrativo, condicionando su propia validez. Por eso, el problema no es que este control judicial exceptúe el privilegio de autotutela de la Administración —algo, como es bien sabido, constitucionalmente permitido⁴⁶— sino que se exceptúe para otorgarle a la jurisdicción una función —de cariz consultivo— distinta a la del control (*a posteriori*) de la actuación administrativa, que es la que en cuanto tal le corresponde⁴⁷.

Ahora bien, dado que los arts. 10.8 11.1 i) LJCA hablan de «medidas sanitarias» que, como tales, pueden adoptar, y adoptan, distinta forma jurídica⁴⁸, dicha intervención judicial se torna increíblemente problemática cuando lo que se somete a su control son normas reglamentarias. En este sentido, por ejemplo, no resulta descabellado sostener que las limitaciones temporales a la libertad de circulación (confinamientos nocturnos) sean reglamentos. No solo, en la mayor parte de los casos, se publican en los Boletines Oficiales como disposiciones generales, sino que —y esto es lo determinante— dicha medida, aunque lo haga por un periodo de tiempo determinado, innova el ordenamiento jurídico —introduce, en este caso, una prohibición *ex novo*— insertándose en el mismo con vocación de permanencia. Para limitar, durante el lapso de tiempo de su vigencia, la libertad de circulación de los habitantes de

⁴⁴ ALONSO MAS, J. M., SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2021). «Artículo 8», ob. cit., p.274; COBREROS MENDAZONA, E. (2021). «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», ob. cit., p. 12; BAÑO LEÓN, J.M. (2020). «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», ob. cit., p. 16. En esta línea, FERNANDO PABLO, M. M. (2021). «Sobre la creación, categorización y aplicación de la nueva legalidad: alarma en el Estado de Derecho», *Revista de la Administración Pública*, núm.214, pp. 274-275.

⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, S. (2020). «El poder y la peste de 2020», ob. cit., p.128.

⁴⁶ Véanse las tempranas SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre, entre otras.

⁴⁷ En este sentido, entre otros, RIDAO, J. (2021). *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, ob. cit., p.124.

⁴⁸ BAÑO LEÓN, J. M. (2020). «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», ob. cit., pp.17-18.

una población no es preciso dictar, cada vez, una nueva medida, sino que dicha regulación —abstracta— se aplica indistinta y permanentemente en el tiempo (hasta el fin de su vigencia) a todos los individuos sin necesidad de reiteración en su producción⁴⁹. Y algo muy similar es lo que sucede con las limitaciones territoriales a la libertad de circulación.

Cuando lo que se somete a autorización o ratificación es una norma reglamentaria, esta intervención judicial deviene en el último eslabón del proceso de creación de una disposición general, convirtiéndose así la jurisdicción, inevitablemente, en un órgano coreglamentador⁵⁰. Lo que hace pasar por una práctica tuitiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁵¹ no es sino una disfuncionalidad en el seno de nuestro Estado de Derecho. Esa suerte de control previo sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración es, a todas luces, ajeno a la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art.117 CE) y, como tal, parece inmiscuirse en el cometido propio del Poder Ejecutivo⁵². Estas reticencias, centradas en el ejercicio de una función consultiva vinculante con carácter prejudicial que, en último término, conducen a «administrativizar» al Poder Judicial son, en efecto, las que han conducido al Tribunal Superior de Justicia de Aragón a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art.10.8 LJCA⁵³ que ya ha sido admitida a trámite por el Tribunal Constitucional.

3.2.3. Autorización *vs.* ratificación

Los arts.8.6, 10.8 y 11.1 i) LJCA hablan de autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias, aunque la ley no precisa cuándo debe solicitarse cada una de ellas. Sin embargo, jurisprudencial y doctrinalmente se ha venido entendiendo

⁴⁹ Así, por ejemplo, ENRÍQUEZ MALAVÉ, G. (2020). «Naturaleza jurídica de las medidas adoptadas frente al Covid-19: ¿Actos administrativos o disposiciones judiciales?», *Diario la Ley*, núm.9740, pp.9-10.

⁵⁰ Esta crítica la hacen, entre otros, BAÑO LEÓN, J.M. (2020). «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», ob. cit., p.19; MUÑOZ MACHADO, S. (2020). «El poder y la peste de 2020», ob. cit., p.128; ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2021). «El comportamiento del Derecho durante la segunda ola de la pandemia», ob. cit., p.130, también en 2020, *el año de la pandemia de la Covid-19 (estudios jurídicos)*, ob. cit., pp. 119-120; PRESNO LINERA, M.A. (2021). «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de Covid-19», ob. cit., p. 347; RIDAO, J (2021). *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, ob. cit., p.133; CANTERO MARTÍNEZ, J. (2021). «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud», ob. cit., p.25; COBREROS MENDAZONA, E. (2021). «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», ob. cit., p. 12; VIDAL PRADO, C., «Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta donde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?», ob. cit., p. 283.

⁵¹ En este sentido, por ejemplo, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2021). «La pandemia, el estado de alarma y los jueces», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm.121, pp.114-115.

⁵² Esto ya lo avanzó el detallado Auto 102/2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Logroño, de 22 de septiembre.

⁵³ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2020.

que la autorización es previa a la entrada en vigor de la medida y la ratificación posterior⁵⁴. Ésta, no obstante, solo cabría excepcionalmente en el caso de que la solicitud de autorización, por la urgencia inaplazable de la medida —que debe, obviamente motivarse— frustrase su eficacia u ocasionara graves perjuicios. Los Tribunales más exigentes con esta distinción han venido teniendo en cuenta como motivos acreditativos de la falta de urgencia inaplazable de la medida, por ejemplo, la posibilidad de prever, con cierta antelación, la necesidad de su imposición —el caso de las prórrogas de las medidas sanitarias⁵⁵— o incluso el tiempo transcurrido entre la aprobación de las mismas y la solicitud de ratificación⁵⁶. No obstante, en la mayor parte casos se solicita la ratificación sin poner de manifiesto la concurrencia de razones de especial urgencia que impiden acudir a la autorización, tratando a aquélla como un práctico equivalente de ésta.

Esta disyuntiva entre autorización y ratificación, sin embargo, parece haber sido diluida en cierto modo por el Tribunal Supremo quien, de forma un tanto confusa, ha sostenido que la medida sanitaria «no puede desplegar eficacia *antes* de que haya sido ratificada judicialmente» o, en otros términos, que «las medidas sanitarias *aún* no ratificadas judicialmente no despliegan efectos ni son aplicables»⁵⁷. De ser así, la alusión a la ratificación resultaría superflua, al identificarse ésta con la propia autorización⁵⁸. De lo que no cabe duda es que las medidas sanitarias cuya ratificación se

⁵⁴ Véanse, entre otros, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. (2009). «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.6, pp.2-3; SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2020). «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia», *ob. cit.*, pp.150-151. Ya apuntaba en esta dirección COBREROS MENDAZONA, E. (1988). *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAEE/IVAP, Oñati, p.366 antes incluso de que se incluyese el mecanismo de autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias en la LJCA.

⁵⁵ Así lo señala el Auto 87/2020, de 5 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que no ratificó la prórroga de unas medidas cuya ratificación se solicitó al cuarto día de su vigencia. Sin embargo, otros Autos, como el 130/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 6 de octubre o 124/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 19 de mayo de 2021 han ratificado, y no autorizado, prórrogas (previsibles) de medidas sanitarias.

⁵⁶ Auto 170/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 22 de octubre. Sin embargo, estas dilaciones no se han tenido en cuenta en otras ocasiones, como es el caso del Auto 115/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ratifica unas medidas aprobadas el 18 de septiembre que fueron sometidas a ratificación el 22 entrando el vigor el 21 o el Auto 128/2020, de 8 de octubre, de ese mismo tribunal, que nada dice sobre el hecho de solicitar una ratificación cuatro días más tarde a la aprobación de las medidas (1-5 de octubre). También el Auto 57/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de mayo, que ratifica unas medidas solicitadas el 10 de mayo y aprobadas el día 7 o el Auto 98/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de mayo, que ratifica unas medidas que, aprobadas el 7 de mayo y entrando en vigor el 9, fueron sometidas a control judicial el 11 de ese mismo mes.

⁵⁷ Véanse los Autos del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2021 y el posterior 719/2021 de 24 de mayo (FJ 4º A), que sientan las bases de dicha doctrina.

⁵⁸ Así lo señala, por ejemplo, el Auto 64/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de mayo (FJ 4º).

deniega no pueden ser, tras el auto denegatorio correspondiente, aplicadas. Pero una cosa es que las medidas *no ratificadas* judicialmente (denegadas) no sean susceptibles de aplicación y otra que tampoco lo sean las *aún no ratificadas* judicialmente, cuando es la propia LJCA habla expresamente de autorización o ratificación.

En todo caso, para que la jurisdicción intervenga, es preciso que concurra el presupuesto de hecho habilitante: que la medida sanitaria «afecte a derechos y libertades fundamentales». Esto implica que no deben someterse en bloque —ni tampoco autorizarse o ratificarse de esa misma manera— a diferencia de como muchas veces se ha hecho, todas las resoluciones, órdenes o disposiciones en las que se contienen todas las medidas sanitarias a adoptar, afecten o no a los anteriores⁵⁹. También, que no deben someterse a control judicial las meras recomendaciones sanitarias⁶⁰, carentes de carácter vinculante. Asimismo, los derechos fundamentales que han de verse afectados, aunque la LJCA no lo precisa, debería entenderse que son, por el carácter excepcional de esta intervención judicial, solo los de la sección I del Capítulo II del Título I (arts.15-29 CE) y no todos los de este último⁶¹. En lo que ahora nos ocupa, resulta evidente que tanto los cierres perimetrales como las limitaciones horarias a la circulación requieren, en todo caso, la intervención judicial.

3.2.4. El parámetro de control

La LJCA tampoco concreta en qué consiste el juicio de autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias que deben hacer los tribunales. Éstos han venido señalando que su examen debe ceñirse a comprobar la competencia objetiva del órgano administrativo de que se trate para adoptar aquéllas (cobertura jurídica) y a la

⁵⁹ Véase, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Barcelona, de 30 de julio de 2020

⁶⁰ Véase, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº10 de Valencia, de 9 de septiembre (FJ 4º); el Auto 130/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 6 de octubre (FJ 7º); el Auto 128/2020, de 8 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (FJ 3); el Auto 115/2020, de 24 de septiembre, de mismo Tribunal (FJ 2º); el Auto 65/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 11 de mayo (FJ 2º) o el Auto 481/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo (FJ 6º).

⁶¹ Véase, entre otros muchos, el Auto 82/2020 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 2 de octubre o el Auto 130/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 6 de octubre, que consideran innecesario ratificar las medidas relativas al cierre de la hostelería y restauración. Otros, sin embargo, autorizan o ratifican medidas sanitarias que afectan a derechos distintos de los de la sección 1º del Capítulo II como, por ejemplo, el Auto 283/2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm.5 de Barcelona, de 24 de agosto; el Auto 167/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 16 de octubre o el Auto 65/2021, de 11 de mayo, de ese mismo tribunal, respecto, fundamentalmente, de la libertad de empresa (art.38 CE). Favorable a esta segunda opción, por ejemplo, CIDONCHA MARTÍN, A. (2021). «Coronavirus y libertad de empresa», en BIGLINO CAMPOS, P., DURÁN ALBA, J. F. (Dir.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, ob. cit., p.24. En contra, entre otros, ALONSO MAS, J.M. (2021). «Artículo 10», ob. cit., pp.410-411.

realización de un juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) sobre las mismas⁶². La *cognitio* judicial, en este caso, es reducida. Precisamente por ello, ese test de proporcionalidad debería ser un test sumario, más estrecho o menos intenso que el convencional —procedente en su caso, en el posterior el procedimiento administrativo ordinario (declarativo, plenario y con intervención del afectado)—. Esto parece lo más acorde con el carácter previo de esta intervención judicial, la ausencia de carácter contradictorio y, además, el escaso plazo para resolver, de tres días naturales (art. 122 *quarter* LJCA)⁶³. La intervención judicial que ahora nos ocupa parece orientada a descartar, únicamente, que la actuación de la Administración es *prima facie* irrazonable o arbitraria⁶⁴.

No obstante, la descripción que los propios Tribunales hacen de su cometido en este procedimiento es, ocasiones, confuso. Si bien subrayan que su función no consiste, obviamente, en controlar la oportunidad política de las medidas sanitarias adoptadas, a veces añaden que tampoco lo es analizar su «conformidad a derecho»⁶⁵. Sin embargo, analizar, en este caso, si las medidas sanitarias adoptadas carecen o no de cobertura legal y son, *prima facie*, proporcionales es, indudablemente, analizar su conformidad a Derecho, aunque sea de forma preliminar. Otra cosa es que el control jurisdiccional llevado a cabo en este procedimiento de autorización o ratificación no sea, ni deba ser, *pleno*, como lo es el desarrollado en el proceso contencioso-administrativo; pero que no sea pleno o, en palabras del propio Tribunal Supremo, que «no sea un examen exhaustivo de la legalidad de la actuación»⁶⁶ de la Administración, no significa que no sea jurídico o que sea un mero automatismo, sino que reviste, sencillamente, menos intensidad.

Dicha intervención judicial en forma de autorización o de ratificación, según la tesis predominante en sede jurisdiccional, es condición de eficacia de las medidas sanitarias⁶⁷. Sin embargo, a mi juicio, constituye más bien un requisito de legalidad

⁶² Véase, por todas, la Sentencia 594/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de agosto (FJ 7º).

⁶³ VELASCO CABALLERO, F. (2020). «Sobre la ratificación judicial de las medidas sanitarias contra el Covid-19», ob. cit., pp.11 y ss. Comparte este criterio también PRESNO LINERA, M.A. (2020). «Fortalezas y debilidades del Derecho de excepción frente al Covid-19», ob. cit., p.51.

⁶⁴ Así, por ejemplo, los Autos 142/2020, de 27 de octubre (FJ 2º) o 173/2021, de 7 de mayo (FJ 2º), del Tribunal Superior de Justicia de Valencia subrayan que este control judicial verifica la inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en el mismo a que la Administración trate de actuar en vía de hecho.

⁶⁵ Véanse, entre otros, el Auto 273/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 25 de octubre (FJ 3º) y el 193/2021, de 27 de mayo de 2021 (FJ 3º); el Auto 65/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 11 de mayo (FJ 1º), el Auto 21/2021, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 7 de mayo (FJ 2º), el Auto 481/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo (FJ 1º).

⁶⁶ STS 788/2021, de 3 de junio (FJ 5º).

⁶⁷ Véase los Autos del Tribunal Supremo de 20 de mayo, el 719/2021, de 24 de mayo (FJ 4º) o el Auto aclaratorio del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de 10 de mayo. En sede doctrinal, en esta misma línea, por ejemplo, PALOMAR OLMEDA, A. (2020). «Un balance para meditar:

de la actuación administrativa⁶⁸. Distintos tribunales han puesto de manifiesto que «la participación judicial se produce en el desarrollo de la potestad de autotutela de la Administración»⁶⁹, imbricándose por tanto la intervención judicial en el desenvolvimiento de la actuación administrativa. En consecuencia, si se deniega la autorización o ratificación judicial de la medida sanitaria de que se trate, aquélla sería inválida. Inválida y por tanto ineficaz, no válida pero simplemente ineficaz. Y es que, si la medida no consigue este aval judicial, *a priori* o *a posteriori*, por carecer de cobertura jurídica o por resultar desproporcionada, no parece descabellado concluir que la medida es propiamente inválida (ilegal).

El hecho de que esto sea así no empece que de la validez de la medida autorizada o ratificada pueda conocerse posteriormente en el correspondiente procedimiento contencioso-administrativo. El primer juicio solo supone admitir que *prima facie*, la medida no es arbitraria o desproporcionada, sin prejuzgar su validez «total». Aquélla goza de una aparente conformidad a Derecho. De ahí que para conocer de su validez plena haga falta acudir al procedimiento contencioso-administrativo ordinario. Ahora bien, si incluso en dicho examen preliminar ya se advierte la falta de cobertura jurídica o la desproporción de la medida, parece que ahí mismo decae su propia validez.

3.2.5. El nuevo recurso de casación

No podían concluirse las presentes páginas sin aludir a que la disparidad de criterios jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de autorizar o ratificar medidas sanitarias de alcance general condujo a llevar a cabo otra reforma de la LJCA —esta vez de su art.87— a través del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, 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 que introduce la posibilidad de que los autos denegatorios de autorización o ratificación de medidas sanitarias dictados por los Tribunales de Justicia o la Audiencia Nacional sean susceptibles de recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

las ratificaciones de las autorizaciones de medidas sanitarias», *Diario La Ley*, núm.9721, p.3 también en (2021). «Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, N° 9852, p. 5.

⁶⁸ ALONSO MAS, J. M., SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2021). «Artículo 8», ob. cit., pp.260 y ss. En esta línea parece estar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 3 de diciembre de 2020, que eleva la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 10.8 LJCA (FJ 4°).

⁶⁹ Véase el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla), de 14 de mayo de 2021 (FJ 2°) o el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de febrero (FJ 2°), entre otros.

Este control, al igual que los anteriores, se torna confuso. Y es que corre el riesgo de convertir al Tribunal Supremo en una segunda instancia revisora de los juicios de proporcionalidad previamente realizados. En otras palabras: si lo que se somete a casación es un auto que deniega la autorización o ratificación de las medidas sanitarias por falta de proporcionalidad, la naturaleza casacional del recurso está ausente⁷⁰. Se trataría, en tales casos, de un juicio de hechos. Y ahí, la naturaleza nomofiláctica del recurso de casación no está de modo alguno presente puesto que no se discute jurídicamente la interpretación o el alcance de ninguna norma⁷¹. Además, en tal caso, obviamente, carecería de sentido extender ese parecer jurisprudencial a otras autonomías con contextos sanitarios diferentes que, además, son tremendamente mudables en el tiempo. Así, la única posibilidad entonces es que el objeto de ese recurso de casación sea, únicamente, si el art.3LOMESP ofrece suficiente cobertura legal para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales de alcance general. Ahí sí parecería que se trataría de *casar* el criterio de los distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre una cuestión jurídica con el objetivo último de formar jurisprudencia (art.88LJCA).

Sin embargo, no parece que así entienda el Tribunal Supremo su nueva labor. Consciente de las propias dificultades anejas a este novedoso recurso de casación, aquél expresamente admite que su control debe ser sumamente limitado, lo que le conduce a colocar el interés casacional objetivo en la comprobación de que «la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar [cobertura jurídica y juicio de proporcionalidad]⁷²». El Tribunal Supremo se ve entonces abocado a reexaminar, en cierto modo, la aplicación de esas dos variables por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, algo que no se cohonestaba demasiado bien con la naturaleza nomofiláctica propia de la casación —alejada, como tal, de la resolución inmediata de los casos concretos— sino que se asimila más a la de una apelación⁷³ y, precisamente, tratando de evitar que sea propiamente tal ese control, cabe augurar, tenderá a ser bastante deferente con la actua-

⁷⁰ Así lo apuntaba GONZÁLEZ LÓPEZ, A. (2020). «La modificación de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa en materia de ratificación o autorización de medidas sanitarias urgentes», *Actualidad Administrativa* núm.12, p. 5. En el mismo sentido, LOZANO CUTANDA, B. (2021). «Real Decreto Ley 8/2021: la reforma del recurso de casación que ahonda en un 'Estado de gobierno judicial' y socava el principio de responsabilidad patrimonial», *Diario La Ley*, nº9854.

⁷¹ RIDAO, J. (2021). *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, ob. cit., p. 133.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Así lo estima también PALOMAR OLMEDA, A. (2021). «Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo», ob. cit., p. 10 y 12. Han analizado también algunos de los problemas que presenta este nuevo recurso de casación, entre otros, ALCANTARILLA HIDALGO, F. J., LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F. A. (2021). «Sobre el control casacional «expres» de las autorizaciones o ratificaciones judiciales de medidas sanitarias», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm.8, pp.89 y ss.; HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (2021). «El recurso de casación contra autos de autorización o ratificación de medidas sanitarias», *Diario La Ley*, Nº 9883, 2021

ción de los distintos Tribunales Superiores de Justicia. No parece, en suma, que el problema de la dispersión, que primero lo es de incertidumbre, vaya a solucionarse con la repetida participación de la jurisdicción en distintas modalidades, sino con la intervención del legislador determinando, con certeza y previsibilidad, las medidas sanitarias susceptibles de aplicación.

Title:

Free movement of people, health laws and Covid-19

Summary

1. BRIEF APPROACH: KIND OF MEASURES ADOPTED AND FREEDOMS CONCERNED. 2. THE ADMINISTRATION AND GENERAL LIMITATIONS TO THE FREEDOM OF MOVEMENT FOR HEALTH REASONS. 2.1. The scope of the Organic Law 3/1986, 14th April, of Special Measures in Public Health matters. 2.2. The rise of regional public health laws 3. THE JUDICIAL REVIEW OF HEALTH MEASURES. 3.1. The traditional model: the old art. 8.6 LJCA 3.2. The new model: the judicial review of general health measures (arts. 10.8 y 11.1 i LJCA). 3.2.1. The origin of the reform 3.2.2. The object of the judicial review. 3.2.3. Authorization vs. Ratification. 3.2.4. The parameter of control. 3.2.5. The cassation appeal of health measures

Resumen

Este trabajo trata de analizar, por un lado, la cobertura jurídica de las limitaciones generalizadas de la libertad de circulación, espaciales (cierres perimetrales) o temporales (confinamientos nocturnos) impuestas con ocasión de la pandemia del Covid-19 al amparo de la legislación sanitaria especial sobre salud pública. Por otro, estudia el mecanismo de autorización y ratificación de medidas sanitarias por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, todo ello en aras de comprobar la viabilidad de la imposición de dichas medidas al margen del Derecho de excepción y los problemas que ésta plantea.

Abstract

This paper aims at analyzing, on the one hand, the territorial and time limitations of the freedom of movement imposed in Spain due to the Covid-19 pandemic on the basis of the health legislation. On the other hand,

it also aims at studying the new authorization and ratification mechanism of health measures. The purpose of that all is to check the legal viability of that measures imposed outside of the law of exception and the problems it has recently raised.

Palabras clave

Libertad de circulación; salud pública; autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias.

Key words

Freedom of movement; public health; judicial review of health measures.