

Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias

Luis Ángel Ballesteros Moffa

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de León. luis.ballesteros@unileon.es

Recibido
20 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Coronavirus; COVID-19; Limitación de derechos fundamentales; Estado de alarma; Autorización o ratificación contencioso-administrativa.

KEYWORDS
Coronavirus; COVID-19; Limitation of fundamental rights; State of alert; Contentious-administrative authorization or ratification.

Resumen

Las medidas sanitarias impuestas por actos administrativos para hacer frente a la pandemia han suscitado un intenso debate jurídico y político en torno a los requisitos constitucionales y legales para limitar derechos fundamentales (como la libertad personal y de circulación, reunión y manifestación, vida privada y familiar) en favor de la integridad física y salud pública. Más allá del Derecho de excepción, que ampara la restricción y suspensión de derechos fundamentales, el presente estudio se centra en la exigencia de autorización o ratificación contencioso-administrativa de cualesquiera decisiones limitativas en sanidad, según la competencia repartida entre varios órganos jurisdiccionales resultante de 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. Intervención judicial que, fuera del amparo del estado de alarma, se ha traducido en autos contradictorios, no tanto a la luz de los requisitos de necesidad y proporcionalidad, y respeto al contenido esencial de los derechos limitados, como en atención a la exigencia de reserva de ley suficiente.

Necessary clarifications to the debate on the judicial control of sanitary measures

Abstract

The health measures imposed by the administration in the fight against the pandemic have brought about a legal and political debate on the constitutional and legal requirements to limit fundamental rights (such as personal liberty and freedom of movement, assembly and demonstration, private and family life) in favour of public health. Without prejudice to the state of alarm, which protects the restriction of fundamental rights, this study focuses on the requirement for contentious-administrative authorization or ratification of these acts, according to the jurisdiction distributed among various judges and courts resulting from Law 3/2020, of 18th September, on procedural and organizational measures to address the COVID-19 in the area of the administration of justice. Judicial intervention that, outside the protection of the state of alarm, has resulted in conflicting decisions, beyond the constitutional requirements of necessity and proportionality, and respect for the essential content of limited rights, due to the requirement of sufficient legal reserve.

I. Requisitos constitucionales y legales para la limitación de derechos fundamentales en protección de la salud pública – II. El debate en torno a la autorización o ratificación contencioso-administrativa de los actos administrativos limitativos de derechos por salud pública. En particular, la reserva de ley – III. Otros capítulos de actualidad en materia de conflicto de derechos – Bibliografía

I. REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA

Es sabido que los derechos fundamentales no son absolutos, y que la pandemia ha exigido la limitación de los mismos en aras de la integridad física (art. 15 Constitución) y salud pública (art. 43 Constitución) a través de diversos cauces jurídicos (aunque no todas las medidas sanitarias restrictivas afectan a derechos fundamentales¹): sobre todo, la libertad personal y de circulación (arts. 17 y 19 Constitución), pero también derechos de reunión y manifestación, vida privada y familiar, libertad religiosa, libertad de empresa, y hasta protección de datos (este último, por ejemplo, en las aplicaciones de rastreo de contactos y envío de avisos: Radar COVID², tocante también a la privacidad electrónica).

Para ello, nuestro ordenamiento jurídico parte de un sistema de protección de los derechos fundamentales, como único marco desde el que es posible su limitación o restricción (relativo), incluso suspensión o privación (absoluto).

a) La vía más enérgica son las medidas de limitación de derechos del estado de alarma y de suspensión de los estados de excepción y sitio, de acuerdo con los arts. 55.1 y 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma,

¹ Aforos, horarios y cierre de establecimientos responden a medidas de intervención administrativa en el marco de las correspondientes competencias que no exigen control judicial por limitación a derechos fundamentales. Sí exigen control judicial la suspensión de visitas y salidas en centros residenciales de personas mayores, aparte de las medidas restrictivas amparadas por el actual estado de alarma como las de toque de queda, confinamientos perimetrales o permanencia de grupos. Así como la obligatoriedad de realización de pruebas diagnósticas, por limitar el derecho a la intimidad personal, siempre que no se trate de meras recomendaciones sin naturaleza imperativa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 594/2020, de 28 de agosto).

² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, núm. 9604, marzo 2020; BIURRUN, F., «Aplicaciones tecnológicas internacionales en la lucha contra el coronavirus», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962, «Impacto jurídico del COVID-19», abril 2020; ÁLVAREZ CARO, M., «Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19», *Diario La Ley*, núm. 9647, 5 de junio de 2020; BALLESTEROS MOFFA, L. A., «El filtro jurídico a la cascada de soluciones tecnológicas contra la COVID-19», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 207, julio/septiembre 2020; HERNÁNDEZ PEÑA, J. C., «Las aplicaciones de rastreo de contactos y su adecuación al derecho a la protección de datos en la lucha contra la Covid-19», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, octubre 2020; RIVERO ORTEGA, R., «Rastreadores y Radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020; TERRÓN SANTOS, D.; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. y FERNANDO PABLO, M. M., «Los derechos fundamentales de la privacidad: derecho y necesidad en tiempo de crisis», *ibid.*

Excepción y Sitio³. El vigente estado de alarma fue declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 noviembre, previa autorización del Congreso, para dar cobertura jurídica a las limitaciones autonómicas (autoridades delegadas) de derechos fundamentales a través de «toque de queda» (medida obligatoria antes de la prórroga), confinamientos perimetrales, grupos en espacios públicos y privados, y aforos en lugares de culto.

b) Fuera del Derecho de excepción, también se prevé la limitación de derechos fundamentales por otros derechos o bienes jurídicos a través de ley, bajo proporcionalidad y con respeto de su contenido esencial. Si el art. 81.1 Constitución exige reserva de ley orgánica para el «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», con una interpretación restrictiva tanto del desarrollo (directo) como de los propios derechos (solo Sección I), el art. 53 Constitución consagra en todo caso la reserva de ley y demás requisitos, al afirmar que «solo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I», además de la sujeción al amparo ordinario y constitucional para los reconocidos en su Sección I fundamentalmente⁴. Estos requisitos son reiterados por los documentos internacionales (arts. 8.2 y 18 CEDH, 52 CDFUE...) y jurisprudencia europea (Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo) y constitucional.

c) Además, cuando esta limitación de derechos fundamentales en aras de la protección urgente de la salud pública se articula a través de actos administrativos, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 8.6, 10.8, 11.1.i y 122 quáter LJCA, algunos introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas en la Administración de Justicia para hacer frente a la pandemia) exige para su ejecución la autorización o ratificación por la Justicia administrativa (antes o después de la ejecución) a la luz del sistema constitucional; competencia repartida entre varios órganos contencioso-administrativos, como se verá más adelante⁵.

Hay que recordar que también se exige autorización contencioso-administrativa por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para la ejecutoriedad de actos administrativos por limitar derechos fundamentales en los casos de entrada en domicilio u otros lugares que exijan consentimiento del titular (salvo medidas de protección de menores)⁶, incluida la propiedad privada (art. 91.2 LOPJ, que, en el caso de la expropiación, afecta a domicilios y «lugares cerrados sin acceso al público», según el art. 51 de su Ley reguladora). Y, si no se

³ Por todos, CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁴ «[...] Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal [...]» (STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º).

⁵ Con relación a las previsiones anteriores, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. señala que «hay que tener en cuenta que la norma administrativa que estudiamos se configura como una verdadera norma en blanco que requiere del complemento correspondiente para su plena integración en este extremo», y que no es otra que la legislación sanitaria («La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre 2009, pág. 82).

⁶ También en los casos de oposición a la inspección por la Comisión Nacional de la Competencia, incluidos los medios de transporte.

atiende al requerimiento, para cerrar o eliminar contenidos lesivos para el derecho de propiedad intelectual de servicios de la sociedad de la información por la Sección Segunda⁷ de la Comisión de Propiedad Intelectual, con la consiguiente limitación a los derechos de intimidad, privacidad, libertad de expresión e información, por parte de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (art. 195 de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, y art. 122 bis LJCA⁸, introducidos por la Ley de Economía Sostenible)⁹. Asimismo se exige autorización contencioso-administrativa para el ejercicio de la potestad administrativa de inspección para el requerimiento de datos de identificación y tráfico a operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y prestadores de servicios de la sociedad de la información (limitación a secreto de las comunicaciones electrónicas) tanto por la Agencia Española de Protección de Datos (salvo dos supuestos de dudosa constitucionalidad por extenderse a datos de tráfico) como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y otras Autoridades administrativas independientes, en todos estos supuestos por parte de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo; y en el caso de las Autoridades autonómicas de protección de datos por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 52 y disposición adicional 15 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantías de Derechos Digitales, y arts. 74.7 y 90.7 LOPJ modificados por la Ley de Protección de Datos). Así como para el requerimiento de datos de identificación a prestadores de servicios de la sociedad de la información por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y otras autoridades competentes a fin de su potestad de interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o retirar su contenido lesivo por causa penal, discriminación, infancia, consumo o propiedad intelectual, por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (arts. 8.2 LSSI y 122 bis LJCA, introducidos por la Ley 2/2011, 4 de marzo, de Economía Sostenible).

II. EL DEBATE EN TORNO A LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS LIMITATIVOS DE DERECHOS POR SALUD PÚBLICA. EN PARTICULAR, LA RESERVA DE LEY

Este sistema tuitivo para limitar o suspender derechos no ha impedido numerosas controversias políticas y jurídicas en la crisis sanitaria, empezando por conflictos competenciales¹⁰, con el resultado de actos administrativos y resoluciones judiciales

⁷ La Sección Primera tiene facultades de mediación y arbitraje, en los términos del art. 158 de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁸ Dentro del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

⁹ Para la adopción de estas medidas por el resto de órganos competentes, el art. 8.1 *in fine* de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información establece que «en todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información».

¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020, 28 págs.

aparentemente contradictorias¹¹. Entre las aristas más significativas se encuentran las siguientes: ¿Se debe utilizar el estado de alarma o la vía legal ordinaria para limitar derechos fundamentales?¹² ¿Los estados de alarma declarados (sobre todo los confinamientos domiciliarios) van más lejos de la limitación de derechos dando lugar a verdaderas suspensiones?¹³ ¿Se ha actuado *ultra vires*?¹⁴ Más aún, ¿la prórroga excesiva del estado de alarma es un oxímoron en cuanto alarma permanente? ¿Las crisis no son tan excepcionales ante un Derecho previsor? Y, en concreto, ¿hay suficiente habilitación legal fuera del Derecho de excepción? ¿Y proporcionalidad? En definitiva, ¿se han respetado los cauces y requisitos constitucionales para limitar derechos fundamentales?

¹¹ De «verdadero desbarajuste jurídico-administrativo» habla FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., en «El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales», *Diario La Ley*, núm. 9741, 23 de noviembre de 2020.

¹² Sobre el Derecho público de excepción, y, en particular, el estado de alarma por la crisis sanitaria, ATIENZA MACÍAS, E. y RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (Dir.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020; BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; PEÑASCO, R., *Covid19: ¿un antes y un después en la Historia de la Humanidad? Análisis socio-jurídico de un cambio de paradigma y de los nuevos parámetros y grandes retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2020; PISTOR, K. (ed.), *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, New York, 2020, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240> *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86/87, «Especial Coronavirus», marzo/abril 2020; *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962, «Impacto jurídico del COVID-19», abril 2020; *Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 en España*, iniciativa emprendida por COTINO HUESO, L., en <https://derechocovid.com/>; *Observatorio de Contratación Pública* en <http://obcp.es/secciones/covid-19/>; *El Consultor de los Ayuntamientos* en <https://elconsultor.laley.es/content/Inicio.aspx>; la serie «Coronavirus y Derecho» por el *Foro de Investigación de Ciencias Sociales y Jurídicas*, en www.forocsyj.es; *European Journal of Risk Regulation*, 11-2, junio 2020, «Taming COVID-19 by Regulation», en <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation>.

¹³ El FJ 2.º del Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril, sobre la limitación de los derechos de reunión y manifestación en el estado de alarma, ha recordado que «la STC 83/2016 se pronunció en cuanto al alcance que la declaración del estado de alarma podía tener sobre los derechos fundamentales, poniendo de relieve su menor intensidad respecto de los estados de excepción y sitio en cuanto a este extremo. Así, en el FJ 8.º se reconoce que, a diferencia de aquellos, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), “aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos [...]”».

¹⁴ FUERTES LÓPEZ, M., «Estado de excepción, no de alarma», *El Mundo*, 20/04/2020; también en *Diario del Derecho*, Iustel, en https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197263&; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus. Las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, núm. 9634, mayo 2020; DE LA SIERRA, S., «Old Norms and New Challenges in Spain’s Response to COVID-19», *The Regulatory Review*, University of Pennsylvania, mayo 2020, en <https://www.theregreview.org/2020/05/20/de-la-sierra-old-norms-new-challenges-spain-response-covid-19/>

En este conflicto entre salud pública y otros derechos ha causado especial estrés jurídico la actuación no uniforme de la Justicia administrativa cuando ha tenido que autorizar o ratificar los actos administrativos de limitación de derechos por sanidad pública, centrada curiosamente en la reserva de ley y no tanto en la proporcionalidad de las medidas. Control judicial ahora innecesario, salvo para algunas medidas, por la cobertura o «paraguas» jurídico que representa el estado de alarma, tal y como reconoce el art. 2.3 de su Real Decreto 926/2020¹⁵, sin perjuicio naturalmente del control constitucional de la propia norma y de plena legalidad de las medidas a través de las correspondientes impugnaciones.

Si bien los actos administrativos gozan de los principios de ejecutividad inmediata (de obligado cumplimiento tras la formal notificación/publicación de los mismos) y ejecutoriedad (ejecución forzosa por procedimientos administrativos de ejecución) sin necesidad en ambos casos de impetrar el auxilio judicial (autotutela administrativa frente a la heterotutela privada), ambos principios cuentan con importantes excepciones: en la ejecutividad la tutela cautelar y las sanciones, y en la ejecutoriedad la actuación preceptiva de órganos jurisdiccionales en inspecciones administrativas o antes o después de la ejecución, esta última por necesidad y urgencia (arts. 99¹⁶ y 100.3 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común). Con independencia de posibles recursos sobre la legalidad del acto donde pudiera suspenderse la ejecutividad.

Antes de nada, se plantea el problema de si la exigencia de autorización o ratificación de las medidas sanitarias debe extenderse tan solo a actos administrativos individuales o también a verdaderas previsiones generales dirigidas a la población. Si bien el resto de supuestos de autorización judicial de actos limitativos de derechos tienen un alcance singular (entrada en domicilio, competencia, propiedad intelectual, privacidad), la redacción original del art. 8.6 LJCA, introducida por la disposición adicional séptima de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no era clara al prescribir que «corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental», añadiendo tan solo el preámbulo que «la disposición adicional séptima modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, para aclarar el régimen de recursos contra las resoluciones de los órganos nacionales y autonómicos de competencia así como el procedimiento de autorización judicial para el caso en que exista oposición a una inspección realizada en aplicación de la presente Ley».

¹⁵ «Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, 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*».

¹⁶ «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial».

No exenta de crítica doctrinal¹⁷, pese a la consideración extensiva durante la crisis por la Administración y parte de la Justicia administrativa¹⁸, así lo ha refrendado finalmente la Ley 3/2020 de medidas en la Administración de Justicia frente al COVID, al reformar la competencia de los Juzces y Tribunales para estas concretas autorizaciones o ratificaciones judiciales: de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, a repartirse entre estos Juzgados (cuando tengan destinatarios determinados: art. 8.6 LJCA), Salas de lo Contencioso-administrativo de Tribunales Superiores de Justicia (para destinatarios indeterminados y autoridad sanitaria no estatal: art. 10.8 LJCA) y Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (destinatarios indeterminados y autoridad sanitaria estatal: art. 11.1.i LJCA). Con carácter general, dentro del procedimiento especial de derechos fundamentales, el art. 122 quáter LJCA declara preferentes estos trámites, con su resolución en un plazo máximo de 3 días naturales, debiendo ser parte el Ministerio Fiscal. Lo que tiene incidencia en los recursos contra estos autos, pues, aunque se sigue previendo solo el recurso de apelación contra los autos de los Juzgados en esta materia (art. 80 LJCA), ha de incluirse con la reforma el recurso de casación previa súplica/reposición en los otros dos supuestos ante órganos superiores (art. 87 LJCA).

Por otro lado, es clara la doctrina de limitación de derechos fundamentales por otros derechos o bienes jurídicos¹⁹: En primer lugar, como se señaló, reserva y calidad de ley, con las

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, S. lo considera una traba judicial pues, «además de convertir a la jurisdicción en un coadministrador, que participa, sin información suficiente, en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales, e incluso en el ejercicio de la potestad reglamentaria [...], constituyen un trámite rémora por completo dispensable en situaciones de crisis» («El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90/91, diciembre 2020/enero 2021, pág. 128). En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, V., «la declaración de la falta de competencia para la ratificación de las medidas sanitarias generales por parte de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos que hasta la reforma [...] podía haberse arreglado con un simple y fácil cambio de interpretación, se ha convertido en este momento en un problema estructural en nuestro Derecho: la aprobación de todas las medidas sanitarias generales que puedan suponer una limitación de un derecho fundamental deben contar ahora con la intervención de la voluntad de dos Poderes (el Reglamentario y el Judicial). De esta forma, el Poder Judicial se convierte realmente en otro poder normador, junto al Ejecutivo y al Legislativo [...]» («El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia», *ibid.*, pág. 30; y «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización...», *op. cit.*). Asimismo, SALAMERO TEIXIDÓ, L., «La función no revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 203-277; y «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 9632, mayo 2020, págs. 1-10; MOZO AMO, J., «La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del art. 8.6 LJCA», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2020; CIERCO SEIRA, C., «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 59 y ss.

¹⁸ FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La justicia administrativa durante el estado de alarma», en BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 325 y ss.

¹⁹ Por todos, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980; PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de

características de accesibilidad (publicada) y previsibilidad (hay certeza en los límites que se establecen)²⁰. En segundo lugar, principio de necesidad (no conveniencia) y proporcionalidad en una sociedad democrática, con el triple juicio de idoneidad o racionalidad (la medida restrictiva o límite consigue el objetivo propuesto para el bien constitucional), de necesidad (no hay otra medida menos gravosa para conseguir el objetivo del bien constitucional), y de proporcionalidad en sentido estricto (produce más beneficios que perjuicios en una ponderación entre el derecho limitado y el bien constitucional)²¹. Y, en tercer lugar, respeto al contenido esencial del derecho limitado, rebasándose este contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o dificultan más allá de lo razonable, de forma que deja de ser reconocible²².

Uno de las inopinadas resoluciones ha sido el Auto de 8 de octubre de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que denegó la ratificación del confinamiento perimetral

abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre/diciembre 1981, págs. 169-190; AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 9-24; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996; MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002; BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites de los derechos fundamentales», en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2013. Y, en particular, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *op. cit.*, págs. 79 y ss.

²⁰ La STC 292/2000, de 30 de noviembre, recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito [...]» (FJ 9).

Las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación», pues «la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción [...]» (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 15; y 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5).

²¹ «[...] Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 96/2012, de 7 de mayo de 2012, FJ 10).

²² Contenido esencial que obedece a «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito [según] el momento histórico de que en cada caso se trata y condiciones inherentes en las sociedades democráticas»; o a aquella parte «absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...]» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8).

establecido en la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería madrileña de Sanidad²³, en ejecución del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y que daría lugar para la aplicación de esta medida al estado de alarma en diversos Municipios de la Comunidad de Madrid²⁴ (RD 900/2020, de 9 de octubre).

Pudiera pensarse *prima facie* que esta decisión se fundamentaba en la escasa habilitación legal fuera del Derecho de excepción, o por causa de proporcionalidad. Como en el caso por ejemplo del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2020, por el que no se ratificó el confinamiento perimétrico del Municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza). O el más reciente Auto de 6 de noviembre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, al no ratificar tampoco la decisión de la Junta de suspender las visitas y salidas en los centros residenciales de personas mayores, en restricción para un sector de la población de los derechos fundamentales de libertad, libre circulación y reunión (punto 5.º del apartado segundo del Acuerdo 78/2020, de 3 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara el nivel de alerta 4 para todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León y se adoptan medidas sanitarias preventivas de carácter excepcional para la contención de la covid-19 en la Comunidad de Castilla y León²⁵):

«La medida adoptada en el Acuerdo 78/2020 rebasa el presupuesto habilitante de la Ley [Orgánica] 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales concernidos, produciéndose de facto un confinamiento domiciliario de un sector de la población en todo el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción de centros residenciales afectados o no por la enfermedad de que se trata, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia» (Auto TSJ Castilla y León, de 6 de noviembre de 2020, FJ 4.º).

²³ Según su apartado 8.º, «la presente Orden se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y surtirá efectos desde las 22:00 horas del día 2 de octubre de 2020 por un período inicial de catorce días naturales, pudiendo ser prorrogado si así lo requiriese la evolución de la situación epidemiológica de mantenerse las circunstancias que motivan su adopción».

²⁴ Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz (a estos nueve Municipios, la Orden madrileña 1273/2020 sumaba Alcalá de Henares).

²⁵ «Se suspenden las visitas en los centros residenciales de personas mayores, salvo circunstancias individuales en las que sean de aplicación medidas adicionales de cuidados y humanización o situaciones de final de la vida, que adoptará la dirección del centro, sin perjuicio del uso de formas alternativas de contacto entre los residentes y sus familiares tales como videoconferencias, llamadas telefónicas o similares. Asimismo, no se permiten las salidas de los residentes fuera del recinto de la residencia salvo para acudir al médico y similares o situaciones de fuerza mayor». Según el apartado sexto, «el presente Acuerdo producirá efectos desde el día 6 de noviembre a las 00:00 horas y mantendrá su eficacia mientras subsista la situación de riesgo que ha motivado la declaración del nivel de alerta 4 [...]».

No puede desconocerse que el déficit de legislación habilitadora –a diferencia, por cierto, del Derecho comparado²⁶– ha sido censurado por estos y otros Autos²⁷:

«Resulta llamativo que ante el escenario sanitario descrito no se abordara una reforma de nuestro marco normativo más acorde con las confesadas necesidades de combatir eficazmente la pandemia del Covid-19 y afrontar la grave crisis sanitaria que padece el país, pese al consenso doctrinal existente acerca de que la regulación actual de los instrumentos normativos que permiten la limitación de derechos fundamentales, con el objeto de proteger la integridad física (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE), íntimamente conectados entre sí, resulta ciertamente deficiente y necesitada de clarificación. [...] No parece justificado que para la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno sea precisa la declaración del estado de alarma, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, con el fin de contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, pero no sea necesaria para limitar la libertad de circulación todo el día, aunque solo afecte a un determinado sector de la población de toda una Comunidad Autónoma [...]» (Auto TSJ Castilla y León, de 6 de noviembre de 2020, FJ 6.º).

Pero lo cierto es que la decisión de no ratificación del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se basaba en el insuficiente amparo legal invocado en la concreta medida administrativa:

«[...] Sin perjuicio de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de otros instrumentos y procedimientos que autorizan, sin duda alguna, la limitación del derecho fundamental del que ahora tratamos en concreto, bajo ciertos presupuestos y con el sometimiento a las garantías y medios de control, así como al sistema de contrapesos entre Poderes del Estado que, para la tutela de los derechos fundamentales, nuestra Constitución establece. [...] Concluye la Sala que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y en concreto su artículo 65, no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales. La consecuencia de tal apreciación es que las medidas limitativas de derechos fundamentales que establece la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, meramente en ejecución de la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020, constituyen una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la ampare, es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales, por lo que no puede ser ratificada» (Auto TSJ de Madrid, de 8 de octubre de 2020, FFJJ 5.º y 6.º).

²⁶ «[...] La dificultad que tenemos todos (con las Administraciones y los Jueces a la cabeza) con el uso de las cláusulas generales [art. 3 Ley Orgánica 3/1986] que permiten adoptar las medidas necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria [...] hace que nos debamos plantear como sociedad desarrollada la aprobación de una ley estatal específica y pormenorizada para hacer frente de manera eficaz a las epidemias, como tienen los alemanes con su ley federal para la protección frente a las enfermedades infecciosas (Infektionsschutzgesetz del año 2000)»: ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización...», *op. cit.*

²⁷ En la vertiente doctrinal, en particular, SALAMERO TEIXIDÓ, L., «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia», en BLANC ALTEMIR, A. y CIERCO SEIRA, C. (Coord.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson-Aranzadi, 2018.

Respecto a ello, hay que recordar que, aunque el principio de congruencia en la Justicia administrativa (arts. 33 y 67.1 LJCA)²⁸ es extenso, en la medida en que las resoluciones judiciales han de ser congruentes con el recurso, demanda y contestación a la demanda tanto en lo que se refiere a las pretensiones de las partes (*petitum* con objeto en suplico²⁹) –pretensiones que incluyen también los hechos que sustentan la pretensión (*causa petendi*) y los sujetos en la calidad en que actúan–, como a los motivos de impugnación que fundamenten el recurso con las consiguientes excepciones y oposición, no enerva en ningún caso el principio *iura novit curia* («dame los hechos y te daré el derecho»), pues los órganos jurisdiccionales no tienen necesariamente que ajustarse a los argumentos jurídicos o preceptos alegados. Aparte de poder plantearse a las partes la extensión de pretensiones (anulación de preceptos) y «cuestiones» o motivos de impugnación u oposición (art. 33.2 y 3 LJCA)³⁰:

«La doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del art. 24 de la Constitución, por inobservancia del derecho de defensa, es perfectamente compatible con el principio tradicional según el cual iura novit curia. Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo iura novit curia les autoriza para ello. [...] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración, que, así como no puede la Sentencia rebasar la extensión de lo pedido, según prescribe el clásico aforismo según el cual ne est iudex ultra petitum partium, no puede tampoco modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada, pues si ejercitada una acción y producida una defensa frente a ella, estimara el Tribunal otra acción diferente tal Sentencia se habría dictado sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la resolución hubiera existido debate ni defensa. Por eso dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974 que no puede pretenderse bajo el principio iura novit curia que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada» (STC 20/1982, de 5 de mayo, FFJJ 2.º y 3.º).

«[...] En la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones –de índole varia, de anulación, de condena, etc.–, que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones (en tanto que cuestionan la validez del acto o

²⁸ De forma análoga al procedimiento administrativo (art. 88.1 y 2, y 119.3 LPC), e incluso al proceso penal donde la congruencia se incardina en el más general principio acusatorio (frente al inquisitivo), según el cual, a riesgo de simplificación, el Juez o Tribunal no puede actuar de oficio (solo el Fiscal y la acusación particular y popular) en el ejercicio de la acción penal (apertura y desarrollo de juicio oral), la determinación de los hechos y personas contra los que se dirige, la concreción de los delitos y la imposición de una pena superior en la sentencia; siendo solo discrecional en la valoración jurídica.

²⁹ Según arts. 31 a 33 LJCA, desde la pretensión anulatoria a la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (como la indemnización de daños y perjuicios), pasando por la pretensión de condena de hacer de una concreta obligación administrativa o de declaración de la vía de hecho como contraria a Derecho y su cese.

³⁰ SALAMERO TEIXIDÓ, L., «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta», *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre/diciembre 2012, págs. 203-243.

disposición impugnados), y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, para acogerlas o rechazarlas en todo o en parte, sino que aquél examine y se pronuncie sobre todas las cuestiones que han servido de soporte inmediato a las pretensiones, es decir, requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el Órgano Jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir, en un “íter” paralelo a aquel discurso» (STS de 5 de noviembre de 1992, Sala Tercera, Sección Primera, Recs. 54/1991 y 82/1991, FJ 2.º).

Además, en estos casos de autorización o ratificación judicial de medidas restrictivas de derechos, el Juez o Tribunal no estaría vinculado siquiera por el motivo o justificación genérica de reserva de ley para fundamentar la restricción, por cuanto el órgano judicial tiene que realizar un control pleno de la misma y confirmar que se dan todos los requisitos para la limitación del derecho, esto es, reserva ley, proporcionalidad y respeto del contenido esencial del derecho limitado, aunque solo se haya alegado por la Administración la reserva de ley. Sin que el auto, desde luego, puede quedar constreñido a la concreta ley alegada para justificar la habilitación legal. Pues, si no es suficiente el art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, por aludir tan solo a funciones de coordinación, podrían considerarse otras leyes habilitantes, más allá de la conveniencia de una reforma legislativa (arts. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de Salud Pública; 26.1 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 51.1 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). O bien rechazarse la ratificación por razón de insuficiente habilitación legal fuera del Derecho de necesidad, pero no con base en la única ley invocada³¹.

III. OTROS CAPÍTULO DE ACTUALIDAD EN MATERIA DE CONFLICTO DE DERECHOS

En este contexto de tensión y limitación de derechos, verdadera «letra pequeña» de los derechos fundamentales, no resulta ocioso hacer referencia a dos capítulos también de actualidad centrados en el concreto conflicto entre privacidad y seguridad pública, que está

³¹ Según VELASCO CABALLERO, F., «ni la Constitución ni ley alguna imponen al Gobierno o la Administración la obligación de citar –bajo amenaza de nulidad– el concreto precepto legal que permita imponer restricciones en el ejercicio de un derecho fundamental. Es la sala judicial, como concedora del Derecho (*iura novit curia*), quien debe comprobar si existe o no esa autorización legal. Tanto si esa cobertura legal la invoca correctamente la autoridad administrativa, como si la aporta el Ministerio Fiscal en el trámite de informe, o como si la aprecia de oficio la propia Sala [...]» («El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos, por falta de autorización legal», en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>).

dando lugar a un régimen especial de protección de datos³². La seguridad pública, prístina responsabilidad del Estado y vinculada también a la salud pública³³, se sitúa ciertamente a la cabeza de las excepciones a la privacidad, como demuestran estas últimas novedades, normativa y jurisprudencial:

a) Uno de ellos se refiere a la Directiva PNR (UE) 2016/681, de 27 de abril, que ha sido transpuesta por la Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves, pese a que el plazo de transposición concluyó el 25/05/2018. Aparte de la comunicación por las compañías aéreas a las autoridades nacionales competentes de los datos API (*Advance Passenger Information* o información anticipada sobre los pasajeros), en virtud de la Directiva 2004/82/CE, de 29 de abril, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, con el fin de mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal, la Directiva PNR (UE) 2016/681 añadió la obligación por las compañías aéreas que realicen vuelos exteriores de la UE –pudiéndose ampliar por los Estados a vuelos intracomunitarios, como en el caso de España– de transferir a las autoridades nacionales competentes los datos PNR (*Passenger Name Record* o Registro de Nombres de los Pasajeros: identificación, datos de contacto, itinerario, pago, equipaje...), incluidas la tripulación y cualquier otra persona a bordo, con el fin de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar los delitos de terrorismo y delitos graves. Información que es objeto de intercambio mutuo entre los Estados miembros y Europol, e incluso de transferencia a autoridades de terceros países con sujeción a requisitos adicionales. Sin perjuicio de Acuerdos PNR bilaterales, como los suscritos entre la Unión Europea y Estados Unidos, Canadá y Australia³⁴.

³² *In extenso*, BALLESTEROS MOFFA, L. A., *Las fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020.

³³ «El derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica, cumple una función instrumental crucial en relación con la dignidad humana (art. 10 Constitución) y los derechos a la vida del art. 15, y a la seguridad (art. 17) en la medida, en este último caso, en el que la salud pública adquiere un valor esencial para la garantía del orden público y la convivencia democrática»: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19...», *op. cit.*, pág. 3.

³⁴ GUILLOT, P., «Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention du terrorisme», *Les Annales de droit*, núm. 10, 2016, págs. 165-196; CATALINA BENAVENTE, M.^a A., «La Directiva europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave», *Diario La Ley*, núm. 8801, julio 2016; BRETT, R., «La directive “PNR” du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité», *Europe: actualité du droit communautaire*, núm. 2017, págs. 5 y ss.; VILLANI, S., «Some further reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR data in the light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017», *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, págs. 899-928; ARCHAMBAULT, L., «La directive PNR et son articulation avec le RGPD: l'instauration d'un fichier de données des passagers aériens, outil efficace de la lutte contre le terrorisme et respectueux des données personnelles?», *Gazette du palais*, núm. 1, 2019, págs. 123 y ss.

En concreto, según la reciente Ley de transposición, las compañías aéreas y entidades de gestión de reserva de vuelos tienen la obligación de transferir³⁵ los datos PNR a la Unidad de Información sobre Pasajeros (UIP) española, integrada en el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. Entre cuyas funciones se encuentra la de tratarlos mediante su valoración previo cotejo con las bases pertinentes, con exclusión de los datos y criterios sensibles, transmitiendo en su caso dichos datos (no de forma masiva) o el resultado de su tratamiento a las autoridades competentes (Policía Nacional, Guardia Civil, Policías autonómicas, CNI, Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, Jueces y Tribunales, Ministerio Fiscal), UIP de otros Estados miembros de la Unión Europea, Europol y terceros países.

No hace falta hurgar mucho en esta legislación para constatar en estos tratamientos vinculantes anudados a la seguridad importantes limitaciones de privacidad justificadas en la misma, sin perjuicio de las debidas garantías³⁶, con la aplicación supletoria del RGPD y LOPDGDD respecto a la transmisión de los datos por las compañías aéreas, y de la Directiva de policía (UE) 2016/680, de 27 de abril, en cuanto a su tratamiento por la UIP y autoridades competentes.

b) El otro dato de actualidad en este contexto tiene su origen en la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo, de conservación o retención de datos de tráfico de comunicaciones electrónicas (Directiva Frattini tras los atentados terroristas de Madrid y Londres), y en su transposición por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas, junto con los arts. 588 ter j LECrim. y 42 de la Ley General de Telecomunicaciones. Normativa que, frente a la regla general de privacidad electrónica de eliminación de los metadatos o datos de tráfico de comunicaciones electrónicas (con datos de localización cuando sean precisos para la comunicación), tras el cumplimiento de su función técnica de comunicación y facturación (con consentimiento para cualquier otro tratamiento³⁷), y la regla del consentimiento también para el tratamiento de datos de localización cualificados distintos a los metadatos (GPS, huella digital, rastreo de la localización...)³⁸, establece la obligación de los prestadores de comunicaciones electrónicas

³⁵ Entre las 48 y 24 horas anteriores a la salida programa del vuelo, y una vez cerrado el vuelo, según los formatos y protocolos de la Decisión de Ejecución de la Comisión (UE) 2017/759, de 28 de abril.

³⁶ Como la supresión de los datos PNR facilitados por las compañías a la UIP, en concreto, a los cinco años desde su transmisión según los arts. 12 de la Directiva PNR (UE) 2016/681 y 19 de la Ley Orgánica 1/2020, sin perjuicio de su utilización y conservación por las autoridades competentes a los fines delictuales graves, aunque tras seis meses los datos PNR que permitan la identificación directa del afectado serán despersonalizados mediante enmascaramiento, permitiéndose solo su transmisión a las autoridades competentes previa aprobación por la autoridad judicial o Secretario de Estado de Seguridad.

³⁷ El Dictamen 01/2017, de 4 de abril, del GT art. 29 sobre la Propuesta de Reglamento *ePrivacy* (ref. 17, WP 247) precisa que debe ser posible procesar los datos de las comunicaciones electrónicas con el consentimiento del usuario final que haya solicitado explícitamente un servicio, como la función de búsqueda o de indexación de palabras clave, los asistentes virtuales, los motores de texto a voz y los servicios de traducción. Pero el análisis de contenido y/o metadatos para todos los demás fines, como el análisis, la elaboración de perfiles, la publicidad conductual u otros fines en beneficio comercial del proveedor, requiere el consentimiento de todos los usuarios finales cuyos datos sean procesados.

³⁸ Consentimiento expreso ya para todos los supuestos en el Proyecto de Reglamento *ePrivacy*, frente al Reglamento interno de servicio universal y derechos de los usuarios (Real Decreto 424/2005, de

de conservar preventiva y genéricamente los mismos durante doce meses, para su cesión en su caso con autorización judicial a la policía judicial o CNI para los fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves³⁹ (nunca el contenido de las comunicaciones).

Si la Directiva 2006/24/CE fue anulada *in toto* por incumplir el principio de proporcionalidad por la STJUE de 8 de abril de 2014 (Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12), nuestra Ley de Conservación se ha mantenido apoyada en la previsión genérica de conservación de datos de la Directiva general de privacidad electrónica 2002/58/CE, que regula los riesgos específicos de datos de tráfico, *cookies*, *spam*, etc. (Informe AEPD 0343/2013). Aunque la Propuesta de Reglamento *ePrivacy* de 10 de enero de 2017, llamado a sustituirla, no contempla ya expresamente esta previsión genérica de conservación⁴⁰.

En este contexto, el Tribunal de Luxemburgo ha dictado dos recientes Sentencias de 6 de octubre de 2020, sobre las normas de retención de datos de Reino Unido, Francia y Bélgica: Privacy International (C-623/17), y La Quadrature du Net (C-511/18 y C-512/18) y Ordre des barreaux francophones et germanophone (C-520/18). Precizando un poco más⁴¹ la exigencia de que la conservación o retención sea selectiva (según un criterio geográfico, temporal prorrogable o categorías de personas afectadas, y con verificación por órgano independiente), y la cesión o acceso por las autoridades previa autorización de un órgano judicial o administrativo independiente y para la persecución de delitos graves.

Pero, cuando la injerencia no es grave, esto es, se trate de datos de identificación, dado que por sí mismos no revelan información de la comunicación/privacidad (datos estáticos no generados o vinculados al proceso de comunicación o localización: nombres y apellidos, direcciones, números), se permite, por un lado, la retención general e indiscriminada (STJUE

15 de abril) que discrimina entre datos de tráfico (oposición) y estos últimos datos de localización (consentimiento expreso).

³⁹ A partir del umbral mínimo de tres años de prisión *ex art.* 579.1 LECrim.

⁴⁰ GONZÁLEZ PASCUAL, M.^a I., «El TJUE como garante de los Derechos en la UE a la luz de la sentencia Digital Rights Ireland», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014, págs. 943-971; GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La invalidez de la Directiva europea sobre conservación de datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014, págs. 23-42; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones», *Diario La Ley*, núm. 8308, mayo 2014; NINO, M., «L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione Europea da parte della Corte di Giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention», *Diritto dell'Unione*, núm. 4, 2014, págs. 803 y ss.; FLOR, R., «Dalla data retention al diritto all'oblio: Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo», *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, núms. 4/5, 2014, págs. 775 y ss.

⁴¹ Junto con la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Tele2 Sverige AB, C-1203/15 y C-698/15). *Cf.* RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La definitiva defenestración de la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones», *Diario La Ley*, núm. 8901, enero 2017; BALLESTEROS MOFFA, L. A., «La difícil situación de la Ley 25/2007 de conservación y cesión de datos de tráfico y localización en las comunicaciones electrónicas: la «tala» de su base comunitaria y los desfavorables vientos desde sus homólogas europeas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 44, mayo/agosto 2017, págs. 49-87.

La Quadrature du Net⁴²), y, por otro, la cesión o acceso por las autoridades (procedan o no los datos de esa conservación) para la persecución de delitos no graves⁴³ (según la STJUE de 2 de octubre de 2018, Ministerio Fiscal, C-207/16: datos de titularidad y número asignado a una tarjeta SIM activada por un teléfono móvil sustraído) y sin autorización judicial previa por no excepcionar el secreto de las comunicaciones (arts. 588 ter j-m LECrim⁴⁴, incorporados por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de medidas de investigación tecnológica). Patrones que ya se aplicaban por la Ley de Conservación de Datos a los registros de identidad de clientes en los servicios de telefonía móvil de prepago.

Sin embargo, en el caso de las direcciones IP⁴⁵ asignadas a la fuente –no receptor– de una conexión a internet, si bien se trata de la identificación de equipos de origen de una comunicación⁴⁶, la retención general tiene que ser temporal⁴⁷ y el acceso por delitos graves (STJUE La Quadrature du Net, pese al art. 588 ter k LECrim.).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguar de Luque, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993.
- Álvarez Caro, M.: “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”, *Diario La Ley*, núm. 9647, 5 de junio de 2020.
- Álvarez García, V.: “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020.

⁴² «En lo que respecta a los datos relativos a la identidad civil de los usuarios de las comunicaciones electrónicas, esos datos no permiten por sí solos conocer la fecha, la hora, la duración y los destinatarios de las comunicaciones efectuadas, ni los lugares en que se realizaron esas comunicaciones o la frecuencia de esas comunicaciones con determinadas personas durante un período determinado, por lo que no proporcionan, aparte de sus datos de contacto, como sus direcciones, ninguna información sobre las comunicaciones efectuadas y, por consiguiente, sobre su vida privada» (apartado 157).

⁴³ A partir del umbral mínimo de tres años de prisión *ex art.* 579.1 LECrim.

⁴⁴ «[...] y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación».

⁴⁵ Dirección IP: identificación de equipo terminal desde el que se realiza una comunicación por internet.

⁴⁶ «[...] Aunque las direcciones IP forman parte de los datos de tráfico, se generan independientemente de cualquier comunicación concreta y sirven principalmente para identificar, a través de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, a la persona física propietaria del equipo terminal desde el que se realiza una comunicación por Internet. Así pues, en relación con el correo electrónico y la telefonía por Internet, siempre que sólo se conserven las direcciones IP de la fuente de la comunicación y no las del receptor de la comunicación, esas direcciones no revelan, como tales, ninguna información sobre los terceros que estuvieron en contacto con la persona que hizo la comunicación. Por lo tanto, esa categoría de datos es menos sensible que otros datos de tráfico» (apartado 152).

⁴⁷ «Dado que las direcciones IP pueden utilizarse para trazar la ruta de navegación de un usuario y, en consecuencia, su actividad en línea, estos datos pueden utilizarse para establecer un perfil detallado del usuario» (apartado 153).

- Álvarez García, V.: “El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90/91, diciembre 2020/enero 2021.
- Archambault, L.: “La directive PNR et son articulation avec le RGPD: l’instauration d’un fichier de données des passagers aériens, outil efficace de la lutte contre le terrorisme et respectueux des données personnelles?”, *Gazette du palais*, núm. 1, 2019.
- Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, J.F. (Dir.): *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Ballesteros Moffa, L.A.: “La difícil situación de la Ley 25/2007 de conservación y cesión de datos de tráfico y localización en las comunicaciones electrónicas: la «tala» de su base comunitaria y los desfavorables vientos desde sus homólogas europeas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 44, mayo/agosto 2017.
- Ballesteros Moffa, L.A.: “El filtro jurídico a la cascada de soluciones tecnológicas contra la COVID-19”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 207, julio/septiembre 2020.
- Ballesteros Moffa, L.A.: *Las fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020.
- Biurrun, F.: “Aplicaciones tecnológicas internacionales en la lucha contra el coronavirus”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962, «Impacto jurídico del COVID-19», abril 2020.
- Blanquer, D. (Coord.): *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Brage Camazano, J.: *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Brett, R.: “La directive “PNR” du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité”, *Europe: actualité du droit communautaire*, núm. 2017.
- Catalina Benavente, M^a A.: “La Directiva europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos PNR en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave”, *Diario La Ley*, núm. 8801, julio 2016.
- Cierco Seira, C.: “Derecho de la salud pública y COVID-19”, en D. Blanquer (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Cruz Villalón, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- De Bartolomé Cenzano, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002.
- De La Sierra, S.: “Old Norms and New Challenges in Spain’s Response to COVID-19”, *The Regulatory Review*, University of Pennsylvania, mayo 2020, en <https://www.theregreview.org/2020/05/20/de-la-sierra-old-norms-new-challenges-spain-response-covid-19/>
- Díez-Picazo Giménez, L.M^a: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2013.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus. Las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos”, *Diario La Ley*, núm. 9634, mayo 2020.
- Fernández Torres, J.R.: “La justicia administrativa durante el estado de alarma”, en D. Blanquer, (Coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- Flor, R.: “Dalla data retention al diritto all’oblio: Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo”, *Diritto dell’Inofrmazione e dell’Informatica*, núms. 4/5, 2014.
- Fuertes López, M.: “Estado de excepción, no de alarma”, *El Mundo*, 20/04/2020; también en *Diario del Derecho*, Iustel, en https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1197263&
- García de Pablos, J.F.: “La invalidez de la Directiva europea sobre conservación de datos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014.
- González Pascual, M^a I.: “El TJUE como garante de los Derechos en la UE a la luz de la sentencia Digital Rights Ireland”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014.
- Guillot, P.: “Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention du terrorisme”, *Les Annales de droit*, núm. 10, 2016.
- Hernández Peña, J.C.: “Las aplicaciones de rastreo de contractos y su adecuación al derecho a la protección de datos en la lucha contra la Covid-19”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, octubre 2020.
- Martínez Martínez, R.: “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, núm. 9604, marzo 2020.
- Martínez-Pujalte, A.-L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997.
- Medina Guerrero, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- Mozo Amo, J.: “La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del art. 8.6 LJCA”, *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2020.
- Muñoz Machado, S.: “El poder y la peste de 2020”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90/91, diciembre 2020/enero 2021.
- Narváez Rodríguez, A.: “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre 2009.
- Nino, M.: “L’annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell’Unione Europea da parte della Corte di Giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention”, *Diritto dell’Unione*, núm. 4, 2014.
- Parejo Alfonso, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre/diciembre 1981.
- Peces-Barba Martínez, G.: *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980.
- Peñasco, R.: *Covid19: ¿Un antes y un después en la Historia de la Humanidad? Análisis socio-jurídico de un cambio de paradigma y de los nuevos parámetros y grandes retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Pistor, K. (Ed.): *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, New York, 2020, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>
- Rivero Ortega, R.: “Rastreadores y Radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020.

- Rodríguez Lainz, J.L.: “Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8308, mayo 2014.
- Rodríguez Lainz, J.L.: “La definitiva defenestración de la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8901, enero 2017.
- Salamero Teixidó, L.: “Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre/diciembre 2012.
- Salamero Teixidó, L.: “La función no revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho (Dir.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Salamero Teixidó, L.: “La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia”, en A. Blanc Altemir y C. Cierco Seira (Coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson-Aranzadi, 2018.
- Salamero Teixidó, L.: “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”, *Diario La Ley*, núm. 9632, mayo 2020.
- Terrón Santos, D.; Domínguez Álvarez, J.L. y Fernando Pablo, M.M.: “Los derechos fundamentales de la privacidad: derecho y necesidad en tiempo de crisis”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, octubre 2020.
- Velasco Caballero, F.: “El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos, por falta de autorización legal”, en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>
- Villani, S.: “Some further reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR data in the light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017”, *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018.
- Villaverde Menéndez, I.: “Los límites de los derechos fundamentales”, en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.