



21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PROVIDENCIA. AUTORIZACIÓN MEDIDAS SANITARIAS 835/2021 (PASAPORTE COVID)

PROVIDENCIA

22 DE NOVIEMBRE DE 2021.

Dada cuenta, atendido el estado de los autos, con suspensión del plazo para resolver sobre la autorización solicitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 y 163, ambos de la LOTC, dese traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, por plazo común e improrrogable de DIEZ días, para alegaciones sobre la pertinencia del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, puesto de manifiesto a aquéllas, como por esta providencia se hace, de posible vicio de inconstitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA, introducido por reforma operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por posible vulneración de los artículos 106.1 y 117.3, ambos de la Constitución española de 1978. Y ello, sucintamente, por lo que a continuación se expone:

PRIMERO.- Los presentes autos de Autorización S.N.D. 835/2021 tienen por su objeto la obtención de autorización prevista en el artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, respecto de la Orden SAN/.../2021, de 18 de noviembre, por el que se adoptan medidas específicas para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



La medida cuya ratificación se solicita es permitir la exigencia de exhibición del denominado “pasaporte covid” en determinadas circunstancias, tal y como se establece en el artículo cuarto de la indicada Orden.

Los datos cuya exhibición se solicitaría serían, alternativamente, uno de los siguientes:

- a) haber recibido la pauta completa de vacunación COVID-19, habiendo transcurrido, por lo menos, 14 días desde la última dosis de ella;
- b) haberse recuperado de la infección por SARS-CoV-2 diagnosticada y encontrarse en el periodo comprendido entre el día 11 y el 180, ambos inclusive, después de prueba diagnóstica positiva;
- c) disponer de una prueba diagnóstica de infección activa negativa realizada por profesionales sanitarios en centros o establecimientos autorizados (en las últimas 72 horas en caso de PCR o 48 horas en caso de test rápido de antígenos).

Ello sería de aplicación en los siguientes casos

- 1) En los establecimientos de ocio nocturno (salas de fiestas, discotecas, pub, salas de baile y salas de conciertos y asimilados).
- 2) En las celebraciones nupciales, comuniones, bautizos, confirmaciones y otras celebraciones sociales, familiares, religiosas o civiles, que puedan tener lugar en establecimientos de hostelería y restauración.
- 3) En los eventos de cualquier naturaleza que reúnan a más de quinientos asistentes en lugar cerrado o mil asistentes en espacio abierto.

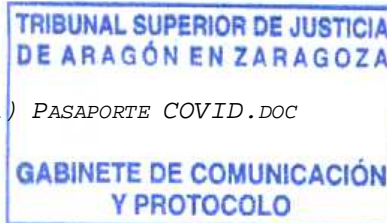


COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



En todo caso, la exhibición de la información requerida sólo podrá ser solicitada en el momento de acceso al establecimiento o recinto. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos.

SEGUNDO.- Así pues, como es conocido por las partes, la primera cuestión que debe plantearse todo tribunal al resolver es su propia jurisdicción y competencia, por mandato de los artículos 5 y 7, ambos de la LJCA.

En el presente supuesto, la norma que residencia en la jurisdicción contenciosa, y la competencia para conocer en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, los supuestos de autorización o ratificación de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas en materia de salud pública, conforme a la legislación sanitaria, cuando se trate de medidas generales, o referidas a ciudadanos no identificados individualmente, restrictivas o limitativas de derechos y libertades individuales, es el artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la Disposición Final 2ª de la Ley 3/20, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

De este modo, toda sombra de inconstitucionalidad del referido precepto debe ser despejada, para el pleno y lícito ejercicio de la propia jurisdicción y competencia por la Sala a quien el precepto examinado y, cabe decir ya, cuestionado, la atribuye, sin la cual no cabe decisión alguna sobre el fondo. La constitucionalidad del citado precepto es presupuesto del válido ejercicio de la propia jurisdicción y competencia por esta Sala, y, a la postre, del ajuste a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico de la resolución sometida ahora a reposición.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



TERCERO.- Por lo anterior, se plantea un potencial vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por vulneración de los artículos 106 y 117.3 y 4, ambos de la Constitución de 1978.

Cuando el precepto cuestionado en su constitucionalidad sitúa en la jurisdicción contenciosa y en la competencia de las Salas de lo Contencioso el conocimiento de medidas limitativas de derechos y libertades fundamentales, dirigidas a destinatarios no identificados, sitúa a un órgano judicial en el trance de decidir sobre algo distinto a un conflicto de intereses, entre el general y el particular, en torno a la preservación o sacrificio en el caso concreto de un determinado derecho fundamental de un ciudadano identificado, en detrimento o a favor de otro bien constitucional igualmente protegible, en el que el juicio de ponderación como herramienta de solución al mismo cobra todo el sentido.

Antes bien, lo que se estaría llevando a la consideración del órgano judicial es una decisión de la Administración, cuando menos no eficaz aún porque su eficacia se hace depender del aval judicial, en la que ésta expone que para el cumplimiento del mandato que le impone el artículo 43 de la C.e., debe sacrificar en un caso como éste, parte del derecho a la igualdad y a la intimidad personal, porque, a su criterio, así se desprendería de algunos pronunciamientos similares de la Sala Tercera, que transcribe parcialmente en su escrito. En esa tesitura, el juez no ejerce como juez de garantías, sino que, en puridad, participa de una función que sólo corresponde a la Administración, la función administrativa o, en su caso, la reglamentaria, al renunciar la Administración, ope legis, a la presunción de legalidad de su propia actuación que es la base y el fundamento de la autotutela de la Administración. En puridad, sólo puede llevar a cabo un juicio que en realidad es de legalidad, al margen de todo procedimiento contradictorio, al margen de controversia propiamente dicha.

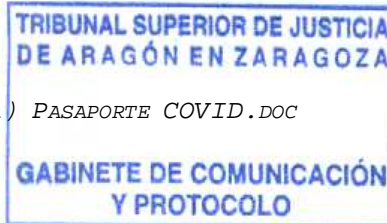


COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



El artículo 10.8 de la LJCA, cuestionado ahora en su constitucionalidad, dota a la jurisdicción de una dimensión diferente a la que le corresponde como propia, que no es otra que la de jurisdicción revisora, requerida por tanto de un acto administrativo previo. Le atribuye una función que tampoco puede ser de garantía de derechos, pues aquí no hay conflicto que deba ser resuelto mediante una ponderación, conflicto concreto y no abstracto entre derechos, única tesitura, la concreta, en la que puede tener lugar. La intervención del Juez como juez de garantías, presupone un conflicto concreto, una contradicción previa, que aquí no se da tampoco.

El artículo 10.8 de la LJCA propone en estos casos una solución de “cogobierno” –o veto devolutivo, evocando esa resolución o potestad pseudo-jurisdiccional de los Parlamentos del Antiguo Régimen- que excede de las funciones propias de la jurisdicción, conforme a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la C.e., y la hace partícipe en un proceso de toma de decisiones que sólo compete, por principio, a la Administración, tal y como se desprende del artículo 106.1 de la C.e.

CUARTO.- La presente cuestión ya se planteó en el PDF 332/2020, sobre una orden de 7-10-2020 de confinamiento de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), ratificación que inicialmente se había denegado por auto de 10-10-2020 y, recurrida tal denegación en reposición, dio lugar a este planteamiento, que fue admitido, por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 16 de febrero de 2021, como cuestión de inconstitucionalidad nº 6283/2021.

Posteriormente, en solicitud de ratificación de medidas PDF 643/2021, por auto de 26-7-2021, se denegó la ratificación. En concreto, en la parte dispositiva se dijo “LA SALA ACUERDA DENEGAR la solicitud de medidas formulada por la Letrada del Gobierno de Aragón, entre tanto el Tribunal Constitucional no resuelva la cuestión de inconstitucionalidad nº 6283/2021, admitida por providencia de 16 de febrero de 2021”.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



Esta resolución fue casada por la Sala Tercera en su sentencia de 2 de agosto de 2021, con fundamento en que en la nuestra denegábamos una solicitud con base en una vinculación a cuestión de inconstitucionalidad planteada en procedimiento distinto que no se sostenía ni en el artículo 38.3, ni en el artículo 35, ambos de la LOTC.

En dicha sentencia, se decía, que *“Esta forma de proceder supone de hecho, adelantarse a la resolución que pudiera adoptar el Tribunal Constitucional, dado que el sostenimiento de la coherencia con su propia posición adoptada en un procedimiento diferente, produce “de facto”, en el territorio de esa Comunidad Autónoma, la suspensión de las previsiones contenidas en el art. 10.8 de la LJCA.” Sin embargo, también se decía que “Cuestión diferente hubiera sido que la Sala hubiera acordado plantear una nueva cuestión, pero insistimos el sentido de su decisión es denegar la ratificación.”*

Es decir, que, caso de persistir la duda acerca de la constitucionalidad de la norma aplicable para la resolución del supuesto de hecho, lo procedente es plantear nueva cuestión de inconstitucionalidad, y esto es lo que, precisamente, hacemos aquí, pues la duda acerca de la constitucionalidad de la competencia que nos atribuye el artículo 10.8 de la LJCA sigue viva.

Por ello, en coherencia con nuestra postura anterior y con lo indicado por el propio TS, debemos dar traslado para plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad.

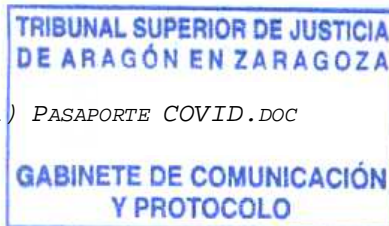
Quiere decirse con lo anterior, que, contra lo que sostiene la Administración solicitante de la autorización, el desenlace natural de todo supuesto en el que se mantiene viva la duda de constitucionalidad sobre la norma que ha de ser aplicada para la resolución del supuesto sometido a enjuiciamiento –más si se trata de una norma que determina la propia competencia y jurisdicción-, es





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



obligado por nuestra parte, como sabe la Administración y el Ministerio Fiscal, el someter esa duda de constitucionalidad al órgano único que tiene por función y potestad el enjuiciamiento de la constitucionalidad de normas con rango de Ley, aplicable al caso, y ello por imperativo del artículo 35 de la LOTC.

No se trata de generar una situación de “bloqueo” tal y como señala la Administración, ni que esa supuesta situación, unida a la mayor o menor demora del Tribunal Constitucional en responder y resolver, pueda funcionar como supuesto de excepción al cumplimiento de un deber legal que se impone a todo Tribunal que duda de la constitucionalidad de la Ley que inevitablemente debe aplicar; éste no puede resolverla por sí –la duda-, sino que debe plantearla ante quien es el depositario de la función encomendada por la Constitución, que es la del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas con rango de Ley: el Tribunal Constitucional.

Debe advertirse, por otra parte, que tampoco puede decirse que la Administración quede inerte, en situación de “bloqueo” o impedida de adoptar las medidas que estime oportunas para cumplir con su también función constitucional, y, concretamente, con su función de luchar frente a la crisis sanitaria, pues no lo ha estado en otras ocasiones. En este sentido, conviene tener en cuenta que, por ejemplo, la Orden CDS/1407/2021, de 2 de noviembre, por la que se actualizan las medidas de prevención y control en los centros de servicios sociales especializados para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia producida por el virus SARS-CoV-2 tras la declaración del nivel de alerta sanitaria 1, ya impone en su disposición segunda.1, a los familiares o personas de referencia que pretendan acceder a la habitación de persona usuaria de centros de servicios sociales especializados, el deber u obligación de estar vacunada, Orden por cierto que ha sido impugnada y



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



es objeto del Procedimiento Ordinario que se sigue ante este tribunal bajo el número 823/2021, y se halla en trance de ser resuelto.

Por consiguiente, y como se decía antes, no hay “bloqueos”, pues la propia Administración actúa en cada caso como tiene por oportuno y más correcto, y el tribunal se limita al cumplimiento estricto de lo que la Ley le impone, como no puede ser de otra manera, atendido el mandato que nos obliga, y que se contiene en los artículos 9.1 y 3, 117.1 y 3 y 163, todos ellos de la CE. de 1978, así como el artículo 35 de la LOTC.

QUINTO.- Por todo lo anterior, se plantea un potencial vicio de inconstitucionalidad en la D.F. segunda de la Ley 3/20 de 18 de septiembre, que introduce nuevo artículo 10.8 de la LJCA, por vulneración de los artículos 106.1 y 117.3 y 4, ambos de la CE. de 1978.

SEXTO.- Además de lo anterior, el artículo 10.8 de la LJCA introduce, por vía de interpretación, la posibilidad de adopción de medidas generales limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, que no encuentra amparo ni cobertura en la cláusula genérica final del artículo 3 de la L.O. 3/1986, de 14 de abril, en contravención del principio de jerarquía normativa y reserva de Ley orgánica que rige en materia de desarrollo de derecho fundamental, como es el afectado en este caso, el de libre circulación de las personas por todo el territorio nacional, contenido en el artículo 19 de la CE. Se plantea, por consiguiente, potencial vicio de inconstitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA, por infracción de los artículos 81.1 de la C.e., así como de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la CE.

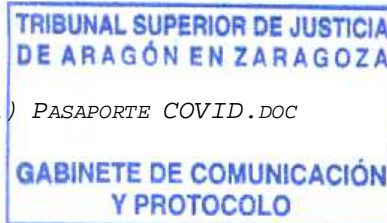


COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

21_11_23 PROVIDENCIA TSJA CA (PO 835-2021) PASAPORTE COVID.DOC



MODO DE IMPUGNACIÓN

Recurso de reposición ante este Órgano Judicial en el plazo de CINCO DIAS desde su notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial y sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada.

Lo acordó la Sala y firma el Ilmo. Sr. Presidente. Doy fe.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN