



**INFORME ELABORADO A CONSULTA DE LA DIRECCIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO,
ECONÓMICO Y SERVICIOS GENERALES DEL DEPARTAMENTO DE SALUD ACERCA DE
LA ADECUACIÓN Y VIABILIDAD JURÍDICA DE DETERMINADAS MEDIDAS EN LA LUCHA
CONTRA EL COVID-19.**

66/2020 DDLCN - OL

I.- ANTECEDENTES

Desde la Dirección Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Departamento de Salud, se solicita opinión legal no preceptiva acerca de la adecuación y viabilidad jurídica de las medidas que desde la Consejería se proponen establecer en la lucha contra el Covid-19.

La consulta encuentra su justificación en la pertinencia de tratar de realizar estudios y análisis que la urgencia de la situación no ha permitido llevar a cabo y también en la complejidad de un escenario donde conviven diversas normas y pronunciamientos judiciales.

Previa relación de los antecedentes normativos existentes hasta la fecha, de una mención a la situación de los procedimientos contencioso-administrativos en trámite ante el TSJPV con motivo de los recursos formulados contra las Ordenes previas dictadas por el Departamento de Salud, la consulta viene a ceñirse a la formulación de determinadas preguntas que buscan la respuesta del Servicio Jurídico Central.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y del art. 7.1 b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, que prevé, como parte de la función de asesoramiento jurídico, la realización de informes que plasmen opinión



legal no preceptiva en respuesta a consulta jurídica planteada al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Sin perjuicio de que el presente informe pretende atender de una forma óptima la consulta que se formula, quien lo suscribe entiende pertinente expresar unas primeras consideraciones sobre los términos de la misma.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 144/2017 de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco:

1.- Corresponde a las Asesorías Jurídicas de los departamentos o entidades institucionales el asesoramiento en derecho en sus respectivos ámbitos de actuación, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

2.- No obstante, además de aquellos casos en los que se requiere preceptivamente la emisión de informe de legalidad, el Gobierno, las personas titulares de los departamentos y organismos de la Administración Institucional, de las viceconsejerías y direcciones, así como las personas titulares de los órganos de gobierno de los organismos públicos, podrán consultar al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco acerca de cualquier cuestión jurídica relacionada con los asuntos de su competencia.

3.- A tal efecto, las consultas o solicitudes de opinión legal a las que se refiere el apartado anterior deberán ir acompañadas de un informe realizado por la Asesoría Jurídica del departamento o del organismo que la promueve, en el que:

a) Se describirán, con el detalle necesario, los hechos o el sustrato fáctico del asunto, así como el marco jurídico que considera en principio aplicable y los antecedentes administrativos y jurisprudenciales que se consideran relevantes

b) Se concretará la consulta, sobre la base de los hechos y los antecedentes descritos, precisando en todo caso de manera razonada los puntos que deban ser objeto de asesoramiento.

c) Se justificará la conveniencia de reclamar el asesoramiento del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco. (la negrita es nuestra)

Atendiendo a los términos de la consulta, resulta evidente que la misma adolece de determinadas carencias que la alejan de los requisitos a los que debiera de ajustarse conforme a lo dispuesto en el precepto transcrito.

Y es que, una vez relacionados los antecedentes, tanto normativos como jurisprudenciales plasmados en la consulta, el cumplimiento de los requisitos que el precepto arriba transcrito contempla, obliga al remitente a acompañar los mismos de su concreta opinión jurídica respecto al marco normativo que entiende de aplicación para la adopción de las futuras medidas y a, partir de ahí, determinar las concretas dudas –jurídicas- que el mismo le sugiere para la efectiva articulación de aquellas.

Por otro lado, aun resultando evidente, como se afirma, que nos hallamos ante una compleja situación, tanto sanitaria como jurídica y que, efectivamente, como también se subraya, la naturaleza heterogénea de los intereses afectados por las medidas a adoptar dificulta su ponderación y la valoración de su proporcionalidad de manera unilateral por el Departamento de Salud, ello no obsta para la aportación a la consulta del concreto análisis que al respecto al citado órgano también atañe.

A las carencias descritas vienen a sumarse otras, no menos relevantes.

Nos referimos ahora al desconocimiento, por parte quien debe de emitir la presente opinión legal de cuestiones tales como las relativas a si las medidas propuestas lo serán en solitario o acompañadas de otras previsiones normativas - en un marco regulador más amplio-, si todas ellas quedan sujetas a la misma limitación temporal -que resultaría conveniente precisar- o, por el contrario, si algunas de ellas poseen una mayor vocación de permanencia en el tiempo. También si la voluntad del departamento es aplicarlas en la totalidad del ámbito territorial de la CAPV o en ámbitos territoriales más reducidos.

Y por último, subrayar asimismo la falta de información respecto de la concreta tramitación a la que se han sometido a las sucesivas Órdenes dictadas desde el Departamento de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria generada por el COVID-19, información, a todas luces relevante, también, para el supuesto de que se estimara la competencia del mismo para la

adopción de las medidas propuestas y en orden a valorar, con mejor criterio, tanto la conformidad derecho de la misma como o, en su caso, sus eventuales déficits.

No obstante lo hasta aquí expuesto y atendiendo a la actual situación de crisis generada por el COVID y a la imperiosa necesidad de ahondar en los mecanismos de colaboración interdepartamental, los deficientes mimbres que soportan la consulta no impedirán la emisión de la opinión jurídica solicitada, una opinión que no alcanza a un pronunciamiento sobre la adecuación de las medidas propuestas, dado que la misma se sitúa, en el momento de su dictado, en un escenario distinto al de urgencia y excepcionalidad que en todo caso deberán justificarse -a través de los informes técnicos precisos-en el momento de la adopción de aquellas.

Abordamos a continuación las respuestas a las concretas preguntas que se plantean en la consulta elevada desde el Departamento de Salud.

III- RESPUESTA A LA CONSULTA.

1- ¿Es posible la adopción de estas medidas en el marco jurídico actual?

La respuesta resulta afirmativa.

El marco jurídico actual permite la adopción de las medidas que se plantean desde el Departamento de Salud, de la misma manera en que lo ha hecho con las que le precedieron y que vieron la luz con motivo del dictado de la Orden de 18 de junio de 2020, de la Consejera de Salud, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, y en sus sucesivas modificaciones.

Cabe recordar así, que ya aquella inicial Orden de 18 de junio de 2020, de la Consejera de Salud, vino a incorporar con detalle -y acierto- en su parte expositiva, el soporte jurídico que amparaba las medidas a adoptar para hacer frente a la pandemia.

Tal soporte jurídico no ha sufrido alteración a día de la fecha.

Ahondaremos, no obstante, en dicho marco jurídico.

El artículo 43.1 y 2 de la CE dispone:

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

Tal previsión y las que a continuación citaremos nos permiten adelantar ya que las autoridades sanitarias de cada comunidad autónoma pueden acordar acciones preventivas generales y adoptar las medidas y limitaciones sanitarias que consideren oportuno, cuando concurren razones sanitarias de urgencia o necesidad y para controlar enfermedades transmisibles, **siempre que queden justificadas y se acomoden -principio de proporcionalidad- al fin último de prevención, protección y control de la salud individual y colectiva.**

La adopción de tales medidas sanitarias encuentra sustento claro en lo dispuesto en los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública al señalar que: “ *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. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles la autoridad sanitaria, además de realizar las medidas preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas... así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”.

Asimismo, lo hallan en los arts. 1 y 28 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad que alude expresamente a las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de personas y de los bienes y a cualesquiera otros de los derechos afectados y, finalmente, encuentra respaldo en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y en la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, ex artículo 3.

Ahora bien, dicho lo anterior, dado que las medidas de protección de la salud conllevan una intervención administrativa que puede ser potencialmente limitativa o restrictiva de derechos fundamentales, el artículo 10.1.8 de la LJCA establece, en aras precisamente a la protección de los mismos, la necesidad de 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.

Dicha ratificación judicial exigirá un análisis pormenorizado de las medidas adoptadas y un control de la proporcionalidad e idoneidad que permitan, en definitiva, determinar si se ajustan al fin que se persigue con la menor limitación del ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos.

Pues bien, al margen de que más adelante abordemos la concreta tramitación y naturaleza del instrumento jurídico a través del cual se articulen las medidas propuestas, cabe adelantar ya que algunas de ellas -no todas- implicarían una limitación de derechos fundamentales (libertad de desplazamiento y circulación de las personas y derecho de reunión) y, en tal sentido, su adopción requerirá de la ratificación de los tribunales prevista en la LJCA.

Nos referimos, en concreto, a las relativas a la limitación de la movilidad en el entorno de 20 km de la residencia habitual y a la prohibición de encuentros o reuniones de más de 10 personas tanto en el ámbito privado como en el público, excepto las actividades laborales o el transporte público.

La exigencia de que estas medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias por considerarse urgentes y necesarias para la salud pública, se encuentren sometidas a la necesaria autorización o ratificación judicial, ex arts. 8.6, 10.8, y 11.1.i) de la Ley Jurisdiccional, constituye de conformidad con el contenido del Auto de 24 de septiembre del TSJ de Madrid, dictado en el procedimiento de solicitud de ratificación de medidas sanitarias adoptadas por la Orden 1178/2020 de 18 de septiembre de la Consejera de Sanidad por las que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud Pública para la contención del

COVID-j) en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas a básicas de salud como consecuencia de la evolución epidemiológica una garantía jurisdiccional previa de sujeción de las mismas a los límites de la habilitación legal contenida en aquella legislación y de su proporcionalidad, a la que se condiciona su eficacia .

El objeto de la cognición judicial respecto de las medidas indicadas por las autoridades sanitarias, tal y como afirma la Sentencia del TSJ de Madrid nº 594/2020, de 28 de agosto de 2020, dictada en resolución del recurso de apelación nº 907/2020, se extenderá a los aspectos que entrañan el juicio de legalidad y proporcionalidad, como finalidad del procedimiento y, por tanto, a:

- La competencia objetiva del órgano administrativo.

- Principio de necesidad.

La concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.

-Principio de adecuación.

La prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción. - Principio de razonabilidad.

*La adecuación a su necesidad y finalidad, en el bien entendido de no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, **según criterios científicos informados a modo de antecedente y se introduzcan límites temporales, geográficos o de identificación de vectores de población destinataria.** (La negrita es nuestra)*

La ratificación judicial de las medidas no alcanza a la declaración de conformidad a derecho de las mismas, sino que el pronunciamiento de los tribunales 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.

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

2- En caso de ser posible ¿a través de que instrumento debieran articularse?

Reconocida la viabilidad jurídica de las medidas que nos ocupan -siempre en los en los términos expuestos- ningún impedimento encuentra quien suscribe el presente informe para que las propuestas -sin otras previsiones normativas adicionales- se articulen a través de una Orden de la titular del Departamento de Salud.

Los distintos pronunciamientos judiciales dictados con motivo de la solicitud de ratificación de las medidas sanitarias de índole similar a las que ahora examinamos, dictadas por las autoridades sanitarias autonómicas, no oponen obstáculo alguno a tal opción.

Tampoco lo hace el Auto de 24 de septiembre de 2020 de TSJ de Madrid en el procedimiento de solicitud de ratificación de medidas sanitarias adoptadas por la Orden 1178/2020 de 18 de septiembre de la Consejera de Sanidad por las que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud Pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas a básicas de salud como consecuencia de la evolución epidemiológica, si bien incorpora a los fundamentos de su decisión unas consideraciones que revisten especial interés para una ulterior modificación - más restrictiva de derechos fundamentales- de las medidas que ahora se proponen por parte del órgano remitente de la consulta

En este sentido, el Auto de 24 de septiembre de 2020, afirma en su razonamiento jurídico tercero lo que sigue:

“No se nos escapa que pese a la cobertura indicada en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, antes citada, la cuestión esencial que se plantea es si la limitación de derechos fundamentales consagrados en el Texto Constitucional, puede llevarse a cabo por la autoridad autonómica sin acudir a otras opciones como las previstas en la ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Pero nos reafirmamos en que no tratándose de suspensión de derechos fundamentales que, por supuesto, requeriría de la utilización de otros instrumentos jurídicos, concretamente la declaración del estado de excepción o de sitio, como prevé el artículo 55.1 CE, la limitación de los derechos fundamentales por la autoridad autonómica, sin acudir a la declaración de estado

de alarma que prevé la LO 4/1981, es perfectamente posible siempre que su previsión se contenga en una ley Orgánica, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

No debe olvidarse que conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 112/2006, de 5 de abril y 76/2019, de 22 de mayo) se ha venido admitiendo la posibilidad de que por ley Orgánica se permita la adopción de medidas concretas que limiten el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente Ley Orgánica de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue y que dicha limitación esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales (STC 104/2000 13 de abril).

En el supuesto que nos ocupa esos presupuestos constitucionales se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en dicha ley Orgánica sobre los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la salud pública e integridad física, como por los supuestos y fines que aparecen definidos en la ley Orgánica habilitante, LO 3/1986 Especial de Salud Pública, puesto que en ella se prevén los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales límites (en palabras del TC “ ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 49/1999, fj 4 y STC 76/2019 de 22 de mayo) y que se resumen en: el ámbito material a que se circunscribe, salud pública; la exigencia de que esas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias; y, por lo que ahora nos ocupa, traten de controlar y/o evitar la transmisibilidad una enfermedad. En definitiva, la propia Ley Orgánica delimita las condiciones esenciales que han de concurrir para la adopción de tales medidas limitativas.

Todo ello, sin perjuicio de que será la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales concernidos, la que condicionará en cada caso la exigencia de utilizar otros instrumentos jurídicos más idóneos desde una perspectiva constitucional”. (la negrita es nuestra)

3- En su caso, ¿qué Departamento o Departamentos deben dictar normas para establecer estas medidas? ¿Debería ser el Consejo de Gobierno mediante Decreto? ¿Debería ser el Lehendakari mediante decreto en el ámbito del LABI?

La pregunta ha encontrado cumplida respuesta en el apartado anterior. Una Orden de la Consejera de Salud se constituiría – al igual que en el pasado reciente- en instrumento jurídico adecuado, aunque no necesariamente en el único, para la implantación de las medidas propuestas.

Las medidas a adoptar responden a razones sanitarias de urgencia o necesidad, y persiguen como fin último la prevención, protección y control de la salud individual y colectiva y requieren de una justificación que a las autoridades sanitarias atañe.

Su dictado por las autoridades sanitarias encuentra, pues, perfecto acomodo competencial – ratificado por los tribunales- y ello sin perjuicio de que las medidas dispuestas puedan ser completadas (ya lo contempló así la Orden de 18 de junio de 2020 de la Consejera de Salud) por planes específicos de seguridad u otros protocolos organizativos adaptados a cada sector de actividad, aprobados por las administraciones competentes.

La reciente activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi por parte de la Consejera de Seguridad ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del Covid-19, en virtud de Orden de 14 de agosto de 2020 -previa solicitud de Consejera de Sanidad de la misma fecha) y la aprobación del Decreto to 17/2020 de 15 de agosto del Lehendakari, por el que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación de la COVID-19 ,en nada empece, a nuestro entender, lo hasta aquí expuesto.

Y no lo hace, porque como las mencionadas Ordenes se encargan de recordar, la activación del Labi no implica desplazar ni la estructura organizativa ya dispuesta ni tampoco las responsabilidades sanitarias, sino su integración con otros mecanismos del Labi precisos para asegurar la normalidad de los servicios esenciales o para coordinar determinadas acciones que desbordan el ámbito de lo estrictamente sanitario. Otorga, en definitiva, una estructura organizativa y facilita una coordinación de las actividades de emergencia.

4- En el caso de que se considere que la aprobación de las medidas corresponde al Departamento de salud mediante Orden de su titular ¿cuál es el procedimiento jurídico a seguir? ¿Es necesaria la intervención de otros departamentos mediante informes jurídicos que analicen el impacto de esas medidas en sus respectivos sectores? ¿Es necesario el informe del Servicio jurídico central?

En el apartado de consideraciones previas aludíamos ya a la información que entendíamos precisa para la emisión más óptima del presente informe y, en concreto, a la relativa a si las medidas a adoptar resultarían acompañadas - o no- de otras previsiones normativas en el marco de la lucha contra el COVID.

La cuestión no es baladí.

Y no lo es porque, en función de aquella información, podría otorgarse mayor luz a una cuestión para la que a día de hoy no encontramos respuesta certera.

Y es que, el discernimiento sobre si el dictado de las medidas pretendidas nos sitúa ante una disposición de carácter general o, por el contrario, ante un mero acto administrativo, es ahora mismo objeto de un debate doctrinal que no encuentra unívoca respuesta y que tampoco lo halla en las decisiones judiciales que conocemos.

Las medidas sanitarias adoptadas en el periodo COVID-19 – las resoluciones en que se insertan- resultan adjetivadas, en ocasiones, como actos materialmente normativos, otras veces como actos administrativos generales, otras como disposiciones administrativas de carácter general o, también, como en el caso del Auto nº 102/20, de 22 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño, como reglamentos de necesidad,

La reciente modificación de la LJCA en virtud de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID en el ámbito de la Administración de Justicia, no consigue clarificar una cuestión con incidencia directa en la tramitación que debe de soportar la adopción de medidas como las que se proponen.

Su artículo el 8.6 se refiere a “... *medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria ... cuando ... estén plasmadas en actos administrativos singulares...*”

Sin embargo, los artículos el 10 y 11 se refieren a “... *medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria ... cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*” pero sin calificación alguna en el sentido que ahora nos interesa.

Aun poniendo de manifiesto esta divergencia de criterios y opiniones, no podemos dejar de señalar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, en Autos de 14 de agosto y 27 de agosto de 2020 , dictados en las piezas separadas de medidas cautelares en el marco de los recursos contencioso-administrativos contra determinados apartados del Anexo de la Orden de 28 de julio de 2020 de la Consejera de Salud, en el primer caso, y contra los de la Orden de 19 de agosto del mismo órgano, en el segundo, se pronuncia, con aparente rotundidad, sobre la naturaleza de disposición de carácter general de las actuaciones recurridas.

No obstante la relevancia de los citados Autos a los efectos que ahora nos ocupan, que nos situarían en un escenario en el que la autoridad sanitaria pudiera verse impelida a abordar la tramitación administrativa prevista el efecto para las disposiciones de tal carácter, lo cierto es que a falta de un pronunciamiento judicial sobre los extremos formales de las actuaciones abordadas hasta hoy, la propia urgencia y excepcionalidad de las circunstancias que obligan a la adopción de medidas como las que se proponen, bien pudieran convertir aquel propósito en una misión quimérica.

El dictado de las medidas sanitarias que examinamos obedece a circunstancias extremas y excepcionales, de auténtica emergencia y que encuentran su legitimación en lo perentorio de la necesidad.

Tales circunstancias alejan a la norma reglamentaria – de ser considerada finalmente como tal- de los reglamentos ejecutivos, en la medida en que las medidas sanitarias resultan provisionales o temporales y se adoptan, reiteramos, para hacer frente a una situación generalmente imprevisible.

Siendo ello así, no cabría descartar que, precisamente, tales circunstancias de provisionalidad o temporalidad y sobre todo la urgencia y excepcionalidad que las motivan puedan justificar la omisión de trámites que, en otro caso, resultarían preceptivos.

En cualquier caso, quien ahora informa y emite la presente opinión legal, consciente de la existencia de notables incertidumbres jurídicas al respecto, pero consciente, también, de las numerosas controversias judiciales que acechan y acecharán a las decisiones de las autoridades sanitarias que vengán a incorporar medidas como las que analizamos y en las que los aspectos formales adquirirán, sin duda, extrema relevancia, no puede sino pronunciarse en términos de cautela y de seguridad jurídica.

Y bajo estas premisas, estimamos debieran tenerse en cuenta las siguientes conclusiones:

- El concreto contenido de la decisión que se adopte, con incorporación o no de determinadas previsiones normativas que acompañen a las medidas de restricción, determinará la naturaleza de la actuación administrativa y, por ende, su calificación como acto administrativo o disposición de carácter general.
- En el caso del dictado de una orden que contemple, como único contenido, las medidas incorporadas a la consulta que se formula, su tramitación debiera incorporar, junto a los imprescindibles informes técnicos a los que más adelante nos referiremos, al menos, un informe jurídico de la asesoría del Departamento de Salud que avale la decisión que se adopte. Asimismo, y si las razones de urgencia no lo impidieran, debiera considerarse la consulta a aquellos departamentos que efectivamente puedan verse concernidos por la afección de las medidas a determinados sectores que integran su ámbito competencial e, incluso, valorarse una ratificación previa por parte del Consejo Asesor que asiste al Lehendakari como Director único del Plan de Protección Civil
- Como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, el carácter de la urgencia en la toma de la decisión condicionará la cumplimentación o no de determinados trámites -que ulteriormente y en caso de omisión pudieran verse subsanados- debiendo

subrayarse que, en el caso de hallarnos ante una disposición de carácter general, la propia normativa reguladora de su elaboración viene a contemplar aquellas razones -de urgencia- siempre debidamente acreditadas en el expediente, como justificación de la imposibilidad de cumplimentar algunos de los que resulten de aplicación. (Art.14 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General y art. 133.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Abordada la tramitación administrativa de las medidas propuestas, resta referirnos ahora a la que debe llevarse a cabo ante los Tribunales de justicia.

Si bien es cierto que los órganos judiciales no han ahondado en la naturaleza de las disposiciones en cuyo marco se han adoptado medidas sanitarias como las que nos ocupan, los últimos pronunciamientos ofrecen pocas dudas sobre la necesidad de su ratificación cuando las mismas impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales y sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Aun pudiendo discutirse, al hilo de la diferencia entre acto administrativo y disposición de carácter general, y al amparo de la redacción otorgada al artículo 10.8 de la LJCA, si aquella ratificación resultaría preceptiva en el último caso, no abordaremos un análisis al respecto por considerarlo estéril al día de la fecha.

Y ello porque entendemos, como lo hace el Auto de 24 de septiembre del TSJ de Madrid más arriba citado, que dicha ratificación se erige en una garantía jurisdiccional previa de sujeción a los límites de la habilitación legal contenida en legislación sanitaria que soporta las medidas y de su proporcionalidad.

Pero, aquella ratificación, solo resultará posible si su adopción resulta justificada y se acomoda al fin último de prevención, protección y control de la salud individual y colectiva.

El Tribunal analizará si la limitación de los derechos fundamentales (libertad de desplazamiento y circulación de las personas y derecho de reunión) posee una justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue -prevención, protección y control de la salud

individual y colectiva- y además que no exista una medida menos gravosa para cumplir con esa finalidad.

Constatará, en definitiva, y como más arriba se señalaba, si se cumplen tres requisitos básicos: si las medidas son susceptibles de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)....”.

Para dicho juicio de cognición, la solicitud de ratificación de las medidas, que deberá elevarse a la Sala por parte de los letrados del Servicio Jurídico Central, deberá acompañarse de un soporte técnico completo, soporte que deberá facilitarse por el Departamento de Salud y que deberá incluir la concreta justificación de la decisión adoptada, fundada, entre otros extremos, en los datos sobre la evolución de la crisis sanitaria, informes epidemiológicos, criterios técnicos de incidencia acumulada, nº de ingresos en las unidades de cuidados intensivos...

Solo así podrán respaldarse las limitaciones a unos derechos fundamentales que no poseen un contenido esencial absoluto y que pueden y deben ceder en ocasiones en su confrontación con otros derechos esenciales para cuya garantía puede ser necesario restringirlos.

Vitoria-Gasteiz, a 1 de octubre de 2020