

LA JURISPRUDÈNCIA DICTADA A CATALUNYA EN TEMPS DE COVID

Xavier Urios Aparisi

Advocat de la Generalitat de Catalunya

Gabinet Jurídic

xurios@gencat.cat

Per a analitzar la jurisprudència dictada a Catalunya en temps de COVID-19 s'han de delimitar els diferents períodes normatius que, al llarg dels darrers dos anys, s'han produït. Aquest tractament diferenciat té l'origen en la naturalesa revisora de la jurisdicció contenciosa administrativa, fiscalitzadora de l'actuació de l'Administració i que, en relació amb la COVID-19, s'ha emmarcat en les mesures legislatives que han estat adoptades i, a l'empara d'aquestes, en les diferents resolucions dictades per l'Administració, essencialment les autoritats sanitàries, per a contenir la pandèmia i vetllar per la salut de les persones.

A partir d'aquesta aproximació, podem diferenciar tres grans períodes:

a) Un primer període caracteritzat per la declaració del primer estat d'alarma a l'empara del Reial decret 463/2020, del 14 de març, pel qual es va declarar l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, que es va perllongar fins al 21 de juny de 2020. Aquest primer estat d'alarma va comportar el confinament general de la població i el cessament d'una part significativa de l'activitat econòmica en determinats sectors, com ara el comercial, el cultural, el recreatiu i el de l'hostaleria i la restauració, a excepció dels serveis que es van considerar essencials i, per tant, es van mantenir.

b) Un segon període definit pel segon estat d'alarma, declarat pel Reial decret 926/2020, del 25 d'octubre, i el qual es va allargar fins al 9 de novembre de 2020 i posteriorment va ser prorrogat per a un període de sis mesos pel Reial decret 956/2020, del 3 de novembre, fins al 9 de maig de 2021. En aquest segon període, la intervenció administrativa va ser essencialment de les autoritats competents delegades, referides en l'article 2.2 del Reial decret 926/2020, com a conseqüència de la delegació de competències que es va fer a favor d'aquestes. Al mateix temps, el Reial decret exclouïa la ratificació o l'autorització judicial prèvia de les mesures que s'adoptessin, ja que en l'article 2.3 indicava que no calia la tramitació de cap procediment administratiu i que no era d'aplicació el que es preveia en el segon paràgraf de l'article 8.6 i en l'article 10.8 de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA).

Podem avançar que els dos períodes de l'estat d'alarma, en termes jurídics, han estat afectats radicalment pels dos pronunciaments del Tribunal Constitucional que els declaren

parcialment nuls, abast dels pronunciaments d'inconstitucionalitat que no analitzarem en el present article, més enllà d'algunes referències concretes que hi puguem fer.

c) Finalment, podem parlar del que podríem anomenar els períodes entre estats d'alarma¹ i dels posteriors a aquests, tant els de desescalada com aquells en els quals, arran de l'empitjorament de la situació epidemiològica i sanitària, les autoritats sanitàries van anar adoptant mesures que en determinats aspectes afectaven drets fonamentals i que van ser sotmesos a una ratificació judicial prèvia. Al mateix temps, els diferents sectors afectats van interposar múltiples recursos contenciosos administratius per a determinats sectors (com ara l'oci, la restauració o els gimnasos), amb peticions de mesures cautelarríssimes i cautelars la majoria de les quals van ser rebutjades i van seguir la tramitació posterior del procediment judicial i avui dia se'n comencen a dictar les primeres sentències.

Fins avui, s'han demanat un total de 64 ratificacions judicials, de les quals 25 corresponen als jutjats contenciosos administratius i 39 al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC). Del total, 20 de les 25 han estat ratificades i 36 de les 39 que ha conegut el TSJC han estat igualment autoritzades.

Pel que fa als recursos contenciosos administratius, se n'ha interposat un total de 234, amb peticions de mesures cautelars en 127, mesures que han estat denegades en un total de 117 i atorgades en tan sols 10.

1. PRIMER ESTAT D'ALARMA

Com ja s'ha indicat, el primer estat d'alarma declarat es va perllongar fins al 21 de juny de 2020 i va comportar un tancament gairebé total dels establiments i les activitats obertes al públic i un confinament personal domiciliari, tot i que es van adoptar mesures —entre d'altres, en matèria de transports— per a garantir l'abastament alimentari, el subministrament d'energia elèctrica i de productes derivats del petroli i el gas, i el manteniment dels serveis essencials.

Aquest període es va focalitzar en la lluita sanitària contra l'extensió de la pandèmia, en un entorn de gran incertesa científica i, al mateix temps, amb una manca, a escala mundial, dels equipaments necessaris per a protegir el personal sanitari en el desenvolupament de les seves tasques. La insuficiència de mascaretes quirúrgiques, equips d'autoprotecció, respiradors i altres equipaments bàsics, va motivar la interposició de demandes, especialment

1. Recordem que, pel Reial decret 900/2020, del 9 d'octubre, es va declarar l'estat d'alarma en determinats municipis de la Comunitat Autònoma de Madrid per a un període de quinze dies. Prèviament s'havia demanat la ratificació d'una mesura limitativa de drets que no va ser autoritzada per mitjà de la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Madrid del 8 d'octubre de 2020, que va entendre que la mesura limitativa de drets s'havia adoptat en una ordre autonòmica en compliment d'una decisió del Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut, en el marc dels mecanismes de coordinació de l'article 65 de la Llei 16/2003, del 28 de maig, de cohesió i qualitat del sistema nacional de salut. La Interlocutòria entenia que la Llei 16/2003 no emparava la mesura, sens perjudici que el seu encaix es trobava igualment en l'article 3 de la Llei orgànica 3/1986, que posteriorment tractarem. En aquell mateix període també es van rebutjar ratificacions de mesures a l'Aragó i al País Basc.

en l'àmbit social, per part de determinats col·lectius (personal sanitari, policies, conductors d'ambulància...) que havien de desenvolupar les seves funcions d'assistència als malalts i de control en un entorn d'alt risc per a la seva salut.

Podem fer referència a la Interlocutòria del 28 d'abril de 2020, dictada per la Sala Social del TSJC, que acordava:

[...] [requerir] a la Conselleria de Salut y al Catsalut para que, en relación con el personal sanitario integrado en el SISCAT, les provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, del siguiente material mínimo imprescindible para garantizar la salud y la seguridad en el desempeño de sus funciones: a) batas impermeables; b) mascarillas FFP2, FFP3; c) gafas de protección; d) guantes; e) delantales; f) polainas; y g) realización de los test de comprobación del Covid-19; si bien, respecto a estos test, el término de 24 horas es de inicio, en una aplicación gradual al personal afectado compatible con el mantenimiento de la eficiencia del servicio.²

També la Interlocutòria del 30 d'abril de 2020 adoptava la mesura cautelar reclamada i requeria a l'empresa de transport sanitari responsable i, subsidiàriament, a SEM, SA i al Servei Català de Salut (CatSalut):

[...] para que con carácter urgente e inmediato mientras dure el presente estado de alarma pongan a disposición de todo el personal de la empresa batas o buzos impermeables de protección ante riesgo biológico para cada trabajador y de su talla, mascarillas FFP2/FFP3 y quirúrgicas para cada trabajador y limitar el uso a una guardia, así como del uniforme de trabajo, y que se proceda a la desinfección de los vehículos y las instalaciones, [y] que la empresa realice las pruebas del COVID-19 en todas las bases donde haya trabajadores con síntomas o que han sido expuestos.

Aquestes mesures cautelars van ser complertes per tal que es pogués disposar dels equipaments suficients dins de la situació d'escassetat que es produïa. D'altra banda, en els incidents d'execució que se'n van derivar, es va apreciar que els tribunals actuaven en termes de raonabilitat pel que fa al compliment efectiu de la mesura imposada.³ Al mateix temps, hi va haver també una evolució en l'adopció de les mesures, ja que posteriorment es va posar l'èmfasi en la pràctica de tests de detecció del SARS-CoV-2 (Interlocutòria de la Sala Social del TSJC del 4 de maig de 2020).

Els pronunciaments judicials concrets que es van anar produint contra les limitacions derivades de l'estat d'alarma i les mesures de restricció establertes, així com les

2. En la Interlocutòria de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem 2446/2020, del 26 d'abril, sobre el recurs interposat contra la inactivitat del Ministeri quant a la provisió de dotar el personal sanitari, de manera urgent i immediata, de material sanitari de protecció per a hospitals i altres centres assistencials, va resoldre en sentit favorable i va requerir que informés cada quinze dies de les mesures concretes adoptades.

3. Interlocutòria núm. 17/2020, del 24 d'abril (demanda núm. 14/2020) (fonament jurídic [FJ] 6è), en què es van denegar les diverses mesures cautelaríssimes sol·licitades pel sindicat CS CONC-CCOO: «[...] conviene recordar que una cuestión es la inactividad de una empleadora concreta a la hora de cumplir con las obligaciones que le impone la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y otra muy distinta es la imposibilidad de cumplimiento [...]».

diferents ordres ministerials que es van anar adoptant, van ser tractats i resolts pel Tribunal Suprem.⁴

Es pot fer esment de la Interlocutòria del 25 de març del 2020 de la Secció Quarta de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem (recurs ordinari núm. 88/2020), que va afirmar:

La Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los profesionales sanitarios. Tampoco desconoce que deben contar con todos los medios necesarios para que la debida atención a los pacientes que están prestando de forma abnegada no ponga en riesgo su propia salud, ni la de las personas con las que mantengan contacto. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que cuenten con ellos. Sucede, sin embargo, que no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente y sí son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla. En estas circunstancias, como hemos dicho, no hay fundamento que justifique la adopción de las medidas provisionálísimas indicadas. Es decir, no se han traído a las actuaciones elementos judicialmente asequibles, los únicos que cabe considerar en el proceso [...].

Quant a l'afectació del dret de manifestació, arran de les sol·licituds de manifestació que va formular un partit polític per al 23 de maig de 2020, pel que fa a Catalunya el TSJC es va declarar incompetent perquè entenia que la competència per a autoritzar corresponia a l'Administració General de l'Estat, arran de l'estat d'alarma, Posteriorment, però, en la Interlocutòria del Tribunal Suprem 2525/20, del 20 de maig, l'alt tribunal va exposar que era competència de l'autoritat autonòmica i, consegüentment, controlable pel TSJC. Més endavant, la Sentència del TSJC del 16 d'octubre de 2020 (Rec. 342/2020) va declarar la limitació ajustada al dret, amb referència a la Interlocutòria del Tribunal Constitucional 40/2020, del 30 d'abril, que inadmetia un recurs d'empara contra una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Galícia que prohibia una manifestació l'1 de maig, admetent que els drets fonamentals poden sotmetre's a determinades modulacions i límits que va avalar la limitació del dret fonamental de manifestació, i va indicar:

En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento

4. Per exemple, Interlocutòria del Tribunal Suprem 2574/2020, del 19 de maig, que denega la mesura cautelar contra l'Ordre SND 370/2020, del 25 d'abril, sobre les condicions de desplaçament de la població infantil, o Interlocutòria del Tribunal Suprem 2508/2020, que denega la mesura cautelar contra l'Ordre SND 298/2020, que adopta mesures excepcionals en relació amb les vetlles i cerimònies fúnebres.

social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. [...] nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso, los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente.

Un altre aspecte relacionat amb aquest primer estat d'alarma és el referent a les sancions imposades com a conseqüència de l'incompliment de les mesures adoptades per les autoritats competents. En aquest punt, la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 148/2021, del 14 de juliol, que va declarar la nul·litat parcial del Reial decret 463/2020 (i dels posteriors Reial decret 465/2020, del 17 de març, Reial decret 476/2020, del 27 de març, Reial decret 487/2020, del 10 d'abril, i Reial decret 492/2020, del 24 d'abril), ha estat clara i ha declarat nul·les aquestes sancions.⁵ Conseqüentment, s'han anat produint sentències favorables i assentiments en tots els procediments judicials en què es qüestionaven sancions imposades per l'incompliment de les mesures decretades en el primer estat d'alarma.

En aquesta línia, el Departament d'Interior ha resultat retornar l'import de les sancions que va imposar —i que van ser abonades— per l'incompliment de les mesures derivades del primer estat d'alarma, declarat al començament de la pandèmia de la COVID-19 (del 14 de març al 21 de juny de 2020), i amb aquesta finalitat ha dictat la Resolució INT/3813/2021, del 23 de desembre, per la qual s'estableixen actuacions relatives al compliment de la STC 148/2021, del 14 de juliol, en relació amb determinats expedients sancionadors (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* [DOGC], núm. 8572, 28 de desembre de 2021).

2. SEGON ESTAT D'ALARMA

El segon estat d'alarma canvia de manera substancial el règim d'intervenció administrativa per a fer front a la pandèmia, ja que són les comunitats autònomes⁶ les que, a

5. El FJ 11è indica, en l'apartat c:

Por el contrario, sí es posible la revisión expresamente prevista en el art. 40.1 *in fine* LOTC, esto es, «en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». Esta excepción viene impuesta por el art. 25.1 CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

6. L'article 2.2 del Reial decret 926/2020 indicava que l'autoritat competent delegada era qui ocupava la presidència de la comunitat autònoma o ciutat amb estatut d'autonomia, i l'article 9.1 indicava que les mesures dels articles 6,

l'empara del Reial decret 926/2020, adopten les mesures sanitàries, com a autoritats delegades, en les qüestions relatives a: la limitació de la llibertat de circulació de les persones en horari nocturn —toc de queda—; l'entrada i la sortida de les comunitats autònomes, així com d'àmbits territorials de caràcter geogràficament inferior; la limitació de permanència de persones en espais públics i privats, i la limitació de permanència de persones en llocs de culte.⁷

Al mateix temps, l'article 2.3 del Reial decret 926/2020 elimina la intervenció judicial necessària per a l'aprovació i la ratificació de les mesures:

[...] no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Això va comportar que, al llarg del període en què es va estendre el segon estat d'alarma, les mesures que van ser adoptades per les autoritats sanitàries, per molt que afectessin drets fonamentals, no passessin pel filtre judicial referit, sens perjudici que sí que han estat objecte de control judicial, mitjançant la interposició dels recursos contenciosos corresponents, els quals han estat acompanyats, en moltes ocasions, de la petició de mesures cautelars corresponent.

2.1. INICI DEL FORMULARI

El Reial decret que declarava el segon estat d'alarma també va ser declarat inconstitucional parcialment, per la STC 183/2021, del 27 d'octubre, especialment quant al règim de delegació a favor de les autoritats autonòmiques competents. Això ha comportat tornar-se a plantejar en quina mesura la declaració d'inconstitucionalitat afecta les sancions tramitades o imposades pels incompliments derivats de les mesures sanitàries i sense que la STC es pronunciï respecte a aquesta qüestió, a diferència del que va fer quant a la declaració d'inconstitucionalitat del primer estat d'alarma.

No obstant això, els primers pronunciaments judicials indiquen que la declaració d'inconstitucionalitat significa que les resolucions dictades per les autoritats delegades són nul·les de ple dret, ja que han estat dictades per òrgans manifestament incompetents, i, consegüentment, les sancions imposades prenent com a base les corresponents resolucions dictades per les autoritats sanitàries en relació amb les limitacions recollides en els articles 5-8 del Reial decret 926/2020 no compleixen el principi de tipicitat.

En aquest sentit es pronuncia el Tribunal Suprem en la Sentència del 26 de gener de 2022 en relació amb el Decret 13/2020, del 9 de novembre, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual es prorrogaven les mesures sanitàries:

7 i 8 serien eficaces quan l'autoritat competent delegada ho determinés a la vista dels indicadors sanitaris, epidemiològics, socials, econòmics i de mobilitat. Totes dues previsions es van declarar inconstitucionals i nul·les per la STC 183/2021.

7. Limitacions que han estat declarades ajustades a la CE, però no el règim de delegació per a la seva adopció, abans referit.

Dicho cuanto precede, esta Sala considera que la declaración de inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley, recogida en el Real decreto 926/2020 declarativo del estado de alarma, por la que se designa como autoridad delegada a los presidentes de las comunidades autónomas no puede dejar de influir en un recurso contencioso-administrativo, como éste, en el que el objeto de impugnación son precisamente varios actos administrativos restrictivos de derechos adoptados por la presidenta de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares como autoridad delegada en virtud del Real decreto 926/2020. La autoridad que dictó los actos administrativos impugnados, en pocas palabras, carecía de competencia para dictarlos, a la luz de la STC 183/2021. Ello implica que tales actos administrativos adolecen de un vicio de incompetencia, por lo que el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado [...]. Pero el dato ineludible es que la designación de las autoridades delegadas fue inconstitucional, lo que determina la invalidez de las actuaciones de éstas por incompetencia. Así, dado que los actos administrativos aquí impugnados deben reputarse inválidos por esa razón, ya no es preciso examinar si vulneraron o no los derechos fundamentales invocados por el demandante.

Es pronuncia en el mateix sentit la Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 25 de gener de 2022, en aquest cas en relació amb les mesures sanitàries adoptades per les autoritats delegades en l'àmbit de la Comunitat Valenciana.

En resum, d'acord amb el criteri establert pel Tribunal Suprem i sense entrar a valorar l'encert o no d'aquest criteri, sembla que el debat està tancat.

3. AUTORITZACIONS I RATIFICACIONS JUDICIALS DE LES MESURES SANITÀRIES QUE AFECTEN DRETS FONAMENTALS

Per imperatiu de la LJCA, les mesures que les autoritats sanitàries considerin urgents i necessàries per a la salut pública i impliquin la privació o restricció de la llibertat o d'un altre dret fonamental, requereixen una autorització o ratificació judicial.

Amb caràcter previ, s'ha d'indicar que es va generar cert debat jurídic en relació amb si el concepte de *ratificació judicial* permetia que la intervenció judicial fos posterior a la publicació de la disposició o acte administratiu general, punt sobre el qual es va pronunciar el Tribunal Suprem en diferents interlocutòries el 20 de maig de 2021:

Según hemos explicado en los autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473/2021), los artículos 10.8 y 11.1.i) de la Ley de la jurisdicción exigen que la medida sanitaria —disposición general o acto administrativo general, según los casos— obtenga un visto bueno o aprobación previa por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente. Ello significa que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente. En otras palabras, la ratificación prevista en esos preceptos «no es una especie de convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz: no es un acto provisional o claudicante que pueda ser aplicado en el lapso temporal que media entre su adopción por la Administración y la resolución judicial que se pronuncia sobre su ratificación». Confirman esta conclusión, tal como hemos dicho en

esos autos, no sólo la literalidad de los preceptos sino también la consideración de que no tendría ningún sentido un procedimiento como el ahora regulado por los artículos 10.8 y 11.1.i) si se pretendiera con él un control sucesivo de actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. No lo tendría porque para lograr ese objetivo, ya existían las vías adecuadas en la Ley de la jurisdicción. Además, siendo la propia Administración promotora de la medida sanitaria la que debe solicitar la ratificación, no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar un acto, sino que lo hace para dotarle de una eficacia que por sí sola no puede darle y que es especialmente necesaria para actuaciones restrictivas de derechos fundamentales. Las consecuencias derivadas de lo anterior son, principalmente, dos. La primera es que, como ya se ha apuntado, las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables. La segunda es que, si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde «dejar sin efecto» la orden o acuerdo sometidos a ella ya que nunca fueron legalmente eficaces, sin perjuicio de que pueda —o, incluso, deba— dar publicidad a dicha denegación, especialmente si previamente las medidas rechazadas hubieran tenido alguna clase de publicidad oficial.⁸

En aquesta intervenció judicial podem diferenciar dues fases: *a*) una primera fase, fins al 19 de setembre de 2020, en què la competència corresponia als jutjats contenciosos administratius i, fora de l'horari de funcionament d'aquests, als jutjats d'instrucció en funcions de guàrdia (d'acord amb el Reglament 1/2005, dels aspectes accessoris de les actuacions judicials, aprovat per l'Acord del Ple del Consell General del Poder Judicial del 15 de setembre de 2005); *b*) una segona fase que deriva de la modificació de la LJCA feta per la disposició final segona de la Llei 3/2020, del 18 de setembre, de mesures processals i organitzatives per a fer front a la COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de justícia, que va passar a atribuir dita competència a les sales contencioses administratives del TSJC.

En un primer moment, les resolucions de les autoritats sanitàries, com que es tractava de disposicions autonòmiques, es trobaven excloses del recurs de cassació, fet que va motivar pronunciaments discrepants de diferents tribunals superiors de justícia en temes com ara el confinament de poblacions, la limitació del nombre de persones que podien reunir-se en llocs públics i privats, el certificat COVID i els aforaments de l'hostaleria i l'oci nocturn.

A això s'ha d'afegir la insuficiència del recurs de cassació —tal com s'ha configurat des de la reforma de l'any 2015— per a conèixer de les interlocutòries de ratificacions judicials,⁹ cosa que va justificar la modificació duta a terme pel Reial decret llei 8/2021, del 4

8. STS 2178/2021, del 24 de maig.

9. Així ha va declarar la Interlocutòria del Tribunal Suprem del 24 de març de 2021, en el recurs de queixa 570/2020:

[...] por su tramitación preferente, por los brevísimos plazos en que ha de sustanciarse, por carecer de naturaleza contradictoria, ya que no hay en él partes enfrentadas, y por limitarse la cognición a la que da lugar a resolver si procede o no la ratificación de las medidas limitativas de derechos fundamentales adoptadas por razones de salud pública con destinatarios no identificados individualmente. En efecto, únicamente puede promoverlo la Administración que pretende obtener la

de maig, pel qual s'adopten mesures urgents en l'ordre sanitari, social i jurisdiccional, que va modificar l'article 87 LJCA i va incloure, com a susceptibles de cassació, les interlocutòries dictades a l'empara dels articles 10.8 i 11.1i LJCA, i va establir un procediment preferent i sumari per a aquest recurs, d'acord amb la seva naturalesa i la seva finalitat.¹⁰

A l'empara d'aquest nou recurs de cassació, el Tribunal Suprem ha anat establint criteris que han servit per a unificar la doctrina que han d'aplicar els tribunals superiors de justícia en matèries com ara el toc de queda o el certificat COVID, des del punt de vista de la suficiència o no del marc normatiu aplicable, sens perjudici que en algunes de les interlocutòries dictades s'han modulats algunes de les mesures plantejades.

Pel que fa a l'anàlisi concreta dels pronunciaments judicials emesos sobre la ratificació, les resolucions judicials dictades han estat majoritàriament favorables a l'aprovació de les mesures, sens perjudici que en algunes de les interlocutòries dictades s'han modulats algunes de les mesures plantejades.

No obstant això, s'ha de destacar la Interlocutòria del Jutjat d'Instrucció núm. 1 de Lleida del 12 de juliol de 2020, dictada en relació amb el tancament perimetral de determinats municipis de la província de Lleida i la qual va considerar que no es podia procedir a dit tancament perimetral si no es produïa en el marc de la declaració d'un estat d'alarma.

La interlocutòria indicada deia:

Entendemos que lo que se propone con la resolución que se presenta no es sino eludir la aplicación del estado de alarma parcial que precisamente prevé, en garantía de los derechos fundamentales, el art 4º de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esta es una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso de los Diputados. En todo caso, el presidente de la Generalidad, de acuerdo con el art 5º de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, «podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma».

Atenent la situació que es va derivar d'aquest pronunciament, el Govern de la Generalitat va aprovar el Decret llei 27/2020, del 13 de juliol, que va modificar la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública, i va afegir a l'article 55 el subapartat k, en el qual es preveu que les autoritats sanitàries competents poden adoptar mesures de limitació de l'activitat, el

ratificación y sólo está llamado a intervenir en él el Ministerio Fiscal según el artículo 122 quater de la Ley de la Jurisdicción y, también de acuerdo con este precepto, ha de resolverse en el plazo máximo de tres días naturales. La novedad y singularidad del procedimiento lleva a preguntar por el juicio que debe efectuar la sala competente, por el que debe llevar a cabo el Tribunal Supremo y por cuáles han de ser las consecuencias que uno y otro pueden tener sobre el derecho a la tutela judicial de los afectados por las medidas que se adopten y ratifiquen. Al respecto, cabe decir que, dadas las características de la intervención judicial prevista, no puede sino ser sumamente limitada.

10. Cal tenir present que el Tribunal Superior de Justícia d'Aragó, mitjançant la Interlocutòria del 3 de desembre de 2020, ha plantejat una qüestió d'inconstitucionalitat contra aquesta atribució cassacional perquè ha entès que vulnera els articles 103, 106 i 117.3 CE.

desplaçament de les persones i la prestació de serveis, d'acord amb el procediment establert en l'article 55 bis i sempre que siguin alguna de les mesures previstes en l'annex 3.

D'aquesta manera, s'objectivitzava al màxim l'adopció de les mesures:

[...] l'adopció de les mesures indicades requerirà l'emissió d'un informe emès pel director/a de l'Agència de Salut Pública, en els aspectes assistencials a proposta del Servei Català de la Salut i en els aspectes epidemiològics i de salut pública, a proposta de la pròpia Agència, el qual tindrà per objecte acreditar la situació actual de risc de contagi, la situació de control de la pandèmia, la suficiència de les mesures, i proposarà les mesures a adoptar.

Les mesures han de ser alguna de les establertes expressament i han d'indicar el manteniment o no dels serveis essencials, d'entre els indicats en l'annex 2.

A l'empara d'aquest marc normatiu d'urgència, les autoritats sanitàries van aprovar una nova resolució amb mesures similars que van ser ratificades per la Interlocutòria del 14 de juliol de 2020 del Jutjat d'Instrucció núm. 2 de Lleida, menys per a un dels municipis afectats, ja que va entendre que en aquest municipi l'afectació era notòriament inferior a la de la resta.¹¹

A partir d'aquest marc normatiu, els informes emesos per la direcció de l'Agència de Salut Pública han estat la fonamentació en la qual s'han basat les successives mesures adoptades per les autoritats sanitàries i, posteriorment, el control judicial emès, tant en les mesures cautelars com en les sentències, en les quals s'ha avaluat la proporcionalitat o la justificació de les mesures a l'empara de l'anàlisi d'aquests informes, tal com exposarem posteriorment.

11. Diu la Interlocutòria:

Les mesures són necessàries, doncs les adoptades fins a la data d'aquesta resolució no han pogut assolir abastament els objectius de control de la pandèmia i reducció de risc de contagis. Cal acudir a les mesures adoptades durant l'estat d'alarma, més restrictives de drets i llibertats que les que es sol·licita siguin ratificades, han demostrat que la limitació d'activitat i de la llibertat de desplaçament han reduït molt sensiblement el risc de contagi i permès avançar en el control de la pandèmia. Cert és que la situació actual és millor que la que es va viure als mesos de març i abril, com també és cert que les mesures que es demana es ratifiquin són menys restrictives que les que es van adoptar en el seu dia i delimitades territorialment als llocs on calen donada la situació actual i recollida a l'Informe del director de l'Agència de Salut Pública de Catalunya. Vistes les anteriors actuacions per la pandèmia, també es conclou que les mesures són idònies per obtenir els fins pretesos. Les limitacions de desplaçaments i activitat tenen com objectiu i són idònies per reduir el contacte social i, en conseqüència, la reducció dels contagis. La represa del contacte social ha donat com a conseqüència els brots actuals i el seu preocupant creixement, pel qual cal reduir-lo fins que es torni a una situació similar al inici de l'anterior fase de represa. I no es té cap dubte que les mesures contingudes en la Resolució SLT/___/2020, de 14 de juliol, agrupades en dotze punts que cobreixen els principals àmbits d'actuació de les persones, són idònies per obtenir els fins pretesos. Finalment, en quant a la proporcionalitat, cal concloure que les mesures la ratificació de les quals es sol·licita, són proporcionades a les finalitats que es pretenen. Cal fer esment que s'aprecia una acurada limitació de les restriccions en tots els àmbits afectats; es procura protegir la salut i, alhora, minimitzar l'afectació a les activitats econòmiques i al desenvolupament de les activitats quotidianes de les persones que puguin donar-se, ajustant-se, en conseqüència, al principi de proporcionalitat.

Al marge de l'habilitació autonòmica, la normativa estatal també ha justificat les mesures. En concret, l'article 3 de la Llei orgànica 3/1986, del 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública, estableix:

[...] 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.

En el seu moment, es va qüestionar si aquesta habilitació era massa genèrica per a poder fonamentar l'afectació de drets fonamentals, però el Tribunal Suprem es va pronunciar a favor de la seva suficiència tot i reconèixer que era certament succincta. En aquest sentit, la STS del 19 d'agost de 2021, en relació amb la ratificació d'unes mesures sanitàries en l'àmbit territorial de Castella-La Manxa, indica, fent referència a la STS 875/2021, del 17 de juny:

También hemos sostenido que la restricción de derechos fundamentales por razones sanitarias, ahora por razón de la pandemia del Covid-19, no exige necesariamente la cobertura del estado de alarma. Que así se haya declarado y autorizado por el Congreso de los Diputados hasta en dos ocasiones, con sus prórrogas, como medida excepcional por razones del momento en que se acordó, no implica que no exista otra opción. 3. Respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial y sin desnaturalizarlos, cabe con carácter general que mediante ley ordinaria se regulen y limiten puntualmente. Esto no equivale a una legislación de desarrollo, entendiéndose por tal una regulación de conjunto o que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales de los mismos. [...] Volviendo al artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, hemos declarado que su idoneidad no está tanto en la intensidad de las medidas adoptadas sino en su extensión pues en la lucha contra la pandemia del Covid 19 se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Por tanto, la idoneidad de tal precepto dependerá de la justificación sustantiva de las medidas según las circunstancias del caso y siempre que esa justificación sustantiva esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate. 8. Ante restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día («toque de queda») o de limitar las reuniones, esa justificación exige acreditar que esas medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública: no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

D'acord amb aquest sistema, els diferents tribunals superiors de justícia han anat ratificant majoritàriament les mesures que afectaven drets fonamentals prenent com a base el marc normatiu aplicable, sempre que la justificació de la mesura concreta superés el judici de proporcionalitat.

En aquest sentit, dintre d'aquesta regla general de ratificació, a Catalunya es va denegar en una ocasió la prohibició de reunions de més de deu persones i, en les primeres peticions de ratificacions, en les quals no es concretaven els drets fonamentals afectats, un jutjat contenciós administratiu va denegar en una ocasió la limitació de l'aforament del comerç al 50% i, en una

altra, el tancament de l'hostaleria i la restauració a les 24 hores de la nit, si bé dins d'un entorn general de ratificació de les mesures.

Quant al toc de queda, l'estiu del 2021 va ser ratificat en diferents ocasions pel TSJC fins al moment en què els indicadors no van justificar la continuïtat de la mesura, que va portar a un canvi de criteri del TSJC o, més que a un canvi de criteri, a ponderar que la notable millora dels indicadors no justificava la mesura.

Cal recordar igualment que, de manera reiterada, la Sala Contenciosa Administrativa del TSJC ha autolimitat l'abast de la seva ratificació a la qüestió relativa a l'afectació o no dels drets fonamentals, sense entrar en altres qüestions de fons.¹² De la mateixa manera, els escrits processals formulats per l'Administració de la Generalitat han limitat la petició d'autorització als punts o apartats que afectaven drets fonamentals, com ara el dret de reunió, el dret de circulació o el dret a la llibertat de culte, per la qual cosa no han inclòs peticions de ratificacions de mesures que afectessin drets no fonamentals, com, per exemple, el dret a la llibertat d'empresa.

4. MESURES SANITÀRIES ADOPTADES MENTRE NO HA ESTAT EN VIGOR L'ESTAT D'ALARMA

Ja hem avançat que el Decret Llei 27/2020 va establir unes mesures de protecció de la salut que s'han anat concatenant en el temps, ordinàriament per a períodes de quinze dies, tal com preveu, com a criteri general, l'article 55 bis de la Llei 18/2009, si bé en determinades ocasions les mesures han estat adoptades cada setmana, per tal de reaccionar amb la major brevetat possible a la situació epidemiològica i assistencial existent.

Les resolucions sanitàries han estat adoptades, en el cas de Catalunya, de manera conjunta pels departaments de Salut i Interior, arran de les competències que tenen sobre la matèria (salut i protecció civil).

12. El caràcter autolimitat de les ratificacions judicials ha estat declarat pel Tribunal Suprem en la STS 719/2021, del 24 de maig (recurs de cassació núm. 3375/2021):

A su vez, el control judicial requerido a las salas de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional ha de comportar la comprobación de que la Administración que pide la ratificación: (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

Aquest ha estat el marc normatiu català que ha anat emparant les mesures sanitàries adoptades, les quals majoritàriament han estat ratificades judicialment i, davant de les mesures cautelars adoptades, han estat igualment mantingudes en la seva pràctica totalitat.

En qualsevol cas, s'han de diferenciar clarament les mesures que afecten drets fonamentals i les que van ser adoptades per a la contenció de la pandèmia i afectaven, amb caràcter general, determinats sectors o activitats, ja sigui establint limitacions (d'aforament o d'horaris), ja sigui cessant temporalment l'activitat; mesures justificades en els informes emesos per la direcció de l'Agència de Salut Pública, atesa la situació epidemiològica i assistencial existent, i que concretaven les limitacions en funció dels riscos per a la transmissió dels contagis.

El control judicial s'ha enfocat amb el paràmetre de la proporcionalitat de la mesura i, des d'aquest punt de vista, han estat reiterats els pronunciaments judicials que han rebutjat l'adopció de mesures per precaució, perquè entenien que qualsevol restricció de drets o llibertats havia d'atendre raons de contenció de la pandèmia i de protecció de la salut de les persones i del sistema sanitari.

Com hem indicat anteriorment, la regla general ha estat la ratificació de les mesures adoptades, així com —tal com veurem posteriorment— la denegació de les mesures cautelars demanades.

Cal tenir present també que, en termes d'impugnació, quan es tractava de mesures adoptades per delegació durant el segon estat d'alarma, casos en què l'acte s'entén realitzat per l'òrgan delegant, en un primer moment es va considerar que, en tractar-se d'actes dictats per delegació, provenien del Govern de l'Estat i la competència havia de correspondre al Tribunal Suprem, si bé amb posterioritat la Interlocutòria del 9 de març de 2021 va aclarir que la competència corresponia al TSJC.¹³

5. MESURES CAUTELARS

Al marge de la necessària intervenció judicial prèvia en relació amb les mesures sanitàries que afecten drets fonamentals, aquestes mesures, una vegada publicades, han generat una conflictivitat notòria, amb la interposició de recursos contenciosos administratius acompanyats en moltes ocasions de peticions de mesures cautelars i, a vegades, de cautelaríssimes.

De manera reiterada, els tribunals han anat emparant les mesures administratives sota la premissa del judici de proporcionalitat i la justificació de les mesures que es derivava de l'informe de salut pública que acompanyava la mesura corresponent.

Les qüestions controvertides han estat molt variades: els tancaments perimetrals acordats; les instruccions d'organització de l'obertura dels centres educatius, l'ús de

13. «Ello es lo que ocurre en el presente caso, en que el acto impugnado proviene de dos consejeros de la Generalitat de Catalunya. Debe así estarse a la regla de competencia del art. 10.1.a) LJCA, de manera que el conocimiento del presente asunto corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.»

mascaretes; les mesures quant a l'esport, l'oci nocturn, la restauració i les activitats recreatives i musicals; l'informe sobre l'obertura dels centres escolars; el pla sectorial de la gestió de la infecció pel coronavirus SARS-CoV-2 en l'àmbit residencial; el Decret 1/2021, pel qual es deixa sense efecte la celebració de les eleccions; la Instrucció 6/2020, de mesures organitzatives, prevenció i seguretat per a la reincorporació del personal de la Generalitat; la vacunació de policies nacionals i guàrdies civils; l'Ordre ECO/127/2021, del 14 de juny, d'ajuts en resposta a la pandèmia de la COVID-19; les resolucions d'intervenció de centres residencials, la quarantena d'alumnes no vacunats i el certificat COVID, entre d'altres.

En qualsevol cas, la majoria han estat plantejades pel sector de l'oci, la restauració i els gimnasos contra les resolucions de les autoritats sanitàries que prohibien temporalment el desenvolupament de l'activitat o bé estableixen limitacions horàries o d'aforament per a aquesta.

Com hem indicat, la majoria de les mesures cautelars demanades s'han rebutjat en entendre justificades les resolucions dictades per les autoritats sanitàries a la vista dels informes emesos:

En el que nos ocupa, a la vista del informe de la Agencia de Salud Pública de Cataluña, y a falta de prueba técnica epidemiológica y asistencia que lo contradiga y desvirtúe, no cabe menos que aceptar como muy probable que la suspensión cautelar pretendida por la actora puede ser causa de graves perjuicios para la salud, considerada tanto desde su vertiente comunitaria como desde la individualidad de las personas posiblemente afectadas, habida cuenta del diagnóstico hecho en el informe de la Agencia de Salud Pública.¹⁴

No obstant això, a vegades s'ha produït una disparitat de criteris entre magistrats a l'hora de decidir que, fins i tot, ha justificat que en alguna ocasió es constituís la Sala de discòrdia,¹⁵ per tal de resoldre situacions d'empat en la secció corresponent, o s'emetessin vots particulars.¹⁶

En definitiva, els pronunciaments judicials s'han basat en la raonabilitat, com indica la Interlocutòria 74/2020 del Tribunal Superior de Justícia de Cantabria, del 21 d'agost de 2020:

[...] no es dado exigir evidencias científicas irrefutables: demostraciones acabadas de su efecto en la detección de la extensión de la pandemia y verificación exacta de que los

14. Interlocutòria del TSJC del 16 de setembre de 2021.

15. Interlocutòria del TSJC del 26 de gener de 2021, sobre determinades limitacions en centres comercials, que va denegar la mesura cautelar.

16. Interlocutòria del TSJC del 16 de febrer de 2021, que assenyala:

No discutiéndose la gravedad de la pandemia y la preponderancia de la salud sobre cualquier otro elemento a considerar, creo que ello no permite obviar a la Administración que ajuste su actuación a la Ley y al resto del ordenamiento jurídico, lo que a los presentes limitados efectos de la tutela judicial cautelar le hubiera debido llevar a explicar la razón por la que atribuye un régimen más perjudicial a una categoría de establecimientos con relación a otros aparentemente iguales.

locales y establecimientos afectados son focos de contagio: basta con indicios racionales. No nos parece difícil aceptar esto, cuando se sabe que estamos ante un virus desconocido hasta ahora y que los conocimientos que la ciencia va adquiriendo son fruto de pruebas y estudios condicionados por la urgencia y la falta de certezas. En este contexto, el principio de precaución se impone, de tal manera que hay que contar con cualquier instrumento que sea razonablemente útil y, obviamente, no perjudique la salud que se trata de preservar. [...] No estamos ante certezas científicas; pero la contienda contra una pandemia como la que padecemos no se libra con certidumbre científica absoluta: la precaución, la anticipación (que no es precipitación) y la celeridad son armas esenciales e implican la consideración de todos los indicios razonables de riesgos de reforzamiento o extensión de la enfermedad.

6. SUPÒSITS MÉS RELLEVANTS

6.1. TOC DE QUEDA L'ESTIU DEL 2021 I EL DESEMBRE DEL 2021

En relació amb el toc de queda, o limitació dels horaris nocturns, aquesta va ser una de les mesures adoptades en el marc de les declaracions dels estats d'alarma i, al marge d'aquests períodes, es va valorar d'adoptar-la conjuntament amb altres mesures, com ara les referents al tancament de l'oci nocturn, per tal d'evitar situacions com els botellots (*botellons*)¹⁷ entre la gent jove, especialment en els moments en què la transmissió del virus es focalitzava en aquest sector de la població.¹⁸

17. La Resolució SLT/1905/2020, del 28 de juliol, per la qual s'adopten mesures especials en matèria de salut pública relacionades amb el consum de begudes alcohòliques per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19, preveu que, a falta d'una ordenança municipal específica que ho reguli, es prohibeix, per raons de salut pública, a tot el territori de Catalunya, el consum compartit de begudes alcohòliques a la via pública i a la resta d'espais oberts al públic.

18. A títol d'exemple, en un dels informes justificatius de la mesura s'indicava:

Existeix un ampli consens d'evidència científica sobre l'efectivitat de disminuir les interaccions socials, especialment amb mesures com la limitació de la circulació de persones en horari nocturn un cop ja s'han pres altres mesures restrictives en relació a l'oci nocturn (proposta de tancament), i en activitats recreatives musicals a peu dret i amb ball i a la limitació de reunions en àmbit familiar i social d'un número màxim de persones. La situació actual de l'evolució de 6a onada epidèmica està molt relacionada amb la població jove no vacunada i la irrupció de la variant òmicron, així com la relaxació de les mesures en activitats on es reuneixen les persones, on és difícil mantenir les mesures com la distància interpersonal de seguretat i l'ús de la mascareta. Cal, doncs, prendre mesures més dràstiques per tal de revertir l'augment exponencial actual de contagis especialment en aquelles franges d'edat que mostren unes incidències més elevades. Altrament, no podem propiciar que, atès que es proposa el tancament dels establiments de l'oci nocturn, aquest oci es traslladi als espais públics, on s'agrupen persones sense distància interpersonal i on no duen la mascareta perquè es consumeix, fenomen anomenat «botellons». Aquest espai, encara que siguin a l'aire lliure, també es converteixen en esdeveniments superdisseminadors i per tant cal adoptar mesures extraordinàries per evitar que es duguin a terme. És per això que amb la limitació de la mobilitat nocturna és pretén limitar i reduir les interaccions socials que es produeixen en horari nocturn, atès que aquestes són les més freqüentades per les franges d'edat amb major incidència de la malaltia, tot atenent a la proporcionalitat de la mesura, en la que es comprova la situació actual de fase

El debat, en un primer moment, es va centrar a valorar si calia una declaració de l'estat d'alarma per a implantar el toc de queda o bé si la Llei orgànica 3/1986 era una habilitació suficient.

Com hem dit abans, el Tribunal Suprem va tractar aquesta qüestió en la STS del 3 de juny de 2021, en relació amb les mesures adoptades a les Illes Balears, i va considerar que l'habilitació de l'article 3 de la Llei orgànica 3/1986, malgrat el seu caràcter «escueto y genérico», era suficient (tot i que es va pronunciar de manera desfavorable a les mesures perquè no va considerar-les suficientment justificades). En la mateixa línia es va pronunciar la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana del 12 de juliol de 2021, en relació amb la limitació de la mobilitat nocturna d'un seguit de municipis de més de cinc mil habitants.

Així es va fer igualment a Catalunya amb diferents mesures adoptades entre els mesos de juliol i agost del 2021, en relació amb les quals el TSJC va entendre que, atesa la situació epidemiològica i assistencial, les restriccions a la mobilitat eren justificades.

La restricció a la mobilitat es va mantenir en diferents resolucions que van ser ratificades judicialment, fins que la Interlocutòria del 19 d'agost de 2021 va denegar-la perquè els indicadors havien millorat molt en relació amb la situació originària.

Posteriorment, el desembre del 2021 es van tornar a plantejar les restriccions en horari nocturn, que van ser ratificades fins que la millora dels índexs va fer que no calgués continuar la mesura, que ja no va ser prorrogada i, consegüentment, no es va sotmetre a ratificació judicial.

6.2. CERTIFICAT COVID

A Europa, la possibilitat de demanar el certificat COVID per a accedir a determinades activitats deriva del Reglament (UE) 2021/953 del Parlament Europeu i del Consell, del 14 de juny de 2021, relatiu a un marc per a l'expedició, la verificació i l'acceptació de certificats COVID interoperables de vacunació, de prova diagnòstica i de recuperació (certificat COVID digital de la UE).

Així es va establir a França de manera generalitzada després de la Decisió núm. 2021-824 DC, del 5 d'agost de 2021, del Consell Constitucional. En el cas particular de Catalunya, el certificat s'ha exigint per a accedir a indrets on es desenvolupa un tipus d'activitat molt concreta, sense afectar altres activitats que desenvolupen la resta de ciutadans en el seu dia a dia.

En l'àmbit estatal, aquesta mesura ha estat avalada per la STS 1112/2021, del 14 de setembre de 2021, respecte de la implementació de l'anomenat *certificat covid*. També ha estat autoritzada en altres comunitats autònomes: per exemple, per la Interlocutòria del Tribunal

de transmissió comunitària no controlada i que pot excedir les capacitats de resposta del sistema sanitari. Per altra banda, és important destacar que en aquests llocs es produeix un contacte físic més o menys perllongat, i un augment del to de veu, augmentant molt el risc de contagi en cas de que hi hagi una persona contagiada. A més a més, en aquests indrets la possibilitat de disseminació de la infecció a partir d'un afectat es considera superior a la que es podria produir en altres espais.

Superior de Justícia de les Illes Balears de l'1 d'octubre de 2021 (autorització de mesures sanitàries 463/2021) i per la Interlocutòria 106/2021 del Tribunal Superior de Justícia de Galícia de la mateixa data (autorització de mesures sanitàries dins del procediment de drets fonamentals 7642/2021).

De la doctrina del Tribunal Suprem es dedueixen tres conclusions: la primera és que la mesura preventiva consistent en l'exigència de certificació d'una situació personal concreta —certificat COVID o similar— per a entrar en establiments on es desenvolupen activitats d'oci nocturn, requereix una autorització judicial; la segona és que aquesta mesura és idònia, necessària i proporcionada, i la tercera és que en casos com el present l'afectació d'aquesta mesura pel que fa als drets fonamentals és de molt poca entitat.

El contingut d'aquesta sentència és el que ha justificat que els diferents tribunals superiors de justícia, entre ells el de Catalunya, hagin autoritzat la mesura.

La Sentència identifica com a drets fonamentals que s'han de ponderar els següents: el dret a la igualtat (art. 14 CE), el dret a la integritat física (art. 15 CE) i el dret a la intimitat personal i familiar (art. 18 CE).

Pel que fa a la col·lisió amb el dret d'igualtat de article 14 CE i el dret a la integritat física de l'article 15 CE, el Tribunal Suprem indica:

En el caso del derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), la afectación o limitación puede sostenerse en la medida que unos ciudadanos se ven privados del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio por no disponer o no querer exhibir la documentación requerida, ni someterse a ninguna prueba. Es decir, por no acreditar haber sido vacunado, haberse realizado las pruebas exigidas, o por no constar que se ha recuperado de la enfermedad. Debemos reparar, a estos efectos, que la vacunación es voluntaria y que por razones médicas puede haber personas que no pueden ser vacunadas.

No obstant això, en el fonament jurídic vuitè la STS descarta la vulneració de l'article 14 CE:

La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección. En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas mediante una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Sobre la possible col·lisió amb el dret fonamental a la intimitat reconegut en l'article 18 CE, la STS diu:

Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima. Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre) o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19.

A l'empara d'aquesta jurisprudència, el TSJC ha anat ratificant les mesures que inclouen l'exigència del certificat COVID en determinats àmbits i activitats, que es van anar ampliant fins al punt que, tot i ratificar-ho, en una de les darreres interlocutòries el TSJC va advertir de la justificació necessària de la mesura i de les successives ampliacions que s'havien produït. No obstant això, l'arribada de la variant òmicron i la manca d'utilitat per a contenir la pandèmia, derivada de la naturalesa i les condicions d'aquesta variant, van fer que deixés d'exigir-se el certificat COVID.

6.3. SUSPENSÍO DE LES ELECCIONS AL PARLAMENT DE CATALUNYA DEL 14 DE FEBRER DE 2021

Per mitjà del Decret 1/2021 es van suspendre les eleccions previstes inicialment per al 14 de febrer de 2021. El TSJC el va suspendre cautelarment i posteriorment el va confirmar mitjançant la Sentència de l'1 de febrer de 2021, per la qual es declara nul i sense efecte el Decret 1/2021, del 15 de gener, pel qual es deixa sense efecte la celebració de les eleccions al Parlament de Catalunya del 14 de febrer de 2021.

La Sentència, en línia amb la interlocutòria que va acordar la mesura cautelar de suspensió del Decret 1/2021, estima el recurs i declara nul el Decret 1/2021, objecte del recurs.

La fonamentació s'articula al voltant dels antecedents del Decret 1/2021 i la situació en què es va produir la convocatòria d'eleccions, arran de la impossibilitat d'investidura i la creació de la Taula de Partits el 4 de desembre de 2020, on es va plantejar la possibilitat d'ajornar les eleccions per criteris de participació política, i no estrictament per raons de salut.

A continuació, la Sentència analitza l'afectació del Decret 1/2021 en el dret de

participació política de l'article 23.1 CE, ja que entén que l'acte administratiu impugnat afecta de manera molt intensa el dret de vot del recurrent.

Pel que fa a la cobertura normativa per a suspendre per força major unes eleccions, la Sentència dedica el fonament jurídic cinquè a aquesta qüestió i observa que en la normativa de règim electoral general no hi ha una previsió específica en aquest sentit i que el marc normatiu de l'estat d'alarma no l'empara. En el fonament jurídic següent analitza la competència de l'autoritat que convoca unes eleccions per a ajornar-les per una raó de força major.

D'igual manera, analitza en concret les competències del president en funcions i indica que no té atribuïda expressament aquesta competència, però, en última instància, tampoc no tanca la possibilitat que pugui fer-ho quan es constati una impossibilitat material o jurídica de fer les eleccions.

Finalment, la Sentència valora el Decret 1/2021 en termes de proporcionalitat, tant des del punt de vista electoral com de la salut, i conclou que no es trobava plenament justificat.

La Sentència incorpora, tal com va passar amb la mesura cautelar, un vot particular, coincident amb la posició defensada per l'Administració de la Generalitat, en el qual el magistrat reproduïx el seu vot particular previ a l'atorgament de la mesura cautelar,¹⁹ argumenta addicionalment que ha de prevaldre el dret a la vida, a la integritat física i a la salut, indica que els nous informes aportats encara refermen més el posicionament favorable a l'ajornament, incorpora les dades de suspensió de França i la baixa participació en les eleccions recents a Portugal i conclou que el president en funcions era sens dubte competent.

7. ALTRES SENTÈNCIES DICTADES

Pel que fa a les sentències dictades, ja s'han emès pronunciaments judicials sobre la correcció o no de les mesures sanitàries adoptades.

19. El vot particular es fonamenta en les raons següents a favor d'aixecar la suspensió del Decret 1/2021:

1. La justificació jurídica es troba als informes emesos en l'expedient administratiu. 2. La justificació tècnica es troba en l'informe de 15 de gener de 2021 del director de Salut Pública, destacant el risc de propagació de la pandèmia. 3. El Decret 147/2020 ja preveia la possibilitat de suspensió. 4. La Junta electoral central havia validat igualment la possibilitat de suspensió. 5. La pandèmia és una situació de força major imprevisible en la seva evolució, no contemplada a la LOREG, que requereix una interpretació finalista de la legislació electoral. 6. La pandèmia afecta al dret de sufragi actiu i passiu, al dret a la vida, a la integritat física i a la salut. 7. No és descartable un increment de la gravetat de la pandèmia arran del procés electoral, el que afectaria als drets abans referits».

Fruit d'aquesta ponderació, entén que s'hauria de donar primacia a la protecció d'aquests drets i suspendre les eleccions. A més, destaca la possible reducció de la participació ciutadana que es pot produir, fet que podria deslegitimar el resultat electoral, i que la majoria dels partits polítics es van manifestar d'acord amb l'ajornament, i que cap partit polític amb representació al Parlament ho ha impugnat.

Amb caràcter general, el sentit dels pronunciaments ha estat favorable als interessos de la Generalitat perquè han entès que els informes justificatius que acompanyen les mesures sanitàries serveixen de motivació a la mesura i no han estat contradits per la part actora:

En cuanto a la falta de justificación aducida y como es de ver en las actuaciones, la resolución impugnada es consecuencia del informe emitido por la Agencia de la Salud Pública de Cataluña de fecha 17/7/2020 así como del informe de actualización de fecha 28/7/2020, por lo que la medida adoptada y ahora discutida está justificada en los citados informes que analizan la situación epidemiológica y su evolución. Frente a ello, el recurrente no aporta informe alguno que desvirtúe los informes técnicos mencionados.²⁰

En la Sentència del 12 de febrer de 2022 el TSJC reconeix la discrecionalitat de què gaudeix l'Administració a l'hora d'adoptar mesures:

En todo caso, existe en la materia un evidente componente discrecional de la Administración, que debe velar por la limitación de los contagios a través de la disminución de la interacción social, en garantía de la salud pública general y la de los padres o familiares e hijos que asisten a los parques infantiles privados y cerrados en particular, siempre atendidas las excepcionales circunstancias concurrentes al momento del dictado de la resolución de que aquí se trata.

També es rebutja que les mesures no puguin afectar drets constitucionals:

En cuanto a la aducida vulneración de los derechos constitucionales y, especialmente, el relativo a la libertad de empresa (art. 38 de la CE), señalar que la exposición de motivos del Decreto ley 27/2020 de 13 de julio hace referencia a la limitación de los mismos cuando afirma que «las medidas sanitarias para evitar la propagación de una epidemia pueden comportar unas limitaciones en el ejercicio de determinados derechos fundamentales como la libertad de circulación y la de reunión reconocidos en los artículos 17, 19 y 21 de la CE, pero también el derecho al trabajo y a la libertad de empresa reconocidos en los artículos 35 y 38 de la CE, cuando concurren las circunstancias que determinan la necesidad de imponer medidas que incidan en el ejercicio de estos derechos para la preservación de la salud pública». Concurriendo tales circunstancias de conformidad con los informes referenciados, no se produce la vulneración de los derechos constitucionales que ha sido alegada. La recurrente entiende que las medidas adoptadas deberían haberse ajustado territorialmente al mínimo ámbito necesario. Sin embargo, no señala cuál debería ser dicho ámbito ni los motivos por los que la afectación territorial debería haberse limitado. Frente a ello, el informe de la Agencia de la Salud Pública de Cataluña de fecha 23/7/2020 sí señala la necesidad de adoptar medidas en todo el ámbito territorial de Cataluña. La recurrente alega que las medidas son desproporcionadas al partir de una premisa errónea (que las discotecas son espacios con aglomeraciones de público en los que las personas entran en contacto unas con otras): sin embargo, la recurrente no ha aportado prueba alguna que demuestre que tal premisa es errónea siendo, además, lógico tal

20. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) del 23 de juny de 2021.

aglomeración en este tipo de actividades (tanto en el interior de los locales como en el acceso a los mismos).²¹

S'han produït igualment pronunciaments d'inadmissibilitat per manca de legitimació activa:

Así pues, el Tribunal Supremo, respecto a la legitimación activa de asociaciones, señala que debe existir una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, en referencia obligada a un interés propio de la asociación, o en relación con sus propios asociados en cuanto miembros de dicha asociación, de forma que la anulación de los concretos preceptos impugnados le reporte un efecto positivo o negativo o de futuro, pero cierto; debe justificar la demandante la interrelación entre el interés invocado y el objeto de la pretensión y no es suficiente para el reconocimiento de la legitimación con invocar de forma abstracta, genérica y/o potencial el interés por medio del cual se actúa, sino que se requiere determinar de forma precisa y pormenorizada en qué puede verse afectado.²²

Tan sols s'ha dictat una sentència parcialment favorable, ja que s'impugnava una resolució que denegava l'autorització per a una activitat religiosa i es va considerar que aquesta denegació no estava prou justificada, però la Resolució SLT/1746/2020, del 17 de juliol, que era igualment impugnada, per contra, es va entendre ajustada al dret.²³

Per concloure, podem esmentar la Sentència del TSJC del 21 d'octubre de 2021:

Del mismo modo, este Tribunal no atisba inconstitucionalidad alguna en el hecho que la Resolución de autos, a modo de norma reglamentaria, limite el derecho no fundamental (no es de la sección 1ª capítulo 2º título 1º CE 78) a la libertad de empresa del art 38 CE 78, ya que tal disposición general viene habilitada por preceptos legales, estatales y autonómicos, que se analizarán en el párrafo siguiente, y la citada afectación a ese derecho viene dada por razones excepcionales de interés público, puntuales (limitada en el tiempo 14 días), y cuya limitación o restricción viene justificada por la necesidad de proteger otros derechos, prioritarios, que sí son fundamentales, que merecen especial protección, en nuestro caso el art. 15 CE 78 derecho a la vida entroncado con el derecho a la salud del art. 43 de nuestra *norma normarum*. A mayor abundamiento, es claro que, ante graves e inminentes peligros y riesgos para la vida y salud de la población, comparando con los costes económicos y laborales en los sectores afectados, resulta ajustada a derecho la actuación administrativa TEMPORAL (por 14 días, ante una situación extraordinaria como se ha evidenciado que es la actual pandemia) llevada a término por la Administración autonómica, aquí enjuiciada, la cual está basada en criterios médicos, técnicos, científicos y epidemiológicos, acordes con el estado de la ciencia en cada momento, sin que existiera una mejor alternativa, resultando pues que las medidas adoptadas por la Administración en el punto que nos ocupa han devenido eficaces, apropiadas y proporcionadas, tanto desde una óptica «ex ante» como desde un enfoque «ex post» (reducción del número de contagios).

21. STSJC del 6 de juliol de 2021.

22. Sentències del TSJC del 28 de juny de 2021, 8 de juliol de 2021, 13 de juliol de 2021 i 26 de novembre de 2021.

23. STSJC del 30 de novembre de 2021.

Aquesta sentència tracta igualment de manera exhaustiva la proporcionalitat de la mesura:

Por otro lado, entre otras, el Alto Tribunal en la STC 39/2016 de 3 de marzo analiza como una de las posibles técnicas de compatibilidad constitucional, el principio de proporcionalidad. Así, para comprobar si una determinada medida restrictiva de un derecho supera el juicio de proporcionalidad, es necesario que se constate el cumplimiento de los tres siguientes requisitos o condiciones: 1.- Juicio de idoneidad: que la medida en cuestión sea susceptible de conseguir el objetivo o finalidad propuesta, esto es, adecuada y útil. 2.- Juicio de necesidad: es necesario, además, que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Por ende, sería la medida menos gravosa posible. 3.- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la medida sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, afectados por la medida o disposición. Mientras, el principio de razonabilidad es aquella técnica interpretativa utilizada por el TC (definida por STC 22/1981 de 2 de julio) y los órganos judiciales para examinar si las medidas administrativas adoptadas tienen una justificación objetiva y razonable, no discriminatoria, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, de tal manera que debe darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Bajo estos prismas, este Tribunal entiende que la limitación de aforo, o las restricciones a accesos a locales y/o recintos comerciales, en la época en que tuvieron lugar los hechos de autos, resultó adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección a la salud, ya que se trataba —en cuanto a la suspensión prevista en la medida del art 8.2 de la Resolución— de establecimientos donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, con la posibilidad de gran afluencia de personas. En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable en las limitaciones antes dichas, en tanto que medidas que evitan la propagación de la pandemia internacional que nos ocupa, COVID-19, alcance éste internacional reconocido por la OMS desde el pasado 11.3.2020. Sentado lo anterior, este Tribunal considera que, bajo el punto de vista del momento temporal de lo que aquí se judica, resultaba en aquel instante, tales medidas adoptadas por el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya como necesarias (inexistencia de otras medidas menos intensas para alcanzar el fin propuesto, necesidad ésta que se conjuga con la vigencia temporal de 14 días de las medidas adoptadas), idóneas (adecuadas, aptas para la finalidad perseguida) y proporcionales (los sacrificios que imponen las medidas litigiosas de autos no serían excesivos; por tanto, más beneficios o ventajas —reducción de contagios— que desventajas —limitación de la actividad económica y laboral, que puede ser resarcida por la Administración Pública) con el fin perseguido de protección a la salud pública, tanto en el aspecto colectivo como de forma individualizada. Finalmente estas medidas aquí analizadas son proporcionales, en tanto que son medidas revisables y evaluables en cualquier momento, y sujetas a la evolución de la situación epidemiológica y asistencial. Prueba de ello es la ampliación de aforo de establecimientos de como máximo un 30% inicial al como máximo 70% actual.

En resum, és reiterat el criteri jurisprudencial que la part actora, tot i qüestionar la mesura, no desvirtua la raonabilitat d'aquesta, basada en els informes emesos²⁴ i valorant les mesures adoptades en termes de proporcionalitat.

24. STSJC del 26 de gener de 2022.

Per a concloure, vull destacar les paraules de la Interlocutòria del TSJC del 21 d'octubre de 2020 (Secció Tercera, recurs 347/2020):

Es más, lo verdaderamente relevante y trascendente ahora no es lo histórico, sino que es lo relativo a la máxima proximidad temporal a una problemática pandémica en la ubicación temporal del presente caso. La penosa realidad que nos acecha no es estática, sino acentuadamente dinámica, de tal suerte que cualquier evento pasado ya es simplemente hasta anecdótico y todo conduce a pensar que la realidad temporal del caso a día de hoy hasta ya ha sido superada en su agravamiento.

8. CONCLUSIÓ FINAL

L'experiència dels darrers dos anys ens permet extreure diverses conclusions, si bé la més destacable és probablement la notòria insuficiència del marc normatiu vigent per a lluitar contra una pandèmia.

Insuficiència no tan sols del marc normatiu regulador dels estats d'alarma, excepció i setge, sinó també de la normativa sanitària i de la normativa administrativa. Això ha obligat a anar produint una legislació d'emergència, a declarar dos estats d'alarma i a aprovar una multiplicitat de reials decrets llei, decrets llei i resolucions administratives i sanitàries.

Aquesta producció normativa ha anat acompanyada d'un alt grau d'incertesa científica i, al mateix temps, ha afectat de manera molt significativa la nostra vida diària, amb limitacions per a relacionar-nos, treballar i viure en societat. Limitacions que ha patit el conjunt de la societat, si bé no es pot negar que determinats sectors, per raó de l'activitat que desenvolupen i els riscos que, en termes sanitaris, es produïen, han patit restriccions més intenses.

Davant d'aquesta situació, tots els operadors jurídics hem anat adaptant-nos a un entorn que canviava contínuament, s'han pres mesures per a protegir la salut de les persones i evitar el col·lapse del sistema sanitari i, en moltes ocasions, s'han hagut de prendre decisions o d'establir procediments que fins avui no s'havien fet mai.

Hi ha autors que utilitzen el terme *paralegalitat* per a definir algunes de les situacions produïdes. Segons la meua opinió, l'ordenament jurídic és autointegrable i per la via de la llei i dels principis generals del dret està en condicions de donar resposta a les necessitats plantejades. I, quan aquest marc normatiu no és suficient, s'ha de modificar.

Modificació que no ha de respondre a una situació de necessitat extraordinària i urgent, sinó a un procediment d'elaboració d'una norma amb totes les garanties. En aquests moments, en què sembla que la pandèmia comença a estar controlada, comencem a fer tard a dotar-nos d'un marc normatiu suficientment estable i segur que ens permeti afrontar, en el futur, noves situacions com la de la pandèmia de la COVID-19.

En aquest context, els tribunals de justícia han fet la seva funció de controlar l'actuació de l'Administració i la seva adequació als paràmetres de legalitat, i, al meu entendre, han fet un esforç interpretatiu molt gran per a mirar de conciliar la protecció de la salut, el respecte dels drets fonamentals i el manteniment de la vida diària en termes de certa normalitat.

Les pàgines anteriors intenten ser un breu resum de la intensa activitat normativa i jurisprudencial que ha tingut lloc a Catalunya en els darrers dos anys, i han quedat moltes coses per explicar. Però el que s'ha de remarcar és que la feina duta a terme ha estat immensa, com també la col·laboració que s'ha produït entre l'Administració i els tribunals de justícia per a intentar, entre tots, trobar la solució més ajustada a la norma que, al mateix temps, permetés lluitar de manera més efectiva contra la pandèmia. Malauradament, no disposem d'una bola de vidre per a poder predeterminar els efectes de les decisions que adoptem, però l'esforç de tots ha estat alineat amb una única finalitat i crec que el resultat global es pot considerar molt satisfactori.