

### Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio

#### **DERECHOS DE AUTO DE NUEVO, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA EL COVID-19**

La lucha contra la pandemia del COVID-19 jurídicamente provocó la declaración de tres estados de alarma (dos aplicables en todo el territorio nacional en marzo y octubre, y uno referido a algunas ciudades de la Comunidad de Madrid, en octubre de 2020) [sobre estos estados de alarma declarados y sus problemas jurídicos, por todos, ver ÁLVAREZ GARCÍA, V. 2021: *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*. Madrid: Ed. Iustel; ÁLVAREZ GARCÍA, V.; ARIAS APARICIO, F. y HERNÁNDEZ DíEZ, E. 2020: *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*. Madrid: Ed. Iustel; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: *Los estados de alarma por el COVID-19*. Prólogo de Ángel Sánchez Blanco. Salamanca, Ed. Ratio Legis, y MUÑOZ MACHADO, S. 2022: *El poder y la peste (2020-2022)*. Madrid: Ed. Iustel], y la adopción de un buen número de medidas que confirmaban la práctica desaparición del Gobierno de la Nación de la dirección y gestión de la epidemia del COVID-19, así como otros problemas jurídico-administrativos.

Las medidas para doblegar las sucesivas *olas* de la pandemia (siete hasta octubre de 2022), ante la negativa del Gobierno de la Nación a elaborar y tramitar ningún texto legislativo más adecuado para luchar contra la pandemia, y así no tener que declarar nuevamente el estado de alarma, a pesar de los anuncios realizados desde mayo de 2020, se adoptaron a cabo con el mismo marco jurídico-administrativo para luchar contra el COVID-19, que continuaba, y continúa hoy, en octubre de 2022, siendo el mismo, con alguna modificación: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (BOE del 29) [[BOE.es - BOE-A-1986-10498 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública](#)]; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE del 29) [[BOE.es - BOE-A-1986-10499 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad](#)], y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE del 5) [[BOE.es - BOE-A-2011-15623 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública](#)], sin perjuicio de la utilización, en su caso, de la Legislación en materia de seguridad nacional y ciudadana o en materia de emergencias y protección civil. Y, como luego declararía el Tribunal Constitucional, debe señalarse que, por razones constitucionales, esta legislación ordinaria y orgánica tenía y tiene problemas para constituir la base para limitar derechos fundamentales con carácter general, y menos aún por las comunidades y ciudades autónomas.

Además, ha habido un buen número de ejemplos que acentuaban la sensación de desorganización jurídica y administrativa en la lucha contra el COVID-19: los problemas con las compras de material sanitario en la primera *ola* de la epidemia y con las mascarillas (teniendo en cuenta que la legalidad de la imposición del uso obligatorio de

las mascarillas la confirmó la STS 1569/2020, de 20 de noviembre [[STS 1569/2020, 20 de noviembre de 2020 - Jurisprudencia - VLEX 852189486](#)], y que ha habido y hay actualmente diversos procedimientos judiciales abiertos para analizar las posibles responsabilidades por malas actuaciones en los contratos de adquisición y otros supuestos) [sobre los problemas jurídicos planteados en relación con las mascarillas y los «bandazos» normativos dados, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2022: «La gestión del uso de mascarillas: un ejemplo más de la desorganización administrativa en la lucha contra el COVID-19». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 2022, n.º 10030, 44 pp. <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3563-La-gestion-del-uso-de-mascarillas-un-ejemplo-mas-de-la-desorganizacion-administrativa-en-la-lucha-contra-el-COVID-19.aspx>]; las limitaciones de movimientos y reuniones de las personas, que el Estado y cada comunidad adoptó en función de sus razonamientos particulares, y con ámbitos territoriales muy diversos, incidiendo en las libertades públicas (principalmente, la libre circulación, el derecho de reunión y la libertad de empresa), aunque las medidas previstas en los estados de alarma serán declaradas inconstitucionales, como veremos; la imposición de *toques de queda* generales y de horarios de cierre de actividades, variando de unas comunidades a otras; las medidas económicas de ayuda por la epidemia; la realización descoordinada de test del virus y de las propias campañas de vacunación contra el coronavirus; las modificaciones de normas por cauces no adecuados o los excesos normativos. Además, y ante la negativa del Gobierno de la Nación de elaborar y tramitar una legislación específica sobre las pandemias, las comunidades autónomas se lanzaron a aprobar normas legales, muchas con problemas constitucionales, para luchar contra el coronavirus, reproduciendo el consiguiente desbarajuste jurídico-administrativo del pasado.

Posteriormente, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional, de forma contundente, declaró la inconstitucionalidad de los estados de alarma generales de marzo y octubre de 2020 y del cierre del Congreso de los Diputados durante el confinamiento de marzo de ese año, mediante las SSTC 148/2021, de 14 de julio, 168/2021, de 5 de octubre, y 183/2021, de 27 de octubre [sobre las mismas *vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2022: «La inconstitucionalidad de los estados de alarma por el COVID-19». *Ars Iuris Salmanticensis*, junio de 2022, 10(1): 357-369 [[Vista de Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio](#); [Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 5 de octubre](#); [Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre \(usal.es\)](#)], y 2021: «Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa». *Revista Gallega de Administración Pública*, julio-diciembre, 2021, 62: 391-425 [<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4871>], y VILLAR CRESPO, G. 2022: «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021». *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-agosto de 2022, 123: 179-222 (Último número - IVAP ([euskadi.eus](http://euskadi.eus)))].

Por otra parte, la intervención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en situaciones de crisis parece claro que no estaba pensada por el legislador para

pandemias como la actual, muy contagiosa y extendida por todo el mundo de manera generalizada, y mucho menos se preveía el importante papel que se atribuirá al Tribunal Supremo, después de la última reforma de esa legislación, al asignarle una función cuasi normativa y administrativa.

En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 no hacía referencia alguna a la autorización o ratificación judicial de medidas que incidieran en los derechos fundamentales. Será la reforma de esa Ley aprobada en 2000, incorporando un nuevo párrafo al entonces art. 8-5.º-LJCA (después pasaría al art. 8-6.º), la que añade la función citada, como una competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con un carácter muy amplio y general; si bien, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el órgano judicial es de ámbito menor, por lo que no parece el más adecuado territorialmente para hacer frente a una pandemia de ámbito mundial como la actual. Además, estas funciones de autorización y ratificación de los Juzgados de lo Contencioso se preveían para casos concretos, pero no para situaciones globales, como la pandemia del COVID-19.

Sin embargo, una más adecuada regulación, al menos desde el punto de vista competencial, de la intervención judicial en la autorización o ratificación de medidas para hacer frente al coronavirus se produjo con la aprobación 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 (BOE del 19) [[BOE.es - BOE-A-2020-10923 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](https://www.boe.es/boe-A-2020-10923)], al modificar varios artículos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con las competencias de los distintos órganos judiciales.

En efecto, la Disposición Final 2.ª de esa Ley modifica el art. 8-6.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, añadiendo un párrafo que avala la interpretación anterior, al precisar ahora que, entre otras, la competencia de los Juzgados de lo Contencioso se extiende asimismo a «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales *cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*». Por otra parte, se modificó el art. 10-LJCA, que asigna a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las *autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*». Y, finalmente, se modificó el art. 11-i-LJCA, que encomienda a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la *autoridad sanitaria estatal considere urgentes*

y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente» [los subrayados son nuestros].

Ciertamente, esta reforma, aprobada en septiembre de 2020, en el inicio de la segunda ola de la epidemia del coronavirus, aclara las competencias de los distintos órganos judiciales en relación con esa cuestión, aunque parece que continúa refiriéndose a casos concretos y no, p. ej., a comunidades autónomas completas, aunque la última frase de los preceptos modificados está redactada de forma muy abierta.

No obstante, debe señalarse que esta reforma confirma el papel cuasinormativo de jueces y tribunales, al coparticipar con carácter general, mediante su autorización o ratificación, en la adopción de las medidas sanitarias aprobadas por las autoridades administrativas; modelo que no se compagina muy bien con la división de poderes establecida en la Constitución española.

Ciertamente, los problemas señalados provocaron, como veremos, la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducido por la DF-2.<sup>a</sup> de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, citada, admitida por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Providencia de 16 de febrero de 2021 (BOE de 23), y que resolverá la STC 70/2022, de 2 de junio, declarando su inconstitucionalidad.

Sin embargo, los problemas jurídico-administrativos, y el desbarajuste consiguiente, se agravarán con la finalización, el 9 de mayo de 2021, del estado de alarma declarado en octubre de 2020, después de su larguísima prorroga [sobre los mismos, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: «Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa». *Revista Gallega de Administración Pública*, 2021, 62: 391-425 (<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4871>)], al aprobarse el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE del 5) [[BOE.es - BOE-A-2021-7351 Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2021-7351)], en pleno descenso de la cuarta ola de la epidemia del coronavirus, y cuya Exposición de Motivos contiene afirmaciones que estaban lejos de ser ciertas, ya que las medidas a las que se refiere no se articulaban ni se articulan fácilmente en las leyes sanitarias señaladas, incluso con ratificación judicial, y además el nuevo sistema de intervención judicial genera dudas y bastante inseguridad jurídica, y desde luego más incertidumbre que una adecuada regulación legal (orgánica u ordinaria, o ambas) sobre pandemias [ver ÁLVAREZ GARCÍA, V. 2022: «Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a

las futuras pandemias». *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, 2022, 59, 30 pp.]. De acuerdo con las ideas anteriores, y sin haber intentado modificar la legislación sanitaria vigente o elaborar una nueva legislación sobre pandemias, el Gobierno de la Nación procedió a modificar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el art. 15 del Real Decreto-Ley con la finalidad de cambiar la regulación del recurso de casación para posibilitar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo pudiera entrar a conocer sobre los autos adoptados por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional y además fijar doctrina legal, con intervención de las Administraciones Públicas autonómica y estatal, además del Ministerio Fiscal, sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias, y todo ello en un plazo muy breve de tiempo (concretamente, el Tribunal Supremo ha de decidir en un plazo de 5 días), que es lo que requiere una situación sanitaria tan grave y extraordinaria como la que obliga a esas autoridades a tener que adoptar esta clase de medidas.

Ciertamente, este nuevo sistema contribuye a sentar doctrina sobre la cuestión, eliminando las diferentes, y contradictorias en un buen número de ocasiones, interpretaciones de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en la ratificación, o no, de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades administrativas, pero, sin embargo, no supone un instrumento ágil ni eficaz para implantar medidas efectivas de lucha contra el coronavirus, pues primero la Administración adopta la medida; seguidamente se ha de solicitar la ratificación al órgano judicial competente, y, finalmente, en su caso, puede intervenir el Tribunal Supremo, y además se le ha dado a los jueces y tribunales señalados un poder cuasinormativo y administrativo que constitucionalmente no le corresponde al Poder Judicial, sino al Poder Legislativo (concretamente, establecer el régimen de intervención en los derechos fundamentales de las medidas de lucha contra el COVID-19, en el marco de la Constitución española) y a la Administración (adoptar las medidas contra el coronavirus y llevarlas a efecto y ejecutarlas). De hecho, más bien, se sitúa a los jueces y tribunales en una situación de copartícipes ejecutivos en la adopción de medidas administrativas, las medidas contra el coronavirus, como si fueran competencias administrativas compartidas. Además, el nuevo sistema surgió con ciertos problemas constitucionales, derivados del hecho de que fuese aprobado mediante un real decreto-ley, aunque su régimen afecta a los derechos fundamentales; cuestión vetada constitucionalmente. Por todo lo cual, no es extraño que fuese recurrido por diputados del Grupo Parlamentario Popular, y mediante Providencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2021 se ha admitido a trámite el recurso de inconstitucional interpuesto.

Frente a esta opción adoptada, parecía, y sigue pareciendo actualmente, más necesaria una nueva legislación sobre pandemias, o la modificación de la normativa actual, que permita adoptar medidas sin tener que declarar el estado de alarma, y previendo la incidencia de las medidas en los derechos fundamentales y de una forma más completa y adecuada que la legislación actual.

No obstante, 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 (BOE del 19), como hemos señalado, modificó, con cierta polémica (que era totalmente acertada, como se verá), varios artículos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con las competencias de los distintos órganos judiciales relativas a la ratificación o autorización de las medidas adoptadas por distintos órganos administrativos.

Con fecha del 18 de diciembre de 2020, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada 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, citada, en el marco del procedimiento ordinario tramitado para solicitar autorización judicial respecto de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de octubre de 2020, que adopta medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza).

La cuestión de inconstitucionalidad planteada ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio de 2022 [[Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 70/2022 \(tribunalconstitucional.es\)](#)] [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2022: «La STC de 2 de junio de 2022: la inconstitucionalidad de intervención judicial en relación con las medidas para luchar contra el Covid-19». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 13 de julio de 2022, 10109. <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3696-La-STC-de-2-de-junio-de-2022-la-inconstitucionalidad-de-la-intervencion-judicial-en-relacion-con-las-medidas-para-luchar-contra-el-COVID-19.aspx>, y GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.ª J. 2022: «Independencia judicial y separación de poderes en la atribución de funciones de ratificación de medidas sanitarias a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. STC 70/2022, de 2 de junio de 2022». *Actualidad Administrativa (Grupo Wolters Kluwer)*, 1 de sept. de 2022, 9, 8 pp.], que declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 10-8.º y 11-1.º, i) y de la referencia a dichos preceptos del art. 122 *quater* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, redactados por la DF-2.ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, citada [ver RECUERDA GIRELA, M. Á. 2022: «El Poder Judicial no es cogobernante». *Diario La Razón*, sábado, 4 de junio de 2022 [El Poder Judicial no es cogobernante \(larazon.es\)](#)].

La Sentencia (FJ n.º 1 a 4) comienza describiendo, con cierta precisión, el objeto de la cuestión, así como el contexto y los antecedentes de la disposición impugnada, y desestimando las alegaciones de admisibilidad planteadas por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado.

A continuación, el Tribunal Constitucional (FJ n.º 5) procede a entrar en el enjuiciamiento constitucional del art. 10-8.º-LJCA, analizando, de manera impecable en un Estado democrático, el alcance del principio constitucional de separación de poderes,

que califica de consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho formado mediante la Constitución española de 1978 (art. 1-1.º), y que impregna la estructura de todos los Estados democráticos. Principio de división y separación de poderes que el Texto Constitucional no enuncia expresamente, pero que se prevé claramente al referirse a la función legislativa asignada a las Cortes Generales (art. 66-2.º), a la función ejecutiva y la potestad reglamentaria que asigna al Gobierno (de la Nación, aunque no se señale con este nombre) y a la potestad jurisdiccional y de control de la actuación administrativa, asignadas en exclusiva a los juzgados y tribunales, al Poder Judicial en suma (arts. 117-3.º y 106-1.º-CE); principio que, además, se ha reiterado en muchas ocasiones por la propia jurisprudencia constitucional, resaltado su carácter esencial en el estado Social y Democrático de Derecho. Separación de poderes que «deber [sic] ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro» (FJ n.º 5).

Por otra parte, la STC (FJ n.º 5) recuerda también que el art. 97-CE, que atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno, no contiene, sin embargo, ninguna reserva de reglamento, y que el control de las normas reglamentarias corresponde constitucionalmente al Poder Judicial (art. 106-1.º-CE).

Además, la STC (FJ n.º 5) recuerda que el principio de separación de poderes cuenta en la Constitución española con diversos mecanismos de frenos y contrapesos, de equilibrio de poderes que responde a la forma parlamentaria de Gobierno (art.1-3.º-CE), a lo que se ha dado en denominar el «parlamentarismo racionalizado» (STC 223/2006, de 6 de julio, FJ n.º 6), y se refiere también a la distribución territorial del poder, destacando que las comunidades autónomas han reproducido el principio de separación de poderes en lo que se refiere a las funciones legislativa y ejecutiva (pero resaltando, con cierta rotundidad, que «[n]o existe, en cambio, un poder judicial propio en las comunidades autónomas»).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional avanza en sus argumentos, advirtiendo (FJ n.º 6) que el Poder Judicial constituye una pieza de la propia Constitución española, del Ordenamiento y del Estado de Derecho, y resaltando que la CE define con precisión la función o potestad jurisdiccional que reserva a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, a los que garantiza independencia (art. 117). En efecto, la STC afirma que la CE establece que la potestad jurisdiccional se ejerce sobre todo tipo de procesos, que deben cumplir las garantías propias (art. 24-2.º-CE), y que «[d]icha potestad consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, reflejando la fórmula acuñada por la Constitución de Cádiz (arts. 242 y 245) y preservada hasta el ordenamiento constitucional actual por la Ley provisional de la organización judicial de 15 de septiembre de 1870 (vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985)»; añadiendo que

[e]ste *mandato de exclusividad* del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también *impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. Dicho de otro modo, el principio

de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE) [...] [ya que]... «en un Estado democrático de Derecho... la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos» (STC 48/2001, FJ 4). [el subrayado es nuestro]

Por otra parte, continúa la STC (FJ n.º 6), la CE ha matizado el alcance absoluto del principio de exclusividad jurisdiccional en el art. 117-4.º, al disponer que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las relativas a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado «y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho»; función esta última que los jueces y magistrados llevan a cabo en su condición de tales, «pero al margen del ejercicio de la potestad jurisdiccional como titulares de un órgano judicial», y que no se considera que menoscabe la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ n.º 2), ni que tal atribución al Poder Judicial debe menoscabar las funciones atribuidas constitucionalmente a otros Poderes del Estado.

Teniendo en cuenta la argumentación anterior, el Tribunal Constitucional afirma, con claridad, que

la previsión contenida en el art. 117.4 CE, aunque matiza el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3 CE), tiende asimismo a asegurar el principio de separación de poderes, lo que *excluye una interpretación extensiva de aquel precepto constitucional que conlleve una desnaturalización del poder judicial, lo que sin duda acaecería si se entendiese que el legislador puede atribuir a los jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional*, desbordando los cometidos propios del poder judicial [; por lo que u]n entendimiento semejante de lo dispuesto en el art. 117.4 CE debe ser descartado, *a fin de evitar el desequilibrio institucional que conllevaría la intromisión del poder judicial en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, con la consiguiente quiebra del principio constitucional de separación de poderes*. [el subrayado es nuestro]

Además, sobre la base de estos argumentos, el Tribunal (FJ n.º 6) considera que

[c]onviene asimismo tener en cuenta la necesidad de acotar las funciones de los distintos poderes del Estado, *a fin de evitar fórmulas de actuación que, al involucrar a un poder en las funciones propias de otro, puedan impedir o dificultar la exigencia de las responsabilidades, políticas o jurídicas, que a cada cual correspondan*, comprometiendo con ello el principio de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado por el art. 9.3 CE y estrechamente vinculado con el principio de división o separación de poderes.

Por todo lo cual, considera la STC que, en suma, «*resulta obligado interpretar estrictamente el art. 117.4 CE, excluyendo, en consecuencia, aquellas interpretaciones extensivas que pudieran conducir a una desnaturalización de la configuración constitucional resultante del principio de separación de poderes* (arts. 66.2, 97, 106.1 y 117 CE y concordantes)» [los subrayados son nuestros].



Conforme con la doctrina y la interpretación constitucional anteriores, la STC (FJ n.º 7) procede a constatar la inconstitucionalidad del art. 10-8.º-LJCA. En efecto, con una argumentación impecable, el Tribunal precisa que

*[l]a exigencia, contenida en el cuestionado art. 10.8 LJCA, de autorización judicial para que puedan ser aplicadas las medidas generales adoptadas por las administraciones competentes a fin de proteger la salud pública, supone atribuir a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia una competencia que desborda totalmente la función jurisdiccional de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117.3 CE), sin que pueda encontrar acomodo en la excepción prevista en el art. 117.4 CE, a tenor de lo antes señalado. La garantía de los derechos fundamentales a que este precepto constitucional se refiere no puede justificar la atribución a los tribunales del orden contencioso-administrativo de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional, reservada en exclusiva a jueces y tribunales, como lo es la regulada en el precepto cuestionado, que determina una inconstitucional conmixión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional.*

Además, el Tribunal Constitucional añade (FJ n.º 7) que

*[e]n efecto, el art. 10.8 LJCA quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos Estatutos de Autonomía) atribuye al poder ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los Estatutos de Autonomía, en su caso) al poder ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el poder judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial.*

Y continúa, con más énfasis, afirmando que

*[d]e ningún modo les corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial injerirse en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, como lo es la potestad reglamentaria del poder ejecutivo (art. 97 CE). El principio constitucional de separación de poderes no consiente que el legislador convierta una potestad atribuida por la Constitución al poder ejecutivo en una potestad compartida con los tribunales de justicia integrantes del poder judicial. La potestad reglamentaria del poder ejecutivo deja de ser tal si las normas emanadas al amparo de esa potestad constitucional exclusiva quedan privadas de un atributo esencial como lo es el de desplegar efectos por sí mismas, sin la intervención de otro poder público. Al poder judicial corresponde, pues, una función revisora, en cuanto la Constitución le encomienda el control «de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE), y ese control se ejerce a posteriori, no a priori. El poder judicial no es, en fin, cogobernante o copartícipe del ejercicio de la*

potestad reglamentaria. Esta potestad, que el art. 97 CE atribuye al Gobierno, no está, ni puede estarlo, sujeta a permiso o autorización de otro poder, pues en tal caso dejaría de ser una potestad constitucional exclusiva, al no poder desplegar efectos por sí misma. [...]

La autorización judicial de las disposiciones administrativas generales dictadas para la protección de la salud pública que establece el precepto cuestionado implica decisivamente a los tribunales de justicia en la puesta en marcha de medidas de política sanitaria y produce una inconstitucional confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al poder ejecutivo de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente atribuida (art. 97 CE) y al mismo tiempo compromete la independencia del poder judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE), al hacerle corresponsable de la decisión política que solo al poder ejecutivo corresponde. Además, impide o dificulta la exigencia de responsabilidades jurídicas y políticas a las autoridades administrativas, vulnerando así el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), directamente relacionado con el principio de separación de poderes, como ya se dijo, así como el pleno control judicial de las administraciones públicas previsto por la Constitución [arts. 106.1, 117.3 y 153.c) CE].

[...]

La confusión es innegable, pues se trata de disposiciones de carácter general dictadas por el poder ejecutivo, cuyo cumplimiento se impone a un número indeterminado de personas durante un período de tiempo indefinido, pero que necesitan del complemento de la autorización expresa de un órgano judicial para desplegar eficacia. Las medidas sanitarias generales aprobadas por el poder ejecutivo competente, verdaderos reglamentos urgentes de necesidad, se configuran como válidos desde la aprobación gubernamental, pero no son eficaces ni, por tanto, aplicables hasta que no reciben la autorización judicial, de acuerdo con la norma legal cuestionada. Ello supone, asimismo, un menoscabo cierto para el principio constitucional de eficacia al que está sujeto la actuación de las administraciones públicas (art. 103.1 CE) y por ende su potestad reglamentaria, en forma de ejecutoriedad, pues la exigencia de autorización judicial dificulta y demora la aplicación de unas medidas orientadas a la protección de la salud pública que se pretenden urgentes y que por tanto requieren una aplicación inmediata. Se añade a lo anterior que, mientras que las normas reglamentarias solo precisan de la publicación en el correspondiente diario oficial para su vigencia y eficacia, las resoluciones de los tribunales de justicia que, conforme al precepto cuestionado, autorizan unas determinadas medidas generales sanitarias, en todo o en parte, no son objeto de publicación oficial, con el consiguiente menoscabo a su vez de los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica consagrados por el art. 9.3 CE.

Por otra parte, continúa afirmando que

la atribución efectuada por la Ley 3/2020 a los tribunales de justicia del orden contencioso-administrativo para que autoricen medidas sanitarias de alcance general que limitan o restringen derechos fundamentales (art. 10.8 LJCA) excede de los márgenes previstos por el art. 117.4 CE... [pues]... La atribución de otras funciones que la ley les pueda atribuir en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE) ha de respetar los límites ínsitos en el principio de separación de poderes y no debe permitir, en ningún

caso, que por motivo del ejercicio de esa garantía de derechos, «la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas». (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 2)

«La ‘garantía de cualquier derecho’ a la que se refiere el art. 117.4 CE a fin de permitir, por excepción, la asignación por ley de funciones no jurisdiccionales a los juzgados y tribunales, es un remedio estricto, individualizado o concreto, muy distinto de la intervención judicial ex ante prevista en el precepto cuestionado, que tiene carácter de control de legalidad preventivo y abstracto de una disposición general», tal como confirman las SSTs 719/2021, de 24 de mayo, y 1092/2021, de 26 de julio.

Además,

esa eventual autorización judicial «no excluye la posibilidad de que cualquier persona que ostente un interés legítimo pueda después impugnar las medidas sanitarias judicialmente ratificadas mediante el recurso contencioso-administrativo. En otras palabras, el control judicial preventivo no es un examen exhaustivo de la legalidad de la actuación, ni por supuesto cercena el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier persona afectada por las medidas ratificadas» [STS n.º 788/2021, de 3 de junio, FD 5].

Por lo tanto, continúa la STC señalando que

... es notorio que, al establecer el precepto cuestionado un control jurisdiccional ex ante y abstracto, esa previsión legal no puede encontrar acomodo en el art. 117.4 CE [...] Lo que prevé la norma legal cuestionada es un control jurisdiccional preventivo (limitado esencialmente a verificar la proporcionalidad de las medidas generales en materia sanitaria), que se erige en condición de eficacia de la disposición reglamentaria urgente de que se trate, despojando así al poder ejecutivo de su potestad reglamentaria y convirtiendo a los tribunales de justicia en copartícipes de esa potestad, en contravención de las previsiones contenidas en los arts. 97, 106.1 y 117 CE. Por lo demás, de la conjunción de estos preceptos constitucionales se infiere que el constituyente se ha decantado por un sistema en el que el control judicial de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo ha de producirse ex post. El control preventivo, ex ante, que establece la norma cuestionada, quebranta ese mandato constitucional, sin que la posibilidad de un posterior recurso contencioso-administrativo por parte de cualquier legitimado contra las medidas previamente autorizadas (o contra los actos que las apliquen), desvirtúe esa conclusión. Ese eventual control judicial a posteriori se verá inevitablemente condicionado, en buena parte, por lo resuelto en el control preventivo que autorizó las medidas sanitarias (en cuanto a la existencia de habilitación legal para acordar las medidas, la competencia de la administración que las ha dictado y la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas).

En suma, la STC (FJ n.º 7) considera que la autorización judicial de las medidas sanitarias de alcance general prevista en el art. 10.8 LJCA no tiene respaldo en ninguna ley sustantiva y provoca una reprochable confusión entre las funciones propias del Poder Ejecutivo y las de los Tribunales de Justicia, que menoscaba tanto la potestad reglamentaria como la independencia y reserva de jurisdicción del Poder Judicial,

contradiendo así el principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1, 97, 106.1 y 117 CE). Por otra parte, añade el Tribunal Constitucional, esa inconstitucional mezcla de potestades diversas quebranta asimismo el principio de eficacia de la actuación administrativa (previsto en el art. 103-1.º-CE), limita o dificulta igualmente la exigencia de responsabilidades políticas y jurídicas al Poder Ejecutivo en relación con sus disposiciones sanitarias generales para la protección de la salud pública, en detrimento del principio de responsabilidad de los poderes públicos, y quiebra, asimismo, los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica (previstos en el art. 9-3.º-CE), ya que las resoluciones judiciales que autorizan, en todo o en parte, las disposiciones generales en materia sanitaria no son publicadas en el diario oficial correspondiente, lo que dificulta el conocimiento por parte de los destinatarios de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales a las que quedan sujetos como consecuencia de la autorización judicial de esos reglamentos sanitarios de necesidad.

De acuerdo con la impecable argumentación anterior, la STC (FJ n.º 7, último párrafo) concluye que

[l]a inconstitucionalidad del art. 10.8 LJCA, en la redacción introducida por la Ley 3/2020, resulta, en último término, de la innegable confusión que ocasiona de las funciones ejecutiva y judicial, menoscabando la potestad reglamentaria que al poder ejecutivo corresponde, al tiempo que compromete la independencia del poder judicial, como ha quedado razonado. Consecuentemente, el art. 10.8 LJCA, redactado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, debe ser declarado inconstitucional y nulo.

Establecida la inconstitucionalidad del art. 10-8.º-LJCA, la STC (FJ n.º 8), de acuerdo con el art. 39-1.º-LOT, declara asimismo la inconstitucionalidad y nulidad del art. 11-1.º, i-LJCA, incorporado por la misma Ley 3/2020, que asignó a la Audiencia Nacional la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes, que limiten o restringen derechos fundamentales con alcance general, cuando procedan de la autoridad sanitaria estatal, ya que las medidas en este caso son idénticas al anterior, cuya inconstitucionalidad ya ha establecido el Tribunal Constitucional, siendo la única diferencia entre ambos preceptos el ámbito de competencia de las autoridades sanitarias que aprueban las medidas sometidas a intervención judicial. Además, la inconstitucionalidad ha de extenderse a la mención a los arts. 10-8.º y 11-1.º, i), en el art. 122 *quater*-LJCA.

Conforme con la correcta argumentación anterior, la STC procede a

declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los artículos 1 O. 8 y 11.1.i) y del inciso '10. 8 y 11.1.i)' del art. 122 *quater*, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda 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.

La Sentencia cuenta con un voto particular en el que cuatro magistrados argumentan que la atribución a jueces y tribunales de la función de aprobación de medidas de policía sanitaria de alcance general tiene expresa cobertura constitucional en el art. 117.4 CE, no afecta a la separación de poderes, ni a la independencia judicial, ni a la eficacia de potestad reglamentaria.

Debe tenerse en cuenta, como ya hemos señalado, que este sistema de intervención judicial fue modificado, previendo la intervención del Tribunal Supremo, por el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo (BOE del 5), que asimismo se recurrió ante el Tribunal Constitucional. Sin obviamente poder predecir el fallo, no obstante, dada la impecable doctrina de esta STC 70/2022, de 2 de junio, es probable que parte de la argumentación del Tribunal pueda extenderse al nuevo asunto, y ser así también declarada inconstitucional la nueva reforma.

Ciertamente, las declaraciones de inconstitucionalidad del sistema de autorización o ratificación de las medidas sanitarias, del mal llamado «proceso de cogobernanza» y de la prórroga del estado de alarma de octubre de 2020, del cierre del Congreso de los Diputados (en este caso se reconoce el cercenamiento de derechos de los diputados en amparo) y de la prohibición de la libertad de circulación derivada del confinamiento general declarado en el estado de alarma de marzo de 2020 tienen una trascendencia fundamental, pues suponen una desautorización, en toda regla, por el Tribunal Constitucional de los estados de alarma y de las medidas más importantes adoptadas en la lucha contra la epidemia por el Gobierno de la Nación desde el punto de vista jurídico-constitucional y administrativo; y ello sin perjuicio de que se sustancien o no procedimientos y procesos de exigencia de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, esta cuádruple descalificación constitucional de los estados de alarma y de otras actuaciones jurídicas y medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19 no ha traído consigo asunción de responsabilidad política alguna ni la intención del Gobierno de la Nación de elaborar una legislación contra las epidemias, nueva o modificando la legislación actual [ver ÁLVAREZ GARCÍA, V. 2022: «Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a las futuras pandemias». *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, 2022, 59, 30 pp.], para dar seguridad jurídica a las actuaciones que, por desgracia, tengan que adoptarse, si en su caso fueran necesarias.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Salamanca  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)