

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016655 **FAX:** 94-4016996

Correo electrónico: tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus

NIG PV: **00.01.3-21/000337**

NIG CGPJ: **48020.33.3-2021/0000337**

ZZZ 373/2021 - Seccion 3ª ESI

SOLICITANTE: ADMINISTRACION GENERAL DE LA
COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

Representante: SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL
GOBIERNO VASCO

ACTUACIÓN RECURRIDA: AUTORIZACION O RATIFICACION CONFORME AL ART. 10.8 LJCA DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LOS PUNTOS 1 Y 2 DEL ARTICULO 4 DEL DECRETO /2021 DE XX DE MAYO DEL LEHENDAKARI SOBRE MEDIDA DE PREVENCIÓN PARA CONTENER LA PROPAGACION DE INFECCIONES CAUSADAS POR EL SARS -COV-2. Ç. =

AUTO N.º 21/2021

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOTXEA

MAGISTRADOS: D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

Dª. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

Siendo Ponente D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOTXEA.

En Bilbao, a siete de mayo de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- El Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco solicitó en fecha 4.05.2021 , la ratificación judicial de las medidas previstas en los puntos 1 y 2 del artículo 4 de un futuro Decreto de 2021 del Lehendakari sobre medidas de prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2

Conferido traslado al Ministerio Fiscal para informe de manera inmediata, lo evacuó el día 5.05.2021, informando desfavorablemente, quedando seguidamente de dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la representación del Gobierno Vasco se solicita autorización para las medidas previstas en los puntos 1 y 2 del art. 4 del Decreto XX/2021, no publicado, del Lehendakari, sobre medidas de prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2.

Considera la parte que las medidas tienen amparo en el art. 43.1 y 2 CE, la L.O 3/1986, la General de Sanidad y la General de Salud Pública, siendo competente el órgano administrativo que lo ha dictado en base a la declaración de emergencia sanitaria en Euskadi; que son medidas necesarias y adecuadas para el fin pretendido; y que son proporcionales, dada la naturaleza y efectos del virus, cara a la protección de la salud pública y habida cuenta de que los derechos fundamentales no tienen un contenido absoluto.

Por su parte la Fiscalía informa que no debe efectuarse un pronunciamiento sobre la restricción de la agrupación de personas a un máximo de 4 al no afectar al derecho fundamental de reunión, con lo que no es necesaria autorización.

Por otro lado, se opone a que se autoricen las medidas consistentes en limitación de movilidad nocturna entre las 22:00 y las 6.00 horas y los cierres perimetrales de la Comunidad Autónoma y municipales.

SEGUNDO.- La primera cuestión que ha de analizarse se refiere a que el Decreto que recoge la medida sobre la que se solicita autorización ha sido firmado por el Lehendakari pero ha quedado pendiente de publicación.

Obvio resulta decir que los Tribunales no emiten dictámenes si no tienen un asunto concreto que resolver. En este caso dicho asunto existe pues nos encontramos ante una Orden firmada que, en ningún caso entraría en vigor respecto del derecho fundamental al que afecta el punto arriba indicado hasta que se autorice por este Tribunal.

Asimismo, debemos subrayar que la garantía jurisdiccional de esta autorización es previa a su vigencia (así, autos de las Salas de lo Contencioso Administrativo de Madrid de 24 de septiembre de 2020 y de Aragón de 5 de octubre de 2020). A ello hay que añadir que la Sala de lo Contencioso Administrativo de Cataluña se ha enfrentado a una situación idéntica no apreciando obstáculo alguno para analizar el fondo de la autorización solicitada con una orden escrita aunque no publicada (auto de 16 de octubre de 2020).

Con ello, la Sala entiende que no existe obstáculo para analizar la procedencia o improcedencia de la autorización que se ha solicitado.

TERCERO.- AMBITO DE ESTE PROCEDIMIENTO. Antes de continuar estimamos conveniente delimitar el ámbito de la cognitio judicial a la hora de resolver sobre la ratificación judicial de las medidas acordadas por la Administración en condiciones de urgencia por ser necesarias para la salud pública.

Para hacer esta delimitación partimos de que la ratificación o autorización judicial solo es precisa cuando las medidas pueden implicar limitación o restricción de algún derecho fundamental, según la literalidad del *artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*.

Por tanto, el enjuiciamiento de las medidas a la hora de valorar su ratificación, debe concretarse, como ha declarado el *TSJ de Madrid en la sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto, dictada en el recurso de apelación nº 907/2020, "(...)a la ponderación de las variables del binomio salud/enfermedad, atendido el contexto y los parámetros de constitucionalidad que definen el contenido de los bienes jurídicos que menciona aquel precepto, pues lo contrario supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conllevan para el ciudadano."*

Ello supone que la ratificación judicial de las medidas no alcanza a la declaración de conformidad a derecho de las mismas, sino que nuestro pronunciamiento en este trámite se centra a su valoración como necesarias, justificadas y proporcionales en cuanto a las limitaciones que imponen para lograr el fin perseguido que no puede ser otro que la protección de la salud pública.

Desde esta perspectiva consideramos que los elementos a ponderar en un procedimiento como el presente han de ser:

- .-Que las medidas preventivas hayan sido acordadas por una Autoridad Sanitaria que aparezca competente para ello;
- .-Que se justifique la necesidad de las medidas acordadas;
- .-Que exista proporcionalidad de las limitaciones que se imponen con el fin perseguido de protección de la Salud Pública.
- .-Que exista una ley en la que se amparen la limitación de derechos fundamentales cuya autorización se solicita.

Cualquier otro aspecto que pueda incidir en la legalidad de las medidas acordadas deberá hacerse valer a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente.

CUARTO.- Que el texto del art. 4.1 y 2 del Decreto cuya autorización se solicita establece que:

"Artículo 4.- Medidas limitativas de incidencia y circunstancias colectivas

1. Cuando la Tasa de Incidencia Acumulada de contagios por COVID-19 en 14 días en el conjunto de Euskadi sea superior a 200/100.000 habitantes, se disponen las siguientes medidas:

- *Se establece una limitación de movilidad nocturna entre las 22:00h y las 06.00h.*
- *Se restringe la agrupación de personas a un máximo de 4, sin contar*

convivientes.

- Se determina el cierre territorial perimetral de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

2.- Se mantiene el cierre perimetral municipal en aquellas localidades de más de 5.000 habitantes con una Tasa de Incidencia Acumulada superior a 400/100.000 habitantes, y en aquellas de menos de 5.000 habitantes en que se superen los parámetros establecidos por la Dirección de Salud Pública y Adicciones."

QUINTO.- Que analizaremos a continuación el marco normativo en el que, en cuanto al fondo del asunto, se enmarca la ratificación que se solicita.

-La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que dispone:

Artículo 1

" Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad".

Artículo 2

" Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad".

Artículo 3

" 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."

-La Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, cuyo artículo 26 dispone:

"1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y

extraordinario que las justificó."

-La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública cuyo artículo 54 dice:

"1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.*
- b) La intervención de medios materiales o personales.*
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.*
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.*
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.*
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.*

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad."

Por lo tanto y con arreglo a estos preceptos, es la autoridad sanitaria competente quien puede y debe adoptar las medidas que se consideren necesarias en el caso de la existencia de un riesgo para la salud de carácter transmisible.

Hemos hecho referencia a la normativa estatal, que es la aquí entraría en juego por cuanto que es el Estado el que tiene competencias en materia de "bases generales y coordinación general de la sanidad" (art. 149.16° CE), contando las Comunidades Autónomas con la materia de "sanidad e higiene" (art. 148.1. 21° CE). Pero lo que es más importante sólo por Ley del Estado pueden establecerse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE).

Dicho esto, el precepto esencial a analizar es el art. 3 de la L.O. 3-1986, de 14

de abril de medidas especiales en materia de salud pública. Pues bien, se trata de una norma que, para empezar, habla del control de enfermedades transmisibles, con posibilidad de adopción de medidas preventivas generales, medidas de control de enfermos y personas relacionadas con los mismos, así como las que se consideren "necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

Como puede verse, el art. 3 al que nos venimos refiriendo, tal como indica el auto de 10 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Aragón, alude a *"personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y de personas que se han relacionado con ellos. La cláusula final, abierta, no salva el vacío existente cuando se impone la restricción de un derecho fundamental que se impone a cualquier persona no identificable."*

De hecho, este artículo tiene relación directa con el art. 8.6 Ley 29/98, debiendo subrayarse que el art. 10.8 Ley 29/98 en la redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico 2º de este auto es únicamente una norma procesal, no sustantiva debiendo tener una base en una norma sustantiva las medidas que se adopten.

En definitiva, la referencia del art. 3 L.O. 3/86 de 14 de abril a las medidas que se consideren *"necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible"* han de entenderse referidas a aquellos a quienes se dirige el precepto que con los *"enfermos"* y las *"personas que han estado en contacto con los mismos"*, respecto de los que cabrían medidas de *"control"* y los que resulten necesarios si el riesgo es transmisible y que estaban en relación con el art. 8.6 Ley 29/98, como antes se ha apuntado, en la redacción previa a la Ley 3/2020.

A quien no se dirige es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos.

No puede perderse de vista que en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista, sin desconocer que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos preveen.

Por lo demás el resto de normas sanitarias que hemos citado tienen una redacción similar y, por tanto ha de llegarse a la misma conclusión que con la Ley Orgánica 3/1986.

Así, la Ley 14/1986 en su art. 26 hace referencia a *"medidas preventivas que se estimen pertinentes en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud"*, pero posteriormente alude a incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y otras, que no se especifican, pero que ha de entenderse que deben ser de análoga naturaleza pues en caso contrario, no tendrían cobertura legal ya

que lo que no cabe es acordar cualquier medida innominada de cualquier clase y, mucho menos, si se trata de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Finalmente, el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, añade a lo dicho lo que dispone el apartado 2 f) relativo a "cualquier medida ajustada a la legalidad vigente" con lo que su base habría de buscarse en otras normas y, como hemos indicado, no dan cobertura a limitar derechos fundamentales.

SEXTO.- Que en este contexto normativo e interpretativo, analizaremos las medidas cuya autorización se solicita.

Comenzaremos por la restricción del límite de personas a un máximo de 4, sin contar convivientes.

La Fiscalía entiende que no es necesaria autorización para ello al no afectar al derecho fundamental de reunión ya que la limitación no se vincula al ejercicio de la libertad de opinión y manifestación.

Ahora bien, el art. 4.1 del proyecto de Decreto objeto de este procedimiento alude a que "*se restringe la agrupación de personas a un máximo de cuatro, sin contar convivientes.*" Como puede apreciarse no se distinguen espacios públicos o privados ni el objeto de la agrupación.

La libertad de opinión no sólo se ejerce por el cauce previsto en la L.O 9/1983, de 15 de julio, que exige comunicación previa de la reunión (que no autorización) si se superan las 20 personas.

Esta libertad de opinión puede ejercerse ante familiares, allegados, amigos, etc. y limitarlo a cuatro personas no convivientes afecta al derecho fundamental de reunión y más si no hay distinción alguna entre espacios públicos y privados.

Ahora bien, se han de efectuar algunas precisiones. En primer lugar, que la no autorización no implica que no sea posible, como se ha hecho, fijar límites en el desarrollo de actividades (hostelería, deportes, etc.) que, por sí, no afectan a derechos fundamentales.

En segundo lugar, que la agrupación de personas ha de tener un fin lícito sin que quepa desarrollar actividades prohibidas por normativa sectorial (botellones, por ejemplo).

Finalmente se ha de recordar las exigencias establecidas en las normas sanitarias tales como uso de mascarillas o distanciamiento social.

SÉPTIMO .- Que pasaremos a analizar a continuación las limitaciones a la movilidad nocturna (entre las 22:00h y las 6:00h) y los cierres perimetrales tanto de la Comunidad Autónoma como municipales, respecto de los que la Fiscalía entiende que no procede la autorización solicitada.

Claro resulta decir que la interpretación efectuada en el fundamento de

derecho 5º de esta auto en relación con las normas sanitarias de aplicación conllevaría, por sí misma, la denegación de la autorización solicitada.

Añadiremos a lo expuesto que la expresión del art. 3 L.O. 3/1986 relativa a la posibilidad de que la autoridad sanitaria tome las medidas "*necesarias*" en caso de riesgo de carácter transmisible representa un cajón de sastre carente de precisión, que podría afectar con carácter general a un amplio número de ciudadanos y a cualquier derecho fundamental, es una regulación que carece de precisión al limitarse a apoderar a la autoridad sanitaria sin señalar limitación alguna a las medidas ni garantías a respetar lo que es contrario a doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en las sentencias de dicho Tribunal 49/99, 292/00, 154/14 y 76/19.

Por otro lado, la legitimidad constitucional de la limitación de los derechos fundamentales no puede venir amparada por la mención al interés público por sí misma (STC 76/19). En consecuencia, la posterior ratificación judicial al amparo del art. 10.8 Ley 29/98 no podría cubrir una restricción de derechos fundamentales acordada al amparo de dicha habilitación en blanco.

En definitiva, nuestro actual ordenamiento jurídico no permite que las Comunidades Autónomas puedan acordar, fuera del estado de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado.

OCTAVO .- Que no procederá hacer expresa imposición de las costas de este incidente (art. 139 Ley 29/98).

La Sala

ACUERDA:

1º) No autorizar las medidas previstas en los puntos 1 y 2 del art. 4 del Decreto XX/2021, no publicado, de XX de mayo, del Lehendakari sobre medidas de prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS- COV-2.

2º) No hacer expresa imposición de las costas del procedimiento.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Otros 373/2021-Auto fin proced.
07/05/2021

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
