

# AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS SANITARIAS GENERALES, DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEPARACIÓN DE PODERES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 70/2022, DE 2 DE JUNIO

JUDICIAL AUTHORISATION OR RATIFICATION OF GENERAL HEALTH MEASURES, FUNDAMENTAL RIGHTS AND SEPARATION OF POWERS: COMMENT ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT 70/2022, OF 2 JUNE

Beñat Maiz Lourido

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Nola aipatu: Maiz Lourido, B. (2023). Autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias generales, derechos fundamentales y separación de poderes: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 4 <https://doi.org/10.47984/legal.2023.002>



## RESUMEN

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional analiza la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre el procedimiento de autorización o ratificación judicial a la que se sometían las medidas generales restrictivas o limitativas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades autonómicas con base en la legislación sanitaria. Resultan relevantes los argumentos del alto intérprete constitucional relativos al principio de sepa-

ración de poderes, la reserva de jurisdicción e independencia del Poder Judicial y la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, de especial interés en el marco de la gestión de la pandemia ocasionada por la COVID-19.

## PALABRAS CLAVE

Autorización o ratificación judicial, derechos fundamentales, separación de poderes, independencia judicial, potestad reglamentaria.

## LABURPENA

Epai horretan, Konstituzio Auzitegiak aztertzen du Aragoiko Justizia Auzitegi Nagusiak planteatutako konstituzio-kontraktasuneko arazoa, osasun-legerian oinarrituta agintari autonomikoei hartutako neurri orokor murriztaile edo mugatzaileak baimentzeko edo berresteko prozedura judizialari buruzkoa. Garrantzitsuak dira hemen goi-interprete konstituzionalak emandako argudioak botere-banaketaren printzipioari, botere judizialaren independentziaren eta jurisdikzio-erreserbaren printzipioari eta botere betearazlearen ahalmen erregelamendugileari buruz, interes berezikoak COVID-19aren pandemiaren kudeaketaren esparruan.

## GAKO-HITZAK

Baimen edo berrespen judiziala, oinarritzko eskubideak, botere-banaketa, independentzia judiziala, ahalmen erregelamendugilea.

## ABSTRACT

In this ruling, the Constitutional Court analyses the question of unconstitutionality raised by the High Court of Justice of Aragon on the procedure of judicial authorisation or ratification to which general restrictive measures adopted by the autonomous authorities on the basis of health legislation were subject. The High Court's arguments are relevant regarding the principle of the separation of powers, the reserve of jurisdiction and independence of the judicial power and the regulatory power of the executive branch, of particular interest in the management of the COVID-19 pandemic.

## KEYWORDS

Judicial authorization or ratification, fundamental rights, separation of powers, judicial independence, regulatory power.

---

## SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.
- II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.
- III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO.
- IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES CON ESPECIAL ATENCIÓN AL PODER JUDICIAL.
- V. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL FORTALECIMIENTO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL Y EL DEBILITAMIENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL CENTRO DEL DEBATE.
- VI. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL.  
*BIBLIOGRAFÍA.*

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Las páginas de la historia demuestran la tendencia a la concentración del poder que han tenido desde tiempos inmemoriales las organizaciones políticas en cualquier estructura de gobierno (Jiménez Asensio, 2016: 15). Frente a este diagnóstico, la separación de poderes se erigió en uno de los principios tradicionales sobre los que se ha asentado la construcción del Estado constitucional. Así, la filosofía política, a través del papel destacado de Montesquieu, configuró un modelo institucional basado en un sistema de límites y de balances de poderes con la finalidad de impedir dicha concentración. Una doctrina que quedó plasmada en la conocida obra *Del espíritu de las leyes* (Montesquieu, 1985) y que acabó encontrando acomodo en el constitucionalismo liberal del siglo XVIII.

Sentado lo anterior, podemos afirmar que la separación de poderes, el control de las instituciones y, en definitiva, los frenos a los que está sometido el poder público siguen ocupando un espacio central en la arquitectura institucional. En tal sentido, resulta de especial interés para estas líneas identificar los riesgos que puede comportar la adopción de medidas de excepción, especialmente en algunos pilares del Estado de derecho, como la división de poderes y las garantías de derechos (Carrillo, 2020: 62). Esta afirmación cobra suma relevancia en situaciones de excepcionalidad sanitaria, cuando la Administración queda habilitada para adoptar medidas que no se contemplan en ningún otro sector del ordenamiento jurídico (Cierco, 2005: 213).

Así quedó demostrado precisamente por la pandemia originada en una ciudad sita en el Lejano Oriente. Un señalado contexto donde las autoridades sanitarias, ante la necesidad de contener la expansión de la covid-19, adoptaron una serie de medidas de carácter urgente que, con base en la legislación sanitaria, restringían o limitaban derechos fundamentales a la generalidad de la ciudadanía. Ciertamente, el impacto causado por aquellas fue capaz de someter a debate principios que se presumían asentados, de manera especial a las instituciones jurídicas que garantizan el mantenimiento y la defensa de los derechos fundamentales (Lasagabaster, 2020: 129), y acabó, por extensión, poniendo a prueba las costuras de los sistemas democráticos (López Basaguren, 2022: 398).

En lo que aquí interesa destacar, la búsqueda de una respuesta jurídica adecuada y proporcionada a la crisis sanitaria desencadenó una coyuntura de enfrentamiento y debate entre la comunidad jurídica que pronto se extendió a los tribunales. En tan especial circunstancia, el Gobierno de España decidió aprobar una sucesión de modificaciones legislativas procesales que acabaron adquiriendo una especial notoriedad al causar uno de los conflictos más relevantes en la gestión de la pandemia. Advertida su posible inconstitucionalidad, y atendiendo a tal pretensión, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia que las páginas que siguen tienen por finalidad comentar.

## II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En una primera aproximación, conviene advertir que el procedimiento de autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias es un procedimiento anterior a la pandemia de la covid-19. En ese sentido, el art. 8.6 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), atribuía a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar o ratificar las medidas que las autoridades sanitarias considerasen necesario adoptar para la protección de la salud pública, en las que los destinatarios estuvieran identificados individualmente<sup>1</sup>.

Sin embargo, el Gobierno de España, a causa de las dificultades ocasionadas en la gestión de la pandemia, decidió modificar dicho precepto a través de la disposición final segunda de la Ley 3/2020<sup>2</sup>, quedando redactado el nuevo procedimiento en el art. 10.8 LJCA de la siguiente manera:

Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

[...]

8. Conocerán 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.

Con esta reforma, el Ejecutivo central amplió el control judicial a las medidas sanitarias “no identificadas individualmente”, y en un intento de unificar el criterio judicial, redistribuyó la competencia para autorizar o ratificar judicialmente las medidas en función de la autoridad que las adoptaba (Ridao, 2021: 124)<sup>3</sup>.

Una vez entrado en vigor, el Gobierno de Aragón quiso limitar, en octubre de 2020, la movilidad en el municipio La Almunia de Doña Godina con la finalidad de contener un nuevo rebrote del virus. Así, en virtud del art. 10.8 LJCA, la Consejería de Salud del Gobierno de Aragón solicitó la autorización de una orden al Tribunal Superior de Justi-

---

1 Este precepto fue modificado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En concreto, el artículo decía así:

“6. Corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo 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 protección de la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a varios particulares concretos e identificados de manera individualizada”.

2 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.

3 En ese sentido, el art. 11.1.i LJCA atribuía la competencia para acodar la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias estatales a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a diferencia del procedimiento del art. 10.8 LJCA, reservado para las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas y los TSJ.

cia de Aragón, que fue finalmente denegada<sup>4</sup>. A raíz de este asunto, el Tribunal decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo en cuestión<sup>5</sup>.

En concreto, alegaba que dicha disposición vulneraba los artículos constitucionales que se exponen a continuación (FJ 1):

1. Vulneración del artículo 103 de la Constitución, en concreto, por lesionar los principios de legalidad y eficacia.
2. Vulneración del artículo 106 de la Constitución, en relación con la potestad reglamentaria y legislativa de la actuación administrativa.
3. Vulneración del artículo 117, apartados 3 y 4, de la Constitución, por atribuir una decisión que excede de las potestades que la Constitución reconoce al poder judicial, incluidas las que le pudiesen ser atribuidas en garantía de cualquier derecho.

Como se deduce de esta exposición, el eje central de la cuestión de inconstitucionalidad planteada se centraba, en concreto, en la vulneración de preceptos constitucionales en torno a la separación de poderes y la reserva de jurisdicción e independencia del Poder Judicial, en conexión con las funciones que pueden ejercer los juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho.

Con la finalidad de identificar correctamente el problema que se nos plantea en este asunto, consideramos necesario examinar, en primer lugar, los antecedentes de la disposición legal cuestionada y el contexto que motivó su modificación, para después entrar en el análisis concreto de la cuestión de inconstitucionalidad.

### III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Como ya se ha recordado, en el marco de la pandemia ocasionada por la covid-19, los Gobiernos autonómicos aprobaron una serie de medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales con base en la legislación sanitaria con la finalidad de pro-

---

4 En ese caso, la Consejería de Salud del Gobierno de Aragón solicitó la autorización judicial de la Orden de 7 de octubre de 2020, que pretendía restringir la libre entrada y salida de los residentes del término municipal de La Almunia de Doña Godina. Sin embargo, dicha autorización fue denegada (véase ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020). Frente a esta decisión, el Gobierno de Aragón decidió interponer un recurso de reposición, donde el TSJ de Aragón planteó por vez primera un potencial vicio de inconstitucionalidad del art. 10.8 LJCA (véase Auto de Procedimiento ordinario 332/2020 del TSJ de Aragón, de 4 de noviembre, FJ 5).

5 Sobre este extremo, podemos destacar el papel que mantuvo el TSJ de Aragón en la gestión de la pandemia de covid-19. Además de plantear otras cuestiones de inconstitucionalidad, conviene recordar que fue este Tribunal el que advirtió en abril de 2020, estando en vigor el primer estado de alarma, que la suspensión de derechos fundamentales requería la declaración de un estado de excepción (véase STSJ de Aragón 151/2020, FJ 3). Esta fue precisamente la línea argumental que siguió el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del primer estado de alarma, cuando afirmó que “la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un estado de excepción” (STC 148/2021, FJ 11).

teger la salud pública. En ese sentido, podemos afirmar que las primeras medidas sanitarias generales fueron ratificadas sin mayor dificultad en virtud del procedimiento judicial establecido en el art. 8.6 LJCA<sup>6</sup>.

Sin embargo, una vez concluido el primer estado de alarma y establecido el marco de cogobernanza en junio de 2020, surgieron una serie de brotes de contagio, por lo que los Gobiernos autonómicos procedieron a adoptar nuevas medidas restrictivas. El punto de inflexión llegó cuando, a raíz de algunos recursos interpuestos, los tribunales superiores de justicia comenzaron a suspender la ejecución de órdenes que ya habían sido dictadas por las consejerías de Salud, dejando sin efecto medidas que ya habían entrado en vigor<sup>7</sup>. Ello causó, en lógica consecuencia, una disparidad de medidas adoptadas entre comunidades autónomas y una manifiesta inseguridad jurídica entre la población. Fue esa situación la que orientó precisamente al Gobierno de España a modificar el procedimiento en cuestión.

Así, mientras que el procedimiento contenido en el art. 8.6 LJCA era considerado una *garantía esencial* de derechos (Cierco, 2005: 219) que encontraba acomodo en el art. 117.4 de la Constitución<sup>8</sup>, el procedimiento del nuevo art. 10.8 LJCA causó críticas doctrinales generalizadas<sup>9</sup>. Entre aquellas se pueden destacar, a título de ejemplo, las que consideraban que, al tratarse de una autorización dirigida a la generalidad de la ciudadanía y no a ciudadanos y ciudadanas identificados individualmente, el procedimiento en cuestión podría alterar, entre otros, el principio de separación de

6 Conviene recordar que el primer brote de coronavirus en España fue detectado por el Servicio Canario de Salud en un hotel en la isla de Adeje (Tenerife). En consecuencia, la Consejería de Salud de la comunidad autónoma de Canarias aprobó la Orden de 24 de febrero de 2020, por la que se establecía la permanencia en el hotel de todos los huéspedes hasta que fuesen atendidos por el personal sanitario. Dicha norma fue la primera en someterse a ratificación judicial en la pandemia de covid-19 en virtud del art. 8.6 LJCA, ratificada finalmente mediante el Auto del 25 de febrero de 2020 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Arona.

La misma línea siguió la resolución conjunta aprobada por las consejerías de Sanidad y del Interior del Gobierno de Cataluña en marzo de 2020. En concreto, la orden pretendía restringir la movilidad en las localidades de Igualada, Santa Margarida de Montbui, Odena y Vilanova del Camí. Fue ratificada en virtud del art. 8.6 LJCA mediante Auto 70/2020, de 13 de marzo, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Barcelona. Así lo destaca I. Lasagabaster Herrarte (2020: 133).

En el mismo orden, resta por señalar que este fue también el recorrido que siguieron las medidas adoptadas por el Gobierno de Aragón. En tal sentido, J. C. Tejedor Bielsa (2022: 3) destaca que las órdenes de la Consejería de Salud del 13 y 14 de marzo fueron ratificadas mediante los autos de 13 de marzo de 2020 del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Zaragoza y de 16 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Zaragoza, respectivamente.

7 Se pueden destacar, de manera especial, las resoluciones judiciales dictadas por los TSJ del País Vasco y de Aragón. En referencia al primero, la Consejería de Salud del Gobierno Vasco dictó la Orden de 28 de julio de 2020, que declaraba, entre otras medidas, el cierre del ocio nocturno. A raíz de un recurso interpuesto por las asociaciones de hostelería, el TSJ del País Vasco ordenó suspender la ejecutividad de unos apartados de dicha orden (véase el ATSJ del País Vasco de 14 de agosto de 2020). Así quedó suspendida, por primera vez en la pandemia, una medida de prevención que ya había entrado en vigor. En la misma línea, unas semanas antes de la aprobación de la Ley 3/2020, el TSJ de Aragón suspendió la eficacia de las medidas contenidas en la Orden SAN/841/2020, de 9 de septiembre, dictada por la Consejería de Salud del Gobierno de Aragón, en lo relativo a la distancia de seguridad y el uso de las mascarillas (véase ATSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2020).

8 Conviene destacar, sin embargo, que también hubo voces discrepantes al respecto. En ese sentido, la confusa aplicación del art. 8.6 LJCA y del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 fue advertida, entre otros, por C. Cierco Seira (2005: 220) y L. Salameo Teixidó (2016: 69-73).

9 Véanse, en ese sentido, las críticas aportadas por A. J. Alonso Timón (2021: 259-291), J. Esteve Pardo (2020), J. C. Tejedor Bielsa (2022: 6) y P. Crespo Barquero (2021: 76-90). Ciertamente, J. Ridao (2021: 124) llegó a advertir sobre una posible inconstitucionalidad del nuevo precepto.

poderes y la reserva de jurisdicción, y, por ende, condicionar la independencia del Poder Judicial<sup>10</sup>.

En octubre de 2020, una vez entrado en vigor el nuevo art. 10.8 LJCA, los Gobiernos autonómicos sometieron las medidas sanitarias generales a autorización de los tribunales superiores de justicia. A pesar de que la mayoría optó por autorizar las pretensiones autonómicas, es sabido que no fue el caso de todos los tribunales<sup>11</sup>. En consecuencia, la disparidad de criterios judiciales concluyó con la declaración de otro estado de alarma que tenía por finalidad dotar de cobertura jurídica a las pretensiones denegadas y poder adoptar, así, las mismas medidas en todo el territorio estatal<sup>12</sup>.

#### IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES CON ESPECIAL ATENCIÓN AL PODER JUDICIAL

La principal cuestión que se suscita en esta sentencia plantea no pocas cuestiones relevantes en torno al principio de separación de poderes, y, de manera especial, a las funciones que la Constitución atribuye al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo. Resulta, así, de especial interés esclarecer las cuestiones más importantes planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en esta cuestión de inconstitucionalidad.

En una primera aproximación, y con una mirada puesta en la jurisprudencia constitucional sentada, el Tribunal expone con carácter general la posición que ocupa el principio de separación de poderes en la organización constitucional. En ese cometido, cobran suma relevancia las sentencias que en reiteradas ocasiones han calificado este principio como “*esencial* en todo Estado social y democrático de derecho”<sup>13</sup>, reconociendo la conocida división tripartida del poder que hunde sus raíces en la Constitución de Cádiz de 1812 (STC 37/2012, FF. JJ. 4 y 5).

10 Esta fue la tesis defendida por S. Muñoz Machado (2020). Con base en lo afirmado, no correspondía a los jueces establecer ni contribuir al establecimiento de las reglas, alterando o condicionando las potestades normativas y ejecutivas por las que se ordenaban las restricciones. En definitiva, que los jueces y tribunales no estaban constitucionalmente llamados a participar en la aprobación de las normas. Véase, en ese sentido, la aportación de P. L. Murillo de la Cueva (2021: 115-116).

11 En virtud del nuevo art. 10.8 LJCA, el TSJ de la Comunidad de Madrid no autorizó la restricción o limitación de movilidad que quería adoptar la Consejería de Sanidad para unos municipios concretos mediante la Orden 1273/2020, de 1 de octubre (véase ATSJ de la Comunidad de Madrid 128/2020, de 8 de octubre). En consecuencia, el Gobierno de España decretó un estado de alarma mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, exclusivamente para los municipios de Alcalá de Henares, Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz. Unos días después, el 22 de octubre de 2020, el Gobierno Vasco solicitó, también con base en el art. 10.8 LJCA, la autorización judicial de una futura orden que pretendía restringir a seis el número de personas en espacios públicos, pero el TSJ del País Vasco tampoco autorizó la medida (véase ATSJ del País Vasco 32/2020, de 22 de octubre).

12 Véase el Real Decreto 926/2020, de 26 de octubre.

13 Así lo ha reconocido en las SSTC 108/1986, FJ 6; 166/1986, FJ 11; 123/2001, FJ 11; 38/2003, FJ 8; 231/2015, FJ 4; 33/2019, FJ 3; 149/2020, FJ 4; 34/2021, FJ 3; 48/2001, FJ 4, y 124/2018, FJ 6.

Sentado lo anterior, el Tribunal advierte, en lo que respecta a la Constitución de 1978, que el texto no enuncia este principio de manera expresa en ninguno de sus preceptos, sino que ha optado por dispersarlo de manera transversal a través de los arts. 66.2, 97, 106.1 y 117.3 de la Constitución, donde reconoce y atribuye unas potestades a cada uno de los poderes, respectivamente.

En atención al caso que nos ocupa, el Tribunal considera necesario atender a las funciones constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial. En ese sentido, comienza señalando que es el único poder al que alude expresamente la Constitución en el art. 117, donde delimita, en el primer apartado, la función del Poder Judicial en “ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado”. Ciertamente, es una atribución que con carácter previo introduce la línea argumental que viene a desarrollar el Alto Tribunal en lo que sigue.

Atribuidas las funciones, centramos nuestra atención en el análisis de los apartados 3 y 4 del art. 117 de la Constitución, al ser uno de los ejes sobre los que se asienta la cuestión de inconstitucionalidad. A este respecto, el Tribunal señala que es en estos apartados donde la Constitución delimita la función del poder en cuestión, impidiendo que ningún otro poder ejerza esa potestad mediante el principio de exclusividad jurisdiccional a través del art. 117.3 de la Constitución. En la misma línea, advierte que el art. 117.4 de la Constitución matiza las funciones atribuidas en los apartados anteriores, para que se les reconozcan, además, “las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. Sobre este último extremo, la jurisprudencia constitucional ya expresó que se trataba de una disposición “que tiende a garantizar la separación de poderes” (STC 108/1986, FJ 6).

Al hilo de este planteamiento, es interesante traer a colación la interpretación que hace el Tribunal al reconocer que la Constitución, lejos de configurar un sistema rígido de separación de poderes, admite una *flexibilización* (FJ 5) de esa división con la finalidad de “evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de los poderes en las funciones de otro” (SSTC 166/1986, FJ 11; 191/2016, FJ 6, y 124/2018, FJ 6). Establece de esta manera un sistema de relación de poderes entre órganos constitucionales dotados de competencias propias (SSTC 45/1968, FJ 4, y 234/2000, FJ 4).

Ahora bien, una vez afirmado lo anterior, el Tribunal advierte de que, a pesar de que el art. 149.1.5.º de la Constitución reconozca al legislador estatal la potestad de atribuir funciones distintas a la jurisdiccional a jueces y magistrados, incide en que se deben respetar las funciones atribuidas constitucionalmente a todos los poderes. Ello se traduce, con especial atención a las potestades atribuidas al Poder Judicial, en que la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional no queden moscabadas (STC 150/1998, FJ 2). En definitiva, el legislador no puede obviar las potestades constitucionalmente atribuidas a los demás poderes del Estado, excluyendo de esta manera una interpretación extensiva del art. 117.4 de la Constitución, argumentando que ello conllevaría una *desnaturalización* del Poder Judicial (FJ 6).



## V. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL FORTALECIMIENTO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL Y EL DEBILITAMIENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL CENTRO DEL DEBATE

Expuestas las consideraciones del Tribunal Constitucional en los párrafos que han precedido, el voto mayoritario en el que se funda la sentencia concluye (FJ 7) que el cuestionado art. 10.8 LJCA supone una vulneración de los preceptos constitucionales alegados. En lo que sigue, podemos identificar que la argumentación que sustenta el fallo de la sentencia está basada en unos ejes fundamentales, entre los que ocupa, como se ha venido indicando, una especial relevancia la vulneración del principio de separación de poderes.

Fijando la mirada en los argumentos esgrimidos sobre los arts. 106.1 y 117 de la Constitución, el Tribunal aprecia, en primer lugar, que la autorización judicial contenida en el art. 10.8 LJCA atribuye a los tribunales superiores de justicia una competencia que excede de las potestades constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial. En tal sentido, destaca que la garantía de cualquier derecho, en clara referencia al contenido del art. 117.4 de la Constitución, “no puede justificar la atribución a los tribunales del orden contencioso-administrativo de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional”.

En esa línea, el Tribunal señala que la autorización judicial de las medidas de alcance general prevista en el cuestionado artículo provoca “una reprochable confusión entre las funciones propias del poder ejecutivo y de los tribunales de justicia”. Dicho esto, afirma que la vulneración del principio de separación de poderes queda menoscabada en lo que se refiere a las potestades que reconoce y atribuye el art. 117 de la Constitución al Poder Judicial, así como a la potestad reglamentaria que atribuye la Constitución al Poder Ejecutivo en el art. 97 “de forma exclusiva y excluyente”.

Sobre este extremo, continúa afirmando que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo no puede estar “sujeta a permiso o autorización de otro poder, pues en tal caso dejaría de ser una potestad constitucional exclusiva, al no poder desplegar los efectos por sí misma”. En consecuencia, aprecia que el procedimiento cuestionado “determina una inconstitucional conmixtión entre la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional”. Es interesante atender, en ese sentido, a los términos utilizados por el Tribunal, cuando afirma que la autorización de medidas convierte al Poder Judicial en *corresponsable*, *copartícipe* o *cogobernante* que ejerce unas potestades políticas reservadas constitucionalmente al Poder Ejecutivo, comprometiendo no solo la reserva de jurisdicción, sino también, por extensión, la independencia del Poder Judicial. Así perfilado, reconoce que a los juzgados y tribunales les corresponde una función revisora de control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, debiendo ejercer dicho control, en todo caso, “*a priori* y no *a posteriori*”.

Al hilo de esta interpretación, el Tribunal señala que, con base en el procedimiento cuestionado, las medidas sanitarias generales aprobadas mediante una norma con rango reglamentario no serían válidas desde su aprobación, es decir, que no serían eficaces hasta que reciben la cuestionada autorización judicial. En esa línea, aprecia, además de la vulneración ya señalada, un menoscabo también para el principio de eficacia al que está sujeta la actuación de las Administraciones públicas, así como para los principios de publicidad de las normas y de seguridad consagrados en los arts. 103.1 y 9.3 de la Constitución, respectivamente.

En atención a lo expuesto, el Tribunal finaliza declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la disposición legal cuestionada<sup>14</sup>.

En una línea diferente a la marcada por el voto mayoritario, consideramos necesario hacer una mención especial al voto particular formulado a la sentencia (en concreto, por los magistrados y magistradas Conde-Pumpido, Balaguer Callejón, Sáez Valcárcel y Montalbán Huertas) atendiendo a otra lectura jurídica aportada sobre estos preceptos constitucionales.

En breve, podemos afirmar que son varias las razones por las que no comparten el fallo de la sentencia, entre las que cabe destacar la interpretación del contenido y alcance del art. 117.4 de la Constitución. En ese sentido, los magistrados que suscriben el voto particular interpretan que el precepto constitucional mencionado habilita al legislador para atribuir unas funciones mediante ley y en garantía de derechos. Así, a diferencia de lo que sostiene la sentencia, el art. 10.8 LJCA encontraría acomodo en este precepto, cumpliendo una función *connatural* en el sistema. Partiendo de esta consideración inicial, el procedimiento cuestionando no menoscabaría los demás preceptos que la sentencia considera vulnerados.

Entre los argumentos esgrimidos en los que se funda el voto particular, es relevante destacar que la interpretación se enmarca en el contexto de excepcionalidad que supuso la pandemia de covid-19, destacando la necesidad de atribuir una función que el voto particular describe como *revisora* de la actuación del Poder Ejecutivo, adoptada con la finalidad de evitar la entrada en vigor de aquellas medidas que pudieran ser restrictivas de derechos y que resultasen antijurídicas.

En la misma línea que el voto mayoritario, admite que dicha atribución queda limitada por la Constitución. Ahora bien, advierte que es el propio Tribunal el que sostiene que el principio de separación de poderes se caracteriza precisamente por su *flexibilidad* (FJ 5), y que, lejos de hacer una lectura rígida de este principio, considera que pueden ser admitidas algunas *modulaciones* “ponderando el impacto que ello pueda tener sobre otras exigencias de rango constitucional”, en este caso concreto, la exigencia que requiere como bien jurídico la protección de la salud pública en situaciones de pandemia.

---

14 De la misma manera declarara inconstitucional y nulo por conexión o consecuencia el art. 11.1.1 LJCA.

Siguiendo la misma lógica, discrepa, asimismo, sobre la vulneración que pudiera conllevar el procedimiento de autorización judicial a la independencia y la exclusividad de la función jurisdiccional. No aprecia, en ese sentido, una *coparticipación* entre los dos poderes, ya que, con base en esta interpretación minoritaria, el procedimiento cuestionado se limitaría a asignar una función a los jueces y tribunales, que verifican el correcto ejercicio de la potestad ejecutiva o reglamentaria mediante un control de legalidad que denomina *negativo*. Un control que se limita exclusivamente a autorizar o ratificar las medidas sometidas al procedimiento sin quedar habilitado para poder innovarlas. En línea con esta interpretación, tampoco aprecia una vulneración de los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica.

Además de lo señalado, tiene especial interés atender a una apreciación omitida por la valoración que realiza el voto mayoritario en lo relativo a la naturaleza jurídica de las normas que se someten a este procedimiento. Sobre este extremo, el voto particular sugiere que dichas normas podrían aprobarse bajo la forma de actos administrativos plúrimos, pudiendo desvirtuar uno de los argumentos principales sobre los que se asienta el fallo de la sentencia<sup>15</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, los magistrados que suscriben el voto particular no aprecian una vulneración de los preceptos alegados por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

## VII. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL

Esta sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta es de especial interés por la luz que viene a arrojar sobre una de las cuestiones más debatidas entre la comunidad jurídica en la gestión de la pandemia de covid-19. En ese cometido, podemos observar que el Tribunal refuerza, a nuestro juicio, la línea jurisprudencial recorrida en sentencias anteriores<sup>16</sup>, volviéndose a alinear una vez más con la lectura jurídica que aportó el Tribunal Superior de Justicia de Aragón a la emergencia sanitaria.

En ese recorrido, podemos identificar una línea de razonamiento que encontró sus sombras esta vez en el principio constitucional de separación de poderes. Ello nos obliga, en consecuencia, a detener nuestra atención sobre el contenido y el alcance del art. 117.4 de la Constitución, y, en especial, en los argumentos esgrimidos por el voto particular. Con base en este extremo, la autorización judicial vendría a suponer una atribución a los juzgados y tribunales en garantía de derechos, tal y como se admitía en

15 Sobre la naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente a la covid-19, véase P. Crespo Barquero (2021: 68).

16 En el momento de escribir estas líneas, las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional que resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra respuestas jurídicas articuladas a la pandemia de la covid-19 por el Gobierno central han sido las SSTC 148/2021 y 183/2021. Para profundizar en ellas, véase J. A. Blasco Altuna y B. Pérez de Eulate González (2022).

el procedimiento contenido en el art. 8.6 LJCA, que posibilitó sin mayor dificultad la ratificación de medidas restrictivas adoptadas por las comunidades autónomas en las primeras olas de contagio de la pandemia.

En tal sentido, podemos entender, en una primera valoración, que aquella modificación legislativa procesal pudo ser una reacción del legislador estatal requerida por una situación de extraordinaria y urgente necesidad. La misma podría justificarse, asimismo, por haber sido adoptada con el fin de proteger bienes jurídicos como la salud pública y la vida, así como por contener un propósito garantista que no niega el voto mayoritario de la sentencia.

Con base en esta justificación, podemos extraer que el artículo sometido a esta cuestión de inconstitucionalidad se asentaba sobre tres ejes fundamentales. En primer lugar, pretendía evitar la inseguridad jurídica provocada por la suspensión de ejecutividad de algunas órdenes de las consejerías de Salud en verano de 2020. En segundo lugar, consideramos que podría haber sido un elemento idóneo para preservar la proporcionalidad de las medidas antes de su entrada en vigor. Sobre este extremo, podemos insistir en la discrecionalidad que la Administración dispone para adoptar tales medidas con base en la normativa en materia de salud pública (Cierco, 2005: 218). Asimismo, el artículo en cuestión asentaba la cogobernanza establecida entre el Gobierno central y las comunidades autónomas, tomando en consideración el solicitado marchamo autonómico tras la centralización competencial del primer estado de alarma, de marzo de 2020.

Sin embargo, observadas estas justificaciones, podemos traer a colación, como punto de inflexión, los argumentos extraídos de la sentencia en torno a la potestad reglamentaria que el art. 97 de la Constitución atribuye al Poder Ejecutivo “de manera exclusiva y excluyente”. En ese sentido, es necesario volver la mirada una vez más al voto particular emitido, donde afirma que la potestad reglamentaria no quedaría afectada debido a que los tribunales superiores de justicia no quedaban habilitados, en términos utilizados por el voto particular, para *innovar* las medidas, sin poder participar, en consecuencia, en la gestión de la pandemia como poder *cogobernante*.

En este orden de ideas, a la luz de la experiencia de la gestión de la covid-19, podemos concluir que, a pesar de no innovar en las medidas, los tribunales superiores de justicia pudieron llegar a condicionar, en cierta medida, la respuesta normativa que pretendían articular algunos Gobiernos autonómicos<sup>17</sup>. Ciertamente, pudimos apreciar, en relación con los juristas, cómo las desavenencias interpretativas contribuyeron a dibujar un complejo escenario para el derecho, en un ámbito donde el protagonismo debería haber estado reservado, *prima facie*, al científico y sanitario. Así perfilado, lejos

---

17 Las pretensiones de los Gobiernos autonómicos denegadas por los TSJ encontraron después acomodo en la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor del Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo. Véanse, en especial, las SSTS 719/2021 y 788/2021, dictadas tras los recursos de casación interpuestos por el Gobierno de Canarias y el Gobierno de Islas Baleares, respectivamente.

de dar solución a estas controversias jurídicas, el Gobierno central volvió a declarar un estado de alarma y a modificar la legislación procesal después.

Al hilo de estas reflexiones, y a pesar de no ser la discusión principal de estas líneas, nos llama especialmente la atención que, ante una crisis de naturaleza sanitaria, el legislador estatal optara por modificar la legislación procesal, a diferencia de las modificaciones legislativas en materia sanitaria que, en un análisis comparado, llevaron a cabo otros Estados miembros políticamente descentralizados<sup>18</sup>. En esa línea, tal y como señala Murillo de la Cueva (2021: 125), puede que la pandemia haya servido para evidenciar las carencias previas a la emergencia en cuestión. Una afirmación que engarza directamente con las palabras del Tribunal Constitucional al inicio de la pandemia, cuando reconoció que la situación revistió por sus efectos “dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981” (ATC 40/2020, FJ 4).

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos que es necesario, en línea argumental con lo afirmado por Blasco Altuna y Pérez de Eulate González (2022: 165), configurar un esquema eficiente para la adopción de medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales que vayan dirigidas a ciudadanos identificados individualmente. A pesar de que no parezca ocupar una posición de prioridad en la actividad del legislador estatal, sería necesario actualizar el marco jurídico para que contenga las garantías de derechos necesarias a la luz del Estado autonómico. Todo ello requeriría ser abordado en una línea diferente a la marcada por la gestión de la covid-19, con la finalidad de ofrecer otra respuesta a potenciales futuras crisis sanitarias.

En suma, estas deberían encontrar acomodo, más allá de las dificultades interpretativas, en el art. 117.4 de la Constitución, y respetar, asimismo, el principio de separación de poderes, elemento esencial de todo Estado social y democrático de derecho. ♦

---

18 En ese sentido, es interesante mencionar el análisis comparado de las respuestas jurídicas a la pandemia aportado por J. Ridao (2021: 86-97), donde se describen las respuestas jurídicas articuladas, entre otros, por Alemania, Austria, Dinamarca y Bélgica.

## BIBLIOGRAFÍA

Alonso Timón, A. J. (2022). La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021. *Revista de administración pública*, 216, 259-291. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.09>

Blasco Altuna, J. A. y Pérez de Eulate González, B. (2022). Aproximación al derecho de emergencia desde la jurisprudencia constitucional. *Legebiltzarreko aldizkaria -LEGAL- Revista del Parlamento Vasco*, 3, 138-165. <https://doi.org/10.47984/legal.2022.004>

Carrillo López, M. (2020). Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia. *Legebiltzarreko aldizkaria -LEGAL- Revista del Parlamento Vasco*, 1, 60-93. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.003>

Cierco Seira, C. (2005). Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población. *Derecho y salud*, 13(2), 211-256. Recuperado de <http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/2005-n2-est-03.pdf>

Crespo Barquero, P. (2021). La autorización o ratificación judicial de medidas urgentes en la pandemia de COVID-19. *Revista jurídica de Castilla y León*, 54, 45-103. Recuperado de <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1285055508526/Redaccion>

Esteve Pardo, J. (2020). La apelación a la ciencia en el Gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19. *Revista de derecho público: teoría y método*, 2, 35-50. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_2\\_2020\\_272](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_2_2020_272)

Jiménez Asensio, R. (2016). *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons.

Lasagabaster Herrarte, I. (2020). La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías. *Eunomía: revista en cultura de la legalidad*, 19, 127-153. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5706>

López Basaguren, A. (2022). La doctrina jurídica ante la pandemia de la Covid-19: una respuesta académica solvente a un reto extraordinario. *Revista española de derecho constitucional*, 124, 397-412. Recuperado de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-05/39726redc12414lopez-basaguren.pdf>

Montesquieu, C. (1985). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

Muñoz Machado, S. (2020-2021). El poder y la peste de 2020. *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, 90-91, 114-131.

Murillo de la Cueva, P. L. (2020). La pandemia, el estado de alarma y los jueces. *Revista vasca de administración pública*, 121, 61-128. <https://doi.org/10.47623/iwap-ruap.121.2021.02>

Ridao, J. (2021). *Derecho de crisis y Estado autonómico: del estado de alarma a la cogobernanza en la pandemia de la COVID-19*. Madrid: Marcial Pons.

Salamero Teixidó, L. (2016). Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente. *Gaceta sanitaria*, 30(supl. 1), 69-73. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.04.021>

Tejedor Bielsa, J. C. (2022). Autorización o ratificación judicial, tutela cautelar y emergencias. *Revista general de derecho administrativo*, 61.