

El Tribunal Supremo desestima el recurso del Gobierno de Canarias y se pronuncia sobre el nuevo «recurso de casación COVID»

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el nuevo recurso de casación introducido por el Real Decreto Ley 8/2021 al resolver el recurso formulado por el Gobierno de Canarias contra el auto judicial que denegó determinadas medidas restrictivas para luchar contra la pandemia.

En su Sentencia 719/2021, de 24 de mayo (recurso 3375/2021, ponente Murillo de la Cueva), el Tribunal Supremo desestima el recurso del Gobierno de Canarias contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia que denegó parte de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que le había solicitado el Gobierno de Canarias. En el recurso de casación interpuesto por dicho Gobierno autonómico únicamente se combate la denegación de la medida de limitación de entrada y salida de las islas que se encuentren en nivel de alerta 3 y 4.

El Tribunal Supremo se pronuncia en esta Sentencia sobre el recurso de casación, creado por el Real Decreto Ley 8/2021, que cabe interponer contra los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y por la Audiencia Nacional para la autorización o ratificación judicial de las medidas de protección sanitaria contra el COVID-19 que supongan restricción de derechos fundamentales.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

La Sentencia reconoce que sobre el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) está planteada una cuestión de inconstitucionalidad y que ha sido admitida a trámite, pero ello no le impide resolver el recurso de casación interpuesto y, con carácter previo, pronunciarse de manera indisimulada sobre la constitucionalidad del sistema. Son muchas, en efecto, las apreciaciones que sobre él hace la sentencia, recalcando, eso sí, que lo son «a la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie». Pasamos a exponerlas muy resumidamente.

1. Las medidas sanitarias adoptadas por la Administración autonómica o estatal no pueden desplegar eficacia antes de que hayan sido ratificadas judicialmente; no se trata, dicho de otro modo, de un control sucesivo o de impugnación sino de «una condición de eficacia de dichas medidas».
2. Las medidas que deben ser objeto de ratificación son las que no están ya previstas, bien por la legislación sanitaria o bien por la de policía administrativa o por la correspondiente a otras materias (como son, entre otras, las relativas a horarios y aforos en establecimientos públicos o el consumo de alcohol en espacios públicos).
3. Señala también la Sentencia la singularidad que presenta el procedimiento, en atención a las siguientes notas que lo caracterizan:
 - a) Su tramitación preferente y los brevísimos plazos en que ha de sustanciarse.
 - b) El hecho de que «carece de naturaleza contradictoria», dado que «únicamente puede promoverlo la Administración que pretende obtener la ratificación y sólo está llamado a intervenir en él el Ministerio Fiscal».
 - c) El carácter limitado de la cognición a la que da lugar. El tribunal ha de limitarse a comprobar si concurre la imprescindible habilitación normativa de la medida y, a partir de ella, a una «constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo más, a una verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas».
4. La Sentencia afirma que, en atención a este carácter limitado del control, la ratificación preliminar de las medidas no impediría a los afectados por ellas recurrir las disposiciones o actos que las prevean dado que «a falta de contradicción y de una prueba plena, no cabe aquí un examen *a fondo*».

Ciertamente, no cabe un análisis «*a fondo*» en tales circunstancias, pero sí se lleva a cabo un análisis «*sobre el fondo*» de la cuestión, que no es otro que la adopción temporal de las medidas administrativas restrictivas de derechos.

Por ello, si bien la Sentencia insiste en que la decisión que se adopte «no podrá condicionar de ningún modo el control de legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo», estamos ante una falacia circular dado que, aunque se permita el recurso contra la decisión de la Administración, lo cierto es que un Tribunal, *incluso de rango superior al competente para juzgarla*, ya habrá llevado un control de su adecuación, necesidad y proporcionalidad. Este control habrá sido, si se quiere, apresurado y preliminar, pero es precisamente el que ha otorgado eficacia a la decisión administrativa. Aquí estriba la diferencia esencial de este régimen de control judicial con el de la autorización de entrada en el domicilio con el que se pretende equiparar, pues en éste último hay un acto administrativo previo presuntamente válido y eficaz (p.ej., orden de embargo o de desalojo) que el juez no enjuicia en cuanto al fondo, limitándose a controlar las condiciones en las que se debe ejecutar.

Como poco, en estos casos estamos ante una «cuestión prejudicial vinculante» de muy difícil encaje en nuestro derecho, aunque no cabe descartar que el Tribunal Constitucional, al igual que lo ha hecho ya el Tribunal Supremo, acabe por cohonestarla.

5. El recurso de casación «sigue descansando en un interés casacional objetivo», si bien se trata de un interés casacional muy peculiar, con el que se trata de definir cómo «la comprobación de que la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar». Para ello, de forma ineludible, habrá que evaluar los hechos concurrentes (como lo hace esta misma Sentencia) en contra de lo que preceptúa el artículo 87.bis.1 de la Ley de la Jurisdicción.
6. La legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación cuando se den determinadas circunstancias. Dice en este sentido la Sentencia que el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, ha de interpretarse conjuntamente con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011 que abordan situaciones semejantes y persiguen la misma finalidad de proteger la salud. Así entendido, este conjunto de preceptos «ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales».

La Sentencia no puede por menos que admitir, sin embargo, que «sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica».

7. El Tribunal Supremo fija, por último, una serie de pautas sobre el control judicial que se lleva a cabo por los Tribunales de Justicia en el procedimiento de ratificación.

Dice así la Sentencia que este control ha de consistir en la comprobación de «que la Administración (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados a tal fin. Sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá juzgar si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada».

En el caso concreto planteado en este recurso, el Tribunal Supremo considera que el recurso de casación ha de ser desestimado porque el razonamiento del auto contra el que se dirige, por las razones que expone, «no solo es coherente con los presupuestos de los que parte sino también razonable por el resultado al que llega».