

Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (acred) de Derecho Administrativo

Magistrado de lo contencioso-administrativo (EV). Abogado

Diario La Ley, Sección Tribuna, 10 de Mayo de 2021, **Wolters Kluwer**

ÍNDICE

[Las medidas sanitarias y la actuación judicial la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo](#)

[I. ¿De donde nace todo?](#)

[II. La reforma, en sus estrictos términos](#)

[III. ¿De donde vienen los problemas? La naturaleza jurídica del acto, o, de la disposición](#)

[IV. La nueva perspectiva: avanzamos en un camino decidido](#)

[V. El recurso de casación: su naturaleza y su adulteración.](#)

[1. La asimetría entre la autorización y la resolución de base: la ruptura de un modelo](#)

[2. El modelo casacional](#)

[3. El recurso de casación, en sus estrictos términos](#)

[VI. El fin de la pandemia como solución](#)

Comentarios

Resumen

El presente trabajo trata de analizar la problemática que ha planteado en el ámbito contencioso-administrativo la reforma, de urgencia, que ha realizado el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo en relación con la introducción de una nueva modalidad en el recurso de casación para conocer de los autos que dictan los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas, en relación con las peticiones de autorización o ratificación de medidas sanitarias, de carácter general, que afectan, por su intensidad a los derechos fundamentales de las personas. La autorización o ratificación judicial es el mecanismo que el Estado de Derecho interpone entre la actuación de los poderes públicos y el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales. Su

utilización tan masiva e intensa en estos días, en estos tiempos de pandemia, puede estar desfigurando su naturaleza y su virtualidad.

Palabras clave

Autorización judicial, ratificación judicial, medidas sanitarias, urgencias sanitarias, emergencia, recurso de casación específico, competencias órganos jurisdiccionales.

Abstract

This paper tries to analyze the problem that the reform, of urgency, carried out by Royal Decree-Law 8/2021, of May 4, has raised in the contentious-administrative sphere in relation to the introduction of a new modality in the cassation appeal to hear the orders issued by the Courts of Justice of the Autonomous Communities, in relation to requests for authorization or ratification of health measures, of a general nature, that affect, due to their intensity, the fundamental rights of people. Judicial authorization or ratification is the mechanism that the rule of law interposes between the performance of public powers and the peaceful exercise of fundamental rights. Its use so massive and so intense these days, in these times of pandemic, may be disfiguring its nature and its virtuality.

Keywords

Judicial authorization, judicial ratification, sanitary measures, sanitary emergencies, emergency.

- Comentario al documento La reforma urgente y precipitada del recurso de casación para atribuirle al Tribunal Supremo, en un procedimiento específico y con limitación y supresión de trámites, la competencia para establecer doctrina sobre la posición de los órganos jurisdiccionales –Tribunales

Superiores de Justicia— en el ámbito del enjuiciamiento de las resoluciones y decisiones generales sobre las emergencias sanitarias cuando afectan al ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales de las personas es, sin duda, un salto cualitativo que, probablemente, precisaba de mayor reflexión y de una estructura teórica más sólida. Frente a esto, se sea o competente para conocer del fondo de la cuestión, se rompe el fondo de la cuestión y protección de los derechos fundamentales y se sitúa esta última cuestión en el ámbito de competencia del Tribunal Supremo cualquiera que sea la procedencia de la medida y la autoridad que la ha dictado. Esta disociación es compleja de admitir y lo será de visualizar porque es difícil enjuiciar las medidas de una forma descontextualizada del marco en el que se dictaron. En todo caso, se trata de una actuación exprés que rompe con la tramitación ordinaria de la casación y que introduce la urgencia en la decisión como elemento basal y fundamental de la propia actuación jurisdiccional. La administración de la justicia no debe producirse al margen de las necesidades de la sociedad pero, a veces, precisa un tiempo de análisis que asegure la decisión. Se puede llegar a tener la sensación de que la urgencia solo opera en este momento y, sin embargo, la realidad está demostrando que muchas de estas actuaciones podrían hacerse en otros plazos y con otras dinámicas que no conduzcan a soluciones que puedan llegar a ser precipitadas.

I. ¿De donde nace todo?

Es el artículo 8.6 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) el que establece, en la actualidad (en origen era el 8.5) la competencia para conocer de las autorizaciones sanitarias de urgencia que sitúa en manos de los juzgados de lo contencioso-administrativo, en gran medida, conformados como el juez natural de la primera instancia para el tema de las autorizaciones, probablemente, en clave de inmediatez y de rapidez.

Establece el citado artículo que correspondía a estos órganos jurisdiccionales «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada...».

El uso y el ejercicio de esta competencia en el período de pandemia introdujo una parte de la problemática que ahora se reproduce y la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, en la disposición final 2.2 (LA LEY 16761/2020). acuerda diferenciar entre actos y disposiciones (1) , pero manteniendo el mismo

de las autorizaciones y ratificaciones. Para evitar la dispersión del ejercicio de la competencia, el artículo 10.8 le atribuye la competencia a las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia en los términos siguientes:

«...8. Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.».

Para cerrar el círculo, el artículo 11.1. atribuye a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional la competencia residual, cuando las autoridades sanitarias se identifican con la administración estatal. Específicamente señala que «...») De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente...».

Esto nos permite indicar que se ha articulado una facultad de autorización o ratificación (por cierto, sin precisar en qué momento procede una u otra lo que habrá que entender que se remite a la legislación sanitaria de cobertura) de las disposiciones sanitarias que las autoridades del mismo orden consideren urgentes y necesarias para la salud pública ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma y de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para el supuesto de que el ejercicio corresponda a la autoridad sanitaria estatal. La característica en este caso es que la competencia se atribuye a la Audiencia nacional con independencia de cual sea el rango de la autoridad que las adopta, incluso si fueran adoptadas por los órganos de la administración territorial o por los delegados del gobierno. Por decirlo en términos coloquiales se «hace tabla rasa» y se centraliza todo en la Audiencia nacional pensando, probablemente, en una situación como la presente en la que la actuación centralizada se corresponde mínimamente con la autoridad que, a menudo, está en el ámbito de la fiscalización de la audiencia nacional, pero eludiendo pensar en el futuro y en la propia sistemática de la norma para la ordenación de las relaciones de todo orden a las que se pueda aplicar.

II. La reforma, en sus estrictos términos

El resultado de este ejercicio ha sido desigual. Casi siempre, en términos judiciales, los inicios de alguna institución son desiguales. No todo el mundo piensa igual y lo hace al mismo tiempo. Esta no es

la esencia de una función realizada por personas humanas y, desde luego, la desigualdad no siempre gusta.

A partir de aquí y teniendo en cuenta que el legislador y el Gobierno habían decidido que la responsabilidad sobre las medidas de este orden dejara de estar en el ámbito de actuación o de cobertura de un decreto de estado de alarma, dictado al amparo de la Ley Orgánica 4/1981 (LA LEY 1157/1981), de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio, el problema era más que evidente: la desigualdad dejaba de ser un tema de personas que piensan diferente y pasaba a ser un problema con contenido político.

El Gobierno, actuando como legislador de urgencia, diseña un sistema para atacar la desigualdad interpretativa y para ello modifica el artículo 87 de la LRJCA (LA LEY 2689/1998) en el artículo 15 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo (LA LEY 9827/2021) en los siguientes términos:

- Admisión de recurso de casación

Se introduce un artículo 87. 1.bis que declara la posibilidad de interposición de recurso de casación en la siguiente forma:

«...1 bis. Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y del artículo 11.1.i) de esta ley ».

- Diseño de un recurso de casación específico para conseguir la igualdad interpretativo.

Esta función le corresponde al nuevo artículo 87. Ter. El procedimiento lo analizamos posteriormente en otro apartado, pero en este momento introductorio señalaremos algunas características que han complementado la regulación.

Podemos resumirlas en las siguientes:

- Legitimación ampliada

Se refiere a la misma el apartado 4 del nuevo artículo 87 ter en los siguientes términos:

«...4. Si el objeto de la autorización o ratificación hubiera sido una medida adoptada por una autoridad sanitaria de ámbito distinto al estatal en cumplimiento de actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad, en su caso previo acuerdo del Consejo Interterritorial del

Sistema Nacional de Salud, también ostentará legitimación activa en el presente recurso la Administración General del Estado...».

Significa esto que la Administración General del Estado se convierte en legitimado activo siempre que la resolución de origen, aunque hubiera sido dictada por la Administración autonómica, lo hubiera sido en el marco de las actuaciones coordinadas declaradas por el Ministerio de Sanidad previo acuerdo el Consejo Interterritorial del Sistema nacional de Salud.

El tema no deja de ser complejo. Las actuaciones coordinadas son las previstas en el artículo 65 de la Ley de Cohesión que, en el apartado 1, establece que «... 1. La declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera urgente de las medidas adoptadas...».

Sin embargo, la declaración de actuación coordinada no sustituye la actuación de la respectiva Administración, sino que la condiciona. Así lo aclara el artículo 65.2 de la Ley de Cohesión que remite a la competencia de cada Administración, pero la condiciona en los términos de la actuación coordinada aprobada por el Consejo Interterritorial de Salud. El acto, la disposición es, por tanto, de la correspondiente Administración Autonómica. Ahora lo que se establece es que la AGE tendrá legitimación activa para la interposición del recurso de casación cuando el auto del Tribunal inferior haya decidido la no autorización o ratificación de las medidas dictadas.

Esto nos permite indicar que, una competencia condicionada por una actividad de coordinación-cooperación- y, por tanto, de carácter intrínsecamente interna se sale de su molde natural y se proyecta sobre la actuación de la propia Comunidad Autónoma al establecer una especie de protección del «interés coordinado» como elemento de proyección de dicha legitimación para el recurso de casación.

Realmente este salto es muy complejo de comprender porque debemos recordar que la actuación judicial en esta materia no es plenaria ni de legalidad sino de protección o de preservación de los derechos fundamentales. Esta versión individual se desborda en un proceso en el que no solo tiene legitimación quien dicta la Resolución inicial (obvio) sino también quien estableció su fundamento en el seno de una relación interadministrativa.

Adicionalmente podría pensarse que este salto conceptual está atribuyendo a la AGE competencias —aunque sean de defensa— de actos o resoluciones que, materialmente, corresponden a las Comunidades Autónomas. Esta sería la lógica consecuencia de trasvasar la relación interadministrativa y convertirla en una relación *ad extra* susceptible de ser tutelada en sede judicial por la AGE.

— La urgencia, rogada

Se refiere a esta cuestión el apartado 5 del nuevo artículo 87 ter en el siguiente sentido:

«...5. Cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario y, en todo caso, cuando la demora en la resolución pueda causar perjuicios irreversibles, las partes podrán solicitar en el escrito de interposición que se habiliten los días inhábiles para la tramitación y resolución del recurso de casación. Contra la decisión que deniegue la habilitación solicitada no cabrá recurso...».

Se establece así una tramitación de urgencia, rogada o instada por las partes, que lleva a la habilitación de días inhábiles y que convierte este tipo de recurso en una casación de alta rapidez que no siempre será compatible con el sosiego y la reflexión que exigía la casación convencional, proyectada sobre el futuro y sobre la interpretación de las normas con un alcance general. Aquí parece que esta versión (que no se ha eliminado totalmente como veremos) deja paso al proceso concreto y a su virtualidad sobre las relaciones jurídicas en las que se proyecta. Esta circunstancia está llamada a desvirtuar la figura y la funcionalidad del recurso de casación que está costando tanto ir formando.

— La tramitación sin la aplicación del artículo 128 de la Ley Jurisdiccional

Esta es otra de las características que ha exceptuado expresamente la posibilidad de rehabilitación de plazos prevista en el artículo 128.1 de la Ley jurisdiccional cuando señala que «... 1. Los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos el secretario judicial correspondiente tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si **se presentare dentro del día** en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos.».

El efecto, en sí mismo, no ofrece mayor crítica porque realmente es la tramitación común en todas las jurisdicciones que no son la contencioso-administrativa. La pregunta que cabe plantear es sino es momento de derogar con carácter general este precepto y restablecer la interpretación tramitación conforme a reglas comunes. (2)

— Reglas comunes de extensión y estilo.

El artículo 87 ter de la LJCA (LA LEY 2689/1998) establece que «8. Se aplicarán a todos los escritos los requisitos de extensión máxima y normas de estilo establecidas por la Sala en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 87 bis.3 de la presente ley...» El precepto remitía a lo que había añadido la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (LA LEY 12048/2015) según el cual «... 3. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado", la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación...».

En ejecución de dicha habilitación se dictó el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (LA LEY 11022/2016) (BOE de 6 de julio de 2016)

III. *¿De donde vienen los problemas? La naturaleza jurídica del acto, o, de la disposición*

Con carácter previo a cualquier otra consideración cabe indicar que, pese a que la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LA LEY 2689/1998) data, como es conocido, de 1998 es, prácticamente ahora, cuando hemos reparado seriamente en el mecanismo de autorización o ratificación (términos que, claro está, no son ni pueden ser usados de forma intercambiable) por los jueces o tribunales del orden contencioso-administrativo de decisiones de las autoridades administrativas. El debate que se ha generado no puede considerarse menor ya que no ha dejado de crecer el número de este tipo de procedimientos judiciales como consecuencia de la pandemia y las medidas adoptadas por los Gobiernos autonómicos para su control. (3) .

La introducción de la autorización-ratificación en el ámbito competencial de la actuación de los órganos jurisdiccionales permitió tener claro que la función del órgano jurisdiccional no era plenaria, sino que se limitaba a la supervisión/observación de las medidas y a la autorización para su implantación al

considerar que no afectan a los derechos fundamentales. Si afecta, si el juez considera que afectan, no hay una declaración de nulidad de la norma sino una falta de ratificación o autorización para su implementación (4) . La declaración sustantiva de oposición al Ordenamiento Jurídico corresponderá a los órganos jurisdiccionales que conozcan, en su caso, las impugnaciones contra la norma en cuestión.

El mecanismo —como puede verse— no deja ser complejo porque no se proyecta estructuralmente sobre el acto objeto de la autorización o la ratificación, sino que se proyecta o se sitúa por encima de él en un juicio de oposición a los derechos fundamentales que no se concreta en la legalidad del acto o disposición en cuestión. Es cierto, sin embargo, que desde la perspectiva práctica se produce un efecto jurídico evidente: la norma deja de ser eficaz —en los aspectos en los que se aprecie oposición— y no puede ser aplicada.

Se puede pensar que este juicio, este doble juicio, es el mismo que se plantea en el ámbito del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, pero la realidad es que el resultado final de dicho procedimiento es la anulación, en su caso, del acto recurrido. Aquí no, simplemente, la falta de ratificación o autorización. Podríamos llegar a entender que el acto se mantiene en el Ordenamiento, pero la falta de ratificación o autorización le priva de eficacia. También podemos entender que la aprobación por la autoridad competente estaba sometida a condición y que la condición no se ha cumplido y, de nuevo, por tanto, que la norma no se puede aplicar.

Es, en este sentido, particularmente acertada la opinión de TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO cuando señala que «...no se puede colocar a jueces y tribunales en esta tesitura. Los jueces y tribunales nunca pueden dejar de intervenir como última garantía para resolver controversias- adoptando incluso medidas cautelares- a que den lugar las medidas ya adoptadas por los poderes públicos en esta materia. Pero otra cosa es la potestad previa de ratificación de medidas generales (no referidas a personas concretas) de políticas de salud pública del artículo 8.4. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LA LEY 2689/1998) que resulta de dudosa constitucionalidad. El poder judicial consiste en juzgar y hacer ejecutar los juzgados y tal cosa existe una controversia entre parte o los supuestos individualizados de la llamada jurisdicción voluntaria. Pero aquí se trata de políticas generales de salud en las que se hace participar a los jueces con una ratificación previa no prevista en la Constitución que tiene carácter gubernativo y no estrictamente judicial...» (5) .

MUÑOZ MACHADO señala, más recientemente, que «es improcedente convertir a la jurisdicción contencioso-administrativa en una institución cogobernante de la crisis, requiriendo su autorización y aprobación de medidas anti pandemia decididas por las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su nivel. La Constitución y algunas leyes, de forma muy específica en relación con determinados

derechos, establecen la exigencia de autorizaciones judiciales previas para suspender o limitar derechos y no hay razón para eliminarlas en casos de emergencia (por ejemplo, respecto de las entradas en un domicilio, ex artículo 18.2 CE (LA LEY 2500/1978), en materia de protección de datos o de defensa de la competencia). Pero no tiene el menor sentido que se extiendan a supuestos en los que no haya una regulación que la imponga, que no existe en la legislación sanitaria, ni impliquen una restricción singular de derechos o libertades. Ninguna justificación tiene eliminar con carácter general, por razón de la emergencia sanitaria, los principios de ejecutividad y de ejecución forzosa de los actos administrativos. Las garantías no han de consistir en autorizaciones judiciales previas, sino en el control *a posteriori*, y la utilización de los procedimientos cautelares.

Considerando lo dicho, me parece injustificable y fuera del orden del sistema contencioso en nuestro país, la modificación introducida por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre (LA LEY 16761/2020), en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, artículos 8.6 (LA LEY 2689/1998), 10.8 y 11.1.i, en la medida en que imponen la autorización judicial previa para la eficacia de las medidas sanitarias de limitación individual de los derechos, cualquiera que sea el derecho afectado, incluso cuando no suponen la utilización de medidas de coerción contra una persona concreta.

Estas trabas judiciales, además de convertir a la jurisdicción en un coadministrador, que participa, sin información suficiente, en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales, e incluso en el ejercicio de la potestad reglamentaria (lo que prohíbe con carácter general la ley de la jurisdicción contencioso administrativa (LA LEY 2689/1998)), constituyen un trámite rémora por completo dispensable en situaciones de crisis sanitaria. Un serio error en el manejo de una institución central del Estado de Derecho.» (6)

En el mismo sentido, Fuertes López señalaba que «... La competencia que, por medio del párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998), se atribuía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativa tenía (y tiene) una naturaleza especial, ya que **no se corresponde con las previsiones que, de forma general, configuran el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa** (artículo 1 de la Ley) y **constituyen la actividad administrativa impugnabile** (artículos 25 a 30 de la Ley)...» (7)

Es cierto, sin embargo, que, como hemos indicado, el legislador ha trasvasado los límites iniciales del artículo 8.6 —pensado en clave de actos individuales— a los de carácter colectivo que es la reforma que se plasma en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (LA LEY 16761/2020), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Esta norma, fruto, en gran medida, de la prevención que siguen planteando los órganos unipersonales en el ámbito de la jurisdicción diferencia los actos administrativos singulares que afecten a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada que se mantiene en el ámbito de competencias de los Juzgados de lo contencioso-administrativo ex artículo 8 de la LRJCA (LA LEY 2689/1998) de los supuestos de «... la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente».

Parecía como si la colegiación de la solución arreglara —por si misma— el problema de la dispersión, pero es cierto que estamos donde estábamos porque unos órganos colegiados han ratificado y otros no medidas de esta índole (prescindiendo, en este momento, de la justificación legal lo que es, siempre, arriesgado). Y, por tanto, estamos donde estábamos: la dispersión es oportunista y no soluciona nada. Sin embargo, como señala DE LA QUADRA-SALCEDO «...nadie quiere volver los ojos al problema y ver si realmente esta es una función jurisdiccional y, cabría añadir, si su ejercicio no merece una regulación más detallada en relación con el procedimiento, alcance y limitaciones de la resolución judicial y, específicamente, la conexión con el juicio plenario que corresponde a otros órganos jurisdiccionales...» (8) .

Cuando las reformas se hacen desde la prevención y desde los efectos es, muy probable, que el legislador cometa el error de no situarse sobre el problema y resolverlo, sino que acabe produciendo más confusión que la que se trata de evitar. Como inmediatamente se verá, la colegiación ha desplazado el problema, pero no ha evitado ni la dispersión normativa ni la solución de la cuestión planteada que, en el fondo, es la falta de reflexión sobre el alcance, el procedimiento y los efectos de la resolución judicial ratificadora o autorizatoria de una actuación judicial que afecta a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Convertir la prevención en el motivo y la justificación de las reformas produce el efecto —no querido— de que la espiral no tiene límites. Lo que primero molestaba-asustaba era la dispersión de criterios de los órganos jurisdiccionales, lo que, ahora, preocupa-molesta es la dispersión de criterio de los órganos jurisdiccionales colegiados. El resultado se ha visto con claridad en estos días en los que unos órganos jurisdiccionales han fallado en un sentido y otros, en sentido diferente.

El resultado final fue el desconcierto. Un desconcierto sobre la verdadera finalidad de la medida, sobre su ejercicio y la propia facultad del órgano jurisdiccional. Todo ello ha trasladado la sensación que, ahora se ha visto con claridad, de que lo importante es el resultado. Conviene indicar que, en derecho,

las formas, los procedimientos y, finalmente, los criterios apreciativos una realidad no son, en sí misma, una debilidad del sistema sino una garantía para el correcto y ponderado ejercicio de la función jurisdiccional.

IV. La nueva perspectiva: avanzamos en un camino decidido

La reforma introducida en mayo de 2021 ha profundizado un problema: la extensión y la finalidad de la ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades administrativas. De alguna forma podríamos indicar que el sistema se amplía y que finalmente se consolida una idea central: convertir las autorizaciones-ratificaciones judiciales en la habilitación para el ejercicio de las competencias que se califican por la urgencia y que se soportan en afectar al ámbito personal y a los derechos fundamentales con motivo de la urgencia y la necesidad. Lo que conviene indicar para centrar el debate es que, sin el presupuesto de la urgencia, las medidas en sí mismas (la mayoría) no podrían ser dictadas porque inciden en el núcleo esencial de los derechos individuales de carácter fundamental. A partir de esta premisa y teniendo en cuenta que tampoco tienen un soporte general como es la declaración de un estado de alarma, su ratificación o autorización no es un proceso sencillo ni matemático como parece que se quiere presentar.

El tema, como señalábamos anteriormente, no es menor. El juez contencioso-administrativo convertido en « juez de garantías » no se siente cómodo porque a menudo falta un sustrato esencial para un enjuiciamiento correcto: el acto o la disposición y la capacidad de un juicio plenario sobre la misma. Adicionalmente podríamos añadir, desde la práctica, que la evidencia científica de las medidas no será fácil de constatar y, por tanto, la virtualidad de las medidas se convierte en un acto de fe que adolece de la posibilidad de comprobar un elemento clave: la proporcionalidad de la medida. No la idoneidad que se puede presumir sino la proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental y la existencia de otras alternativas menos gravosas y que incidan en menor medida en el ámbito del derecho fundamental afectado por la medida en cuestión. Este es el meollo de la actuación judicial en clave de garantía de derechos fundamentales ya que, como venimos indicando, no lo es el conocimiento ni la determinación de su propia legalidad que será analizada *a posteriori* en el propio recurso plenario.

La prueba de que el juez contencioso-administrativo o la jurisdicción contencioso-administrativa no se siente cómoda en este formato autorizatorio —no plenario— se ha visto de inmediato en el Informe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021 y en el eco que muchas de las medidas han tenido en las declaraciones de unos y otros, nada convencidos de la adopción de medidas no plenarias fundadas únicamente en la eventual lesión de los derechos fundamentales en un tipo de disposiciones que, sin analizarlo con mucho detenimiento, están siempre en el límite precisamente

porque se dictan en momento de necesidad extrema de la sociedad y para solucionar problemas que no son, tampoco, comunes ni habituales.

Es cierto que los medios de comunicación y los expertos sanitarios han planteado la cuestión (9) en términos que no son los adecuados. Se dice que lo importante es la salud y las disquisiciones judiciales. Desde nuestra perspectiva nadie duda de la importancia de la salud, pero los juristas no nos atrevemos a abdicar de las formas en que los Poderes Públicos deciden su protección. Oponer ambos conceptos es, sin duda, un debate erróneo.

Situados en este plano:

A) El problema de la afección potencial al núcleo esencial de los derechos humanos

El esquema de partida es muy simple: el artículo 81 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) señala claramente que «... Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución...».

Por tanto, podemos indicar que existe una reserva a la ley orgánica para la incidencia o afección en el ámbito de los derechos fundamentales contemplados en el Capítulo Segundo de la CE. Habría que pensar si la propia LJCA (LA LEY 2689/1998) no debería salvar esta deficiencia.

Esto nos permite indicar que el constituyente quiso que las afecciones en este núcleo central de la configuración democrática no pudieran realizarse ni por todos los legisladores ni por todas las Administraciones Públicas.

En este ámbito, es la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas Especiales en materia de salud pública (LA LEY 924/1986) la que está llamada a cubrir esta función. Se trata de una norma de un amplio contenido habilitador. El artículo 1º atribuye a todas las Administraciones sanitarias la competencia para dictar las medidas que se incluyen en la ley y que, al margen, de lo sanitario contienen determinaciones tan genéricas como la prevista en el artículo 3º cuando señala 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...».

Con esta habilitación general se han dictado resoluciones que afectan a la libertad de circulación, a la libertad personal, al domicilio, a la intimidad familiar, a la elección de residencia, a la reunión y, en general, al marco de derechos fundamentales que se contiene en la Constitución.

Tan escaso fundamento, tan dudosa deslegalización general y a favor de cualquier Administración Pública y tal endeble configuración resultan seriamente cuestionados como elementos nucleares de una actuación incondicionada. Esta es la justificación última de que se acuda a la ratificación o autorización judicial al entender que esta modulación del contenido esencial del derecho sí puede hacerse judicialmente. El fundamento deriva de la extensión de las facultades de la Ley orgánica de 1986 del plano personal en el que se situaba al plano general en el que las cuestiones son más complejas.

B) El problema procesal: la pretensión sustantiva.

Las dos reformas que se han vivido en la materia, la que opera la Ley 3/2020 (LA LEY 16761/2020) e 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. y la que realizado el RDL 8/2021, de 4 de mayo (LA LEY 9827/2021) tienen un referente y un trasfondo común: la desconfianza fundada en la dispersión de pronunciamientos. Como se ha dicho, la primera vez, la consecuencia fue «pasar «la competencia de los órganos jurisdiccionales de primera instancia a los colegiados. La segunda, de los colegiados de ámbito territorial limitado al plenario que corresponde al Tribunal Supremo.

La cuestión es sencilla: la disparidad se juzga por el resultado. Se ven pocos análisis de carácter específico y diferencial entre las medidas de unas y otras Resoluciones. Se ven pocos análisis de la valoración que han hecho cada una de las partes. Lo único que parece importar es el resultado: parece como si la idea fuera sencilla. Todos iguales y autorizatorio. Simplemente cabría decir que para esto es más sencillo prescindir de la intervención judicial si la que se produce se mide por la condición o por el resultado.

El enjuiciamiento de estas autorizaciones, como se ha indicado anteriormente en referencia a las individuales fue, desde el principio muy polémica. Las de la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia, fueron las primeras y más complejas hasta que se vinieron encima las de la Administración Tributaria. Los jueces se vieron sobrepasados conceptualmente por la propia justificación de la medida hasta llegar a entender —tras la STS de 1 de octubre de 2020— (10) que la posición del órgano administrativo no podría ser prospectiva sino meramente confirmadora de una actuación de investigación mínimamente fundada. A partir de este límite negativo se ha ido construyendo una doctrina que es admitida por los órganos jurisdiccionales pero que, probablemente,

no satisface a los órganos de gestión o de regulación porque el límite que tanto molesta es el límite de las garantías. Los órganos jurisdiccionales, en una actuación en que conocimiento no es plenario ni de legalidad, se centran en la garantía y las medidas de garantía son, esencialmente, opinables porque se proyectan sobre eventualidades. Se trata de que la actuación administrativa no afecte a los derechos fundamentales y, ese, es un juicio proyectivo que exige la previsión y la evitación de que se afecte a derechos fundamentales. Este terreno es oponible, es disperso y es complejo porque no se trata de una actuación ya consolidada cuya legalidad se revisa o analiza sino de una situación potencial y de su evitación.

En esta proyección de efectos la posición de los órganos jurisdiccionales no encuentra un acuerdo, como, en su momento, no lo encontraron los jueces unipersonales con las autorizaciones individuales y, eso, crea incertidumbre y preocupación al legislador. Parece como si el uniformismo de las resoluciones judiciales fuera una exigencia ineludible.

Que las resoluciones judiciales respeten la jurisprudencia o cuando discrepen de ella lo hagan motivadamente es algo razonable y da seguridad, pero es cierto que sin discrepancia no hay progreso y resulta necesario indicar que la jurisprudencia se hace y se transforma sobre la base de la interpretación de la realidad social a la que se refiere el artículo 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889) como un mandato genérico y como una cláusula de progreso sin la que viviríamos en el anquilosamiento.

Los límites entre este último y la dispersión normativa son, sin duda, difíciles de determinar. Algunas pautas deben servir, sin embargo, para trazar esta línea. La primera, la de indicar que las soluciones a los problemas complejos (como es el planteado) no pueden venir de la ocurrencia ni del invento, sino de la consolidación y el aposentamiento de la línea interpretativa en los órganos y en los procedimientos correspondientes. La segunda, la de mirar las cuestiones con una cierta perspectiva y con análisis de las cuestiones planteadas y los argumentos utilizados. Las controversias no pueden medirse como si fuera el resultado de un partido de fútbol. Los planteamientos pudiendo ser iguales formalmente pueden no serlo materialmente y, como se ha dicho, no puede sustituirse la opinión por un algoritmo predictivo o deductivo, según se quiera ver.

A partir de aquí los medios de comunicación de estos días ponen de relieve que los jueces han aceptado de mal gusto el protagonismo en el control de la pandemia. Los jueces, en general, asumen con facilidad lo que dice —no siempre de forma comprensible— el legislador y ponen la legalidad por encima de sus gustos. Por tanto, esta valoración periodística debe asumirse en estos términos. Lo que es cierto es que el protagonismo social de unas decisiones valoradas en términos de marcador

deportivo no es admisible para casi nadie. Simplificar todo por el sentido del resultado es muy complejo de admitir.

Es aquí donde hay que volver a lo que señalábamos en un apartado anterior. La incidencia sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales está reservada en la Constitución al legislador orgánico. A partir de esta determinación todo lo demás podríamos simplificarlo diciendo que son atajos. Atajo es que una resolución administrativa pueda afectar derechos fundamentales, atajo es que nos demos cuenta y que pidamos la incidencia o la autorización del juez contencioso. Constitucionalmente se trata de atajos frente a una determinación clara: la incidencia tiene que producirse por ley orgánica.

La cuestión una vez más es la habilitación y el alcance de las situaciones de emergencia. La emergencia lo burla todo. La emergencia ha instaurado un lento declinar del poder legislativo hasta convertirlo en un órgano de convalidación del legislador de urgencia. Este declive no es consecuencia de la pandemia, sino que basta con leer el BOE de los últimos años para comprobar que se ha instaurado entre nosotros como una práctica de la que apenas se dice nada, salvo en los ámbito doctrinales y académicos que proponemos tan alejados de la realidad que no valoramos.

Si la emergencia sustituye la habitualidad, el orden y el marco constitucional de una forma permanente deja de ser emergencia para convertirse en costumbre. No es difícil pensar que esta dispersión de la que ahora culpamos a los jueces podría haberse solventado con una norma de adecuado rango que estableciera las posibilidades de incidencia en la esfera de los derechos fundamentales. Sin embargo, la emergencia, convertida en ausencia de legislador ordinario, deja paso a la incertidumbre. No hay leyes orgánicas, pero si disposiciones de todo rango que, materialmente, afectan a los derechos fundamentales y establecen restricciones a la libertad que no por habituales en este año, se han convertido ni pueden convertirse en reglas de comportamiento de los poderes públicos. La limitación o suspensión de derechos que estamos viviendo no puede ser una regla, es una excepción y como tal no debemos perder el norte interpretativo.

En este contexto, pensar que el intérprete último es el culpable del caos interpretativo es, simplemente, no ver la cadena en su conjunto ni entender que las reglas constitucionales obligan a todos y no solo a algunos. En un contexto de incertidumbre interpretativa, de normas sin rango legal, de competencias dudosas, de afecciones evidentes, es, realmente, difícil encontrar la unanimidad de la convalidación ciega y automática por todos los órganos jurisdiccionales al unísono.

V. El recurso de casación: su naturaleza y su adulteración.

1. La asimetría entre la autorización y la resolución de base: la ruptura de un modelo

Más allá de las consideraciones realizadas es lo cierto que no cabe realizar ningún reproche real al intento del legislador de poner orden interpretativo en esta materia. Es un deseo loable y, por tanto, nada que objetar a esta posibilidad. Es cierto, sin embargo, que en la regulación hay dos planos que deben diferenciarse. El de la admisibilidad del recurso de casación. Para ser más exactos, el de la oportunidad de situar en el Tribunal Supremo la autorización-ratificación de medidas cuya legalidad no podría ser enjuiciada por el citado Tribunal Supremo porque, conforme al artículo 86 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) no es posible acceder al citado recurso por tratarse de normativa autonómica.

La pregunta es muy sencilla: ¿no siendo posible conocer de la medida y de la legalidad de esta, es razonable conocer de los efectos? Tiene sentido que los efectos previos se desgajen de la interpretación final de la resolución administrativa. ¿qué ocurrirá si el Tribunal Supremo convalida una autorización/ratificación y el Tribunal Superior de Justicia, la anula? La respuesta técnica es evidente: son dos planos diferentes de discusión y, en eso, estamos todos de acuerdo, pero en el marco de la valoración de la opinión pública va a tener que realizarse un costoso esfuerzo didáctico para explicar esta cuestión.

La idea central, hasta el momento, —y vamos descendiendo de plano— es la desfiguración del recurso de casación en los términos en los que se conformó. Se trataba de un recurso pensado, en clave, de derecho estatal y en el que la uniformidad interpretativa del derecho autonómico se atribuía a los Tribunales superiores de Justicia. Gustase o no, el modelo es consecuencia del marco normativo de la CE y de la necesidad/oportunidad de situar el Tribunal Superior de Justicia como elemento nuclear del derecho autonómico de la correspondiente Comunidad Autónoma en su condición de máximo órgano judicial de la misma.

Esta era la descentralización más razonable del poder judicial: la primacía sobre el derecho autonómico en la que primaba el rol de órgano estatutariamente superior de la respectiva Comunidad Autónoma.

El modelo, como todo en organización judicial, podría ser discutible, pero tenía una determinada coherencia. Ahora nos encontramos con que la coherencia se mantiene para la disposición matriz, pero se altera para la autorización/ratificación de potencial afectación a los derechos fundamentales. La ruptura de la asimetría sitúa una misma disposición en dos planos de discusión atribuidos a dos órganos jurisdiccionales diferentes: la legalidad, en el Tribunal Superior de Justicia y la afectación a los derechos fundamentales, en el interés casacional del Tribunal Supremo.

Como casi todo, en el ámbito procesal, esto es posible (de hecho, se ha dictado, publicado y está vigor) pero los efectos sistémicos están por descubrir y será difícil que la crisis sistémica se resuelva en términos de coherencia y armonía. Estos dos factores son, a nuestro juicio, elementos centrales que deben valorarse por el legislador a la hora de establecer mecanismos de resolución de conflictos.

2. El modelo casacional

No parece necesario insistir mucho en esta cuestión que, por lo demás, ha merecido un amplio debate doctrina y jurisprudencial. Si pudiéramos establecer, de forma apriorística y descontextualizada, dos lecciones aprendidas en la reforma podríamos decir que, una, ha sido, la de entender que la casación está pensada en una clave diferente al proceso ordinario planteado. Es la interpretación jurisprudencial lo que trata de salvarse y no la censura del caso concreto que solo es enmendado o alterado en función de la configuración previa de cómo se resuelve el interés casacional que es el objeto central del recurso de casación.

La aplicación de esta doctrina no es sencilla y podríamos decir que está en proceso de adaptación. Los diferentes operadores jurídicos están adaptándose a este nuevo marco y ese proceso, iniciado en 2015, va teniendo un éxito proporcional a su entidad y al número de cuestiones que se resuelven. Sea como fuere, es lo que es y en esta entidad ontológica encontrará su esencia.

Al lado de esto podríamos decir que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo no está pensado para la inmediatez, la resolución inmediata del conflicto entre partes. No es una última o una simple instancia más. Es otra cosa.

No obstante, lo anterior, el legislador de 2021 parece no haber asumido y discrepar de esta posición. A tal efecto, reforma el procedimiento tradicional de la casación, crea un recurso con abreviación de trámites y, por tanto, convierte al Tribunal Supremo en un tribunal de contiendas jurídicas ordinarias. Se espera de él una solución inmediata (posibilidad de declarar la habilidad, reducción de plazos, trámites, plazo general de sentencia, etc...) que fije doctrina —dice el artículo 87 ter—, probablemente, por coherencia imprescindible, pero, sobre todo, que resuelva el caso.

En nuestra consideración, el paso de la doctrina al caso es más que evidente en el artículo 87 ter (LJCA (LA LEY 2689/1998)) y, probablemente, lo único que justifica situar en el Tribunal Supremo este tipo específico de casación. No obstante, esto podría haberse hecho de una forma más sencilla instrumentando un recurso de apelación contra la resolución inicial sin haberla situado en el plano de la casación y del interés casacional que son un corsé en que los problemas del caso concreto se

encuentran incómodos. Es cierto que esta reforma conlleva otros muchos ajustes, de carácter técnico, en diversas normas procesales, pero es, cierto igualmente, que la casación y la solución específica (y precipitada) del caso concreto tienen un encaje ciertamente complejo en lo estructural y esto barrunta un resultado que, de antemano, puede predecirse como complejo.

3. El recurso de casación, en sus estrictos términos

El resultado final del modelo al que nos hemos referido puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) Reunificación de los trámites de admisión de carácter procesal y los sustantivos.

Esta cuestión que, en el recurso ordinario o convencional de carácter común, se atribuye a dos órganos —el de instancia y el de casacional— aquí se refunde atribuyendo al Tribunal Supremo a la que se atribuya la comparecencia y la interposición directa del recurso de casación (Art. 87.ter.1).

b) La parte como impulsora del procedimiento y de la coherencia entre la actuación de órganos jurisdiccionales

El artículo 87.ter atribuye al recurrente la obligación de presentar escrito ante la Sala de instancia poniendo en su conocimiento el hecho de la interposición, debiendo dicha Sala, en el día siguiente hábil a esa comunicación, remitir el testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento en que se dictó el auto recurrido a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Se podría pensar que el legislador ha querido hacer de la parte el vehículo del impulso y la coherencia procesal cuando lo razonable es que el impulso de un procedimiento se produzca de oficio y, sobre todo, que la comunicación entre órganos jurisdiccionales no tenga que ser excitada por la actuación del recurrente.

Esta labor de intimación a la Sala de instancia para que remita las actuaciones seguidas, puesta en manos del recurrente, es un procedimiento colaborativo impropio del orden procesal y debería haberse articulado mediante una comunicación directa entre órganos jurisdiccionales que, por otro lado, si el expediente judicial funcionase correctamente no tendría ningún problema de disponibilidad de la información.

Es poco razonable que, habiéndose instituido este trámite, sin embargo, el apartado 3 del artículo 87 ter obliga a la parte a acompañar un testimonio del auto impugnado que, razonablemente, formará parte de las actuaciones judiciales que se remiten.

c) La formalización del recurso

Desde una perspectiva procesal, el apartado 3 admite que el escrito de comparecencia-interposición debe presentarse en tres días hábiles y en el mismo deben exponerse los problemas de procedimiento y los relativos a la cuestión que tenga interés casacional sobre la que se interesa la fijación de doctrina, así como las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto impugnado.

Presentado el escrito, que será turnado de inmediato la sección competente para la tramitación y decisión se procede a un trámite contradictorio en el Ministerio Fiscal y las partes (que comparezcan) y formulen alegaciones por plazo común de tres.

En punto a este procedimiento cabe indicar dos cuestiones:

a) Que no precisa a quien corresponde el emplazamiento para la comparecencia y formulación de alegaciones, aunque parece evidente con el protagonismo que se ha dado a la Sección de tramitación y resolución con elusión de la de admisión que solo puede corresponderla a ésta. Quizá convendría aclarar esta situación que, de otra forma, también, podría articularse mediante el establecimiento de esta obligación en el órgano de instancia al mismo momento de remitir las actuaciones. Mientras esto ocurre la única opción razonable es la de considerar que corresponde a la propia Sección de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

b) La segunda, ya casi apuntada, que se ha prescindido de la fase de admisión y, por tanto, de la fijación de criterio de admisión por parte de la sección correspondiente y común de la sala tercera del Tribunal Supremo.

Esta elusión del trámite conduce a que el posible juicio de la carencia de interés casacional debe corresponder a la sala de enjuiciamiento. A partir de ahí, corresponde a la Sección apreciar la concurrencia de interés casacional en los términos del artículo 88 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) tanto en la versión apreciativa directa del apartado 2 del propio artículo 88 (11) como por considerar que opera la presunción del interés en los supuestos del apartado 3 del propio artículo 88. (12)

Esta previsión determinativa que, en el recurso convencional, corresponde al Auto de admisión es claro que, aquí, deberá realizarse en la propia sentencia que, con carácter previo, a la resolución del asunto tendrá que realizar el mismo juicio diagnóstico que en aquel se escinde entre el auto de admisión y la sentencia de resolución.

A partir de esta disección, la resolución final debe cumplir los requisitos generales del artículo 93, esto es, «... La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos. Podrá, asimismo, cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación...»

VI. El fin de la pandemia como solución

Desde muchos puntos de vista podemos indicar que sociedad española precisa que la pandemia acabe y que vuelva una normalidad que, ciertamente, añoramos. En materia jurisdiccional lo mejor que podría ocurrir es que esta reforma se convierta en residual y, sobre todo, que se aplique poco porque en los términos que está formulada tiene más posibilidades de crear problemas que de arreglarlos.

Desde esta perspectiva social debemos pensar en la posición de los jueces y tribunales ante medidas de este orden. La STS de 1 de octubre de 2020 alerta claramente de que la posición del juez no de una especie de automatismo formal. A partir de aquí no es que los jueces y tribunales no quieran preservar la salud de los ciudadanos ni, claro está, que no quieran solucionar los problemas sociales. El problema jurisdiccional es que las decisiones judiciales se producen en el marco de la ley y, conviene recordar, que las leyes no las hacen los jueces en un estado de Derecho.

A partir de aquí, debemos reflexionar sobre la suficiencia de la actual regulación de los estados de alarma, excepción y sitio. Debemos reflexionar sobre el alcance que se quiso dar a la habilitación de la Ley de Medidas de Salud pública de 1986 y si puede ser, como se pretende, de alcance ilimitado. El marco jurídico de la emergencia no está acabado. Probablemente ni siquiera trabajado. Todos los poderes públicos han tenido que improvisar y la solución final ha sido la que hoy contemplamos casi incrédulos si analizamos el punto de partida. Pero lo que no cabe duda es que una situación como la presente lo que debe conducir no es la improvisación sucesiva como sistema organizativo sino a la conformación de un marco armónico, pensado, eficiente y útil para que los poderes constitucionales no

acaben señalando al otro como el culpable de una situación que admite otras soluciones en las que el conjunto del ordenamiento se encuentra más cómodo.

En este sentido podríamos indicar que mientras esto ocurre sería mejor no avanzar en soluciones no probadas. Esta nueva modalidad de casación no es, realmente y, probablemente, no se quiere que sea, un auténtico recurso de apelación más allá de la vestidura meramente formal que se ha querido hacer. Una revisión de una instancia superior —por utilizar un genérico— que rompe el esquema convencional del enjuiciamiento del derecho autonómico, que rompe el esquema de la tramitación y alcance del recurso de casación y que, realmente, lo que pide es que se aplique el menor número de veces posible. De ahí que el fin de la pandemia se convierta en la solución.

(1)

Fuertes López. F. Autorizaciones y ratificaciones de medidas sanitarias por los Órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Revista Aranzadi Doctrinal 10/2020, Aranzadi, 2020.

(2)

Recuérdese los problemas que ya se están planteando. la Sentencia de la AP de Zaragoza. Sentencia 287/2020, de 20 noviembre de 2020, emitida por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la cual se establece que si el último día del plazo de presentación de una demanda es inhábil procesalmente, dicho plazo no se prorroga hasta el siguiente día hábil, ya que puede ser presentada telemáticamente.

(3)

En relación con esta reforma y su dicotomía entre actuaciones individuales y generales, el Auto del TSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 señala que:

«...Igualmente llamativo, dicho sea de paso, es el alcance de la reforma procesal, al distinguir entre medidas sanitarias que afecten a personas identificadas y a grupos no identificados, como criterio de competencia entre órganos jurisdiccionales, en abierta interpretación de la Ley Orgánica 3/1986 (LA LEY 924/1986), de carácter sustantivo, y mayor rango, que ha de sumarse a lo anteriormente razonado en torno al significado de la propia Ley Orgánica en relación con el desarrollo del derecho fundamental a la libre circulación por territorio nacional. Bastará aquí dejar el apunte del problema de fondo que no es difícil entrever, y que arroja más sombra todavía si cabe a la reforma, como forzada interpretación de un texto sustantivo que más

hubiera valido que hubiera sido reformado a la par, para decir algo para lo que un texto procesal tal vez no sea suficiente y no sea la mejor herramienta normativa...».

(4)

El Auto del TSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 establece que «... Así pues, asumiendo como propio ahora nosotros el criterio seguido por otras Salas territoriales que nos han precedido en la aplicación de ese expediente procesal (es el caso, entre otros, del auto n.º 115/2020 de 24 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sec. octava, P.O. 1070/2020), el alcance de la autorización solicitada por la Administración a la orden que examinamos, no puede referirse a un control de oportunidad de las medidas acordadas, sino que de lo que se trata es de comprobar que, efectivamente, las medidas adoptadas limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si la limitación, de haberla, tiene cobertura legal, es adoptada por Administración competente y con arreglo a correcta motivación a partir del debido juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida o medidas adoptadas, que justifiquen en definitiva, la limitación o restricción del derecho o derechos fundamentales afectados...».

(5)

DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Abracadabra». El País. 10 de octubre de 2020.

(6)

MUÑOZ MACHADO, S.: «El poder y la peste de 2020». N.º 90-91 — EL CRONISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. Págs. 114 y ss.

(7)

FUERTE LOPEZ. F. OB. CIT.

(8)

DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Abracadabra». El País, 10 de octubre de 2020.

(9)

Pueden verse las declaraciones de los miembros del Comité de Expertos que asesoran al Gobierno en la lucha contra la pandemia publicadas en El Mundo el día 9 de mayo de 2021.

(10)

En relación con esta STS y a los efectos de lo que, ahora, se pretende convendría releer este párrafo de los fundamentos de la misma cuando señala que:

«... Pero esa circunstancia no permite considerar que el juez competente actúe con una **suerte de automatismo formal** (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero (LA LEY 8565-JF/0000)) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre (LA LEY 2039/2004)), sino que deberá comprobar (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad *prima facie*; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo (LA LEY 1939-TC/1992), o 139/2004, de 13 de septiembre (LA LEY 2039/2004)).

4.4. Tanto en la solicitud de entrada —y registro- como en el auto autorizador debe figurar — dentro de su contenido mínimo- la finalidad de la entrada, con expresión de la actuación inspectora que se ha de llevar a cabo, la justificación y prueba de su necesidad, de que es absolutamente indispensable o imprescindible, el único medio posible para conseguir la finalidad porque existen concretos, precisos y objetivos indicios de defraudación tributaria, con explicación de cuál es el presunto ilícito y cuáles son los concretos indicios que permitan conocer su gravedad, seriedad y entidad, avanzando la cuantía del fraude o la deuda tributaria eludida y explicando por qué ese registro domiciliario es instrumento único y eficaz para su constatación, y que han sido o podrían ser infructuosos otros posibles medios o medidas alternativas menos gravosas (sentencias del Tribunal Constitucional de 31 enero 1985 (LA LEY 9639-JF/0000), 24 de junio y 18 de julio de 1996).

En este mismo sentido, y a tenor de esas mismas sentencias, tanto la solicitud como el auto que la autoriza deben ofrecer una explicación de la concurrencia del principio de subsidiariedad, que impone una adecuada constatación de que no hay otras medidas menos incisivas o

coercitivas que afecten a un derecho fundamental para lograr la misma finalidad, como podrían ser —por ejemplo— los requerimientos de obtención de información al propio sujeto o a terceros...».

(11)

El citado apartado señala que «... 2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictorio con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

(12)

El citado apartado establece «... a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia...».

Es evidente que, por la propia naturaleza de lo que es objeto de impugnación, lo razonable es considerar que la aplicación se referirá, en su caso, a los supuestos previstos en los apartados a) y b).