

El reciente Auto de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2020 (rec.98/2020), al hilo de solicitarse por una plataforma cívica la medida cautelarísima de que, antes de cuatro días, se pusiese a disposición y se realice el test-rápido para diagnosticar el COVID-19 a todo el que lo solicite en la sanidad pública, realiza un examen procesal, que fija con precisión y claridad los requisitos de las cautelarísimas, con validez más allá del caso concreto.

Veamos, lo que nos dice este importante auto:

REQUISITOS PROCESALES GENERALES.- Advierte que constata óbices procesales pero – quizá por la sensibilidad social del caso- se adentra en la respuesta de fondo.

Apreciamos que no se hace referencia alguna en el escrito presentado acerca de porqué o cómo se tendría derecho, conforme al artículo 29.1 LJCA, a la prestación de «test PCR» que se pide en forma cautelarísima ni de que se haya reclamado previamente a la Administración, con éxito o sin él, la prestación que ahora se solicita. Dejamos aparte no obstante esas cuestiones, así como el cumplimiento de los requisitos de postulación...»

LEGITIMACIÓN.- Aborda la cuestión de la legitimación, considerando que pese a ser una plataforma sin personalidad jurídica integrada por ciudadanos, en esta mera condición no existe el interés legítimo como es preceptivo en lo contencioso-administrativo:

No justifican los demandantes que su posición les adorne de un interés, ni de que éste sea el interés legítimo idóneo para recurrir en el caso. La condición de ciudadanos españoles, que dicen ostentar, no es índice de un interés legitimador para acceder a un proceso de estas características, en lo que se refiere a la pretensión que formulan en su propio nombre, ni hay tampoco acción popular en lo que parecen solicitar para el común de los ciudadanos. El artículo 125 de la CE sólo la reconoce en los procesos penales y el artículo 19.1 LOPJ exige que esté reconocida en una norma procesal con rango de Ley, que ni se invoca ni existe en la materia sanitaria de que se trata.(...)

DERECHOS SUSCEPTIBLES DE TUTELA POR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Deja claro que no todo derecho transita por el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, ni basta el mantra del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) sino solamente los que tienen este rango:

La improsperabilidad de la pretensión es, si cabe, más evidente cuando se anuncia la interposición de un procedimiento especial de amparo judicial ordinario para la protección de derechos fundamentales y, éste, en el Derecho español -que es uno de los más avanzados del Derecho comparado- sólo procede cuando se invoca formalmente alguno de los preceptos previstos en el artículo 53.2 CE entre los que, como es de general conocimiento, no se encuentran el artículo 35.1 CE ni el artículo 43.1 CE, que son los que nos invocan los recurrentes (Por todos ATC 388/1982, de 10 de diciembre, FFJJ 2, 3 y Fallo).

No enerva esta apreciación la mera cita del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, porque éste se satisface plenamente cuando los órganos judiciales pronunciamos una decisión denegatoria que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental (Auto de esta Sala de 2 de abril de 2014 (Rec 510/2013) y las sentencias que en él se citan). Todo ello sin prejuzgar en modo alguno, como es lógico, lo que en su caso podríamos acordar en un futuro recurso.

EL PRESUPUESTO DE LA URGENCIA.-

En las cautelarísimas, es carga del recurrente o solicitante justificar la urgencia real que concurre:

Bastará añadir que no se hace ningún alegato sobre la urgencia que sienten los recurrentes para solicitar la realización de los test PCR que piden para sí mismos para desestimar en este momento las medidas cautelarísimas que nos solicitan.

LA INVIABILIDAD DE UNA CAUTELARÍSIMA FRENTE A LOS REALES DECRETOS DE DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA.-

Se precisa que las cautelares frente a reglamentos no caben antes de interponerse el recurso:

Finalmente añadiremos que las observaciones críticas sobre la declaración del actual estado de alarma no merecen atención porque, además de que no se impugnan los Reales Decretos de declaración -caso de que, como mera hipótesis dialéctica, ello fuera posible- la solicitud de suspensión de la vigencia de una disposición general sólo se puede hacer en el escrito de interposición o demanda (artículo 129.2 LJCA) y nunca en el trámite excepcional del artículo 136.2 LJCA, en el que nos encontramos.

En consecuencia, se deniega la cautelarísima sin costas, pero aquí nos quedan valiosas enseñanzas procesales que van más allá del caso planteado y que será útil tenerlas presentes en el futuro. Y es que tomar un atajo, no autoriza a bajar la guardia.