



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Voto particular conjunto que formulan los magistrados y magistradas don Cándido Conde-Pumpido Tourón, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel y doña Inmaculada Montalbán Huertas a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6283-2020

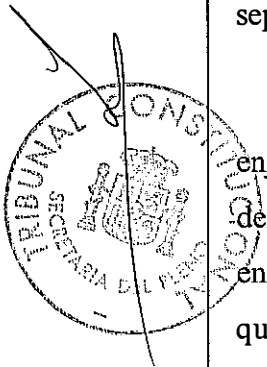
En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulamos el presente voto particular por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la sentencia recaída en el presente proceso, en tanto declara inconstitucional y nulo, por vulneración del principio de separación de poderes, el mecanismo de control judicial previo de medidas sanitarias urgentes restrictivas de derechos fundamentales cuyos destinatarios no estén identificados individualmente [arts. 10.8 y 11.1 i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), tras su reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre].

Frente a lo que sostiene la sentencia, consideramos que el mecanismo sometido a enjuiciamiento atribuye a los órganos judiciales una función de control judicial en garantía de los derechos fundamentales que encuentra cobertura constitucional en el art. 117.4 CE; tarea ésta que en modo alguno menoscaba la independencia ni la exclusividad de la función jurisdiccional, y que no afecta a las funciones constitucionalmente atribuidas al poder ejecutivo de un modo que pueda reputarse inconstitucional.

En lo que sigue, dejamos constancia de los fundamentos de nuestra posición discrepante tanto con el fallo como con los razonamientos que sustentan la posición de la mayoría.

1. Cuestión procesal previa: la insuficiente consideración del carácter prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad

Con carácter previo a la exposición de las razones sustantivas de nuestra discrepancia, es pertinente aludir a un extremo de índole procesal, atinente a la propia admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad. Entendemos que la conclusión de que en este caso concurrían los presupuestos procesales necesarios para ello se alcanzó sin tener suficientemente en cuenta



las circunstancias en que se planteó la cuestión, que hubieran debido conducir a una decisión de inadmisibilidad.

Debe recordarse que, en virtud del carácter prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad, su planteamiento en relación con una norma que ya ha sido aplicada en el propio proceso por el órgano proponente conduce a su inadmisión, en la medida en que lo contrario quebraría la verdadera finalidad de dicho mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes (por todas, STC 269/2015, de 17 de diciembre, FJ 2). Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, lo que determina la inadmisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad es que el tribunal *a quo* aplique la ley cuestionada “de modo tal que vacíe a la cuestión por él suscitada de todo efecto o significado práctico dentro del proceso de origen” (ATC 35/2013, de 12 de febrero, FJ 3, y los allí citados).

El FJ 4 de la sentencia se refiere al juicio de relevancia y considera correctamente cumplido este presupuesto procesal, argumentando, en contestación a las alegaciones realizadas al respecto por el abogado del Estado, que no obsta a ello el hecho de que la cuestión se planteara en el marco del recurso de reposición, una vez que el órgano judicial proponente había aplicado ya la norma de cuya constitucionalidad dudó solo después. La sentencia razona en este punto acerca de la importancia del recurso de reposición como mecanismo que, por una parte, ofrece al órgano judicial una ulterior oportunidad para detectar los posibles problemas de inconstitucionalidad de la ley ya aplicada, y, que de otro lado, impide que la decisión judicial recurrida adquiera firmeza, imponiendo sobre el órgano judicial el deber de dictar resolución definitiva.

Frente a ello, entendemos que debería haberse tenido en cuenta la singularidad del objeto del proceso *a quo*, cifrado en realizar un juicio indiciario de la legalidad de determinadas medidas urgentes dirigidas a frenar la propagación de una enfermedad contagiosa, en un contexto de excepcionalidad en que el tiempo es un elemento crítico. De haber sido tomadas en consideración, dichas circunstancias deberían haber llevado a concluir que el órgano judicial no puede demorar a la fase de reposición el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si, como sucedió en este caso, disponía ya desde antes de los elementos de juicio suficientes para plantearla. Y, en todo caso, debería haberse tenido en cuenta que, debido al contenido de la medida sometida a autorización judicial, la admisión a trámite y posterior resolución de la cuestión de inconstitucionalidad por parte de este Tribunal no podía tener ya ningún tipo de efecto o



significado práctico en el proceso de origen, debido a que el mero paso del tiempo priva a tal proceso *a quo* de todo su sentido.

2. Razones sustantivas de nuestra discrepancia: consideraciones generales

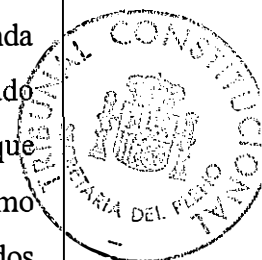
La argumentación que sustenta el fallo de la sentencia está basada en tres ejes fundamentales. El primero consiste en la deducción de la Constitución de un parámetro de enjuiciamiento transversal fundado en la división de poderes; parámetro abstracto e implícito que se exteriorizaría y concretaría a través de varios preceptos constitucionales específicos. El segundo eje de la argumentación descansa sobre la afirmación de que el mecanismo de control judicial *ex ante* sometido a examen implica repartir el ejercicio de la potestad reglamentaria entre poder ejecutivo y poder judicial. Por último, se somete el mecanismo examinado, así categorizado, al canon de enjuiciamiento, para concluir que es incompatible con él. Por las razones que detallamos en los apartados siguientes de este voto, discrepamos de este *iter* argumental, que, entendemos, viene a construir un canon de enjuiciamiento artificioso y *ad hoc*; tergiversa la naturaleza y el sentido de la disposición cuestionada; y, en esas condiciones, conduce a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la misma, obviando que ésta admitía, como mantenemos, una interpretación acorde con la Constitución.

Antes de examinar estos elementos con mayor detalle consideramos necesario, sin embargo, poner de manifiesto varios problemas de fondo comunes a todos ellos, y que se resumen en el abierto apartamiento que en esta sentencia se produce respecto de la consolidada doctrina constitucional acerca del rol que, en el marco del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), corresponde desempeñar respectivamente al legislador en su labor de configuración normativa y a este Tribunal en su función de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.

Nuestra primera consideración en este sentido tiene que ver con la deferencia debida por este Tribunal hacia la actividad del legislador. Ha de recordarse que la elección entre distintos posibles modelos de configuración normativa “es tarea que corresponde primordialmente al legislador democrático, como una legítima opción política de la que responder ante los ciudadanos en elecciones, y no a la jurisdicción constitucional, que debe limitarse a enjuiciar desde parámetros normativos si la concreta opción política ejercida por el órgano legitimado para ello desborda o no los límites de lo constitucionalmente admisible”, y que, por lo tanto, este Tribunal no puede “usurpar el espacio y margen de apreciación que corresponde al legislador

democrático para adaptarse a las circunstancias de cada momento” (STC 112/2021, de 13 de mayo, FJ 8, y las allí citadas). Ello implica que, tratándose del control de las decisiones adoptadas por el legislador, la presunción de constitucionalidad de las leyes ha de ocupar un papel destacado en el enjuiciamiento de las cuestiones planteadas. De modo tal que, como este Tribunal ha señalado desde la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1, “es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación”. A nuestro juicio, la sentencia de la que discrepamos se aleja indebidamente de esta doctrina constitucional e interfiere, sin razones constitucionales suficientes para ello y de modo desproporcionado, en el margen de apreciación que la Constitución atribuye al legislador democrático.

En segundo lugar, entendemos que la sentencia se aparta indebidamente de la prohibición de introducir en el juicio de constitucionalidad criterios relativos a la oportunidad o calidad de las leyes. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, “el juicio de constitucionalidad no es de técnica legislativa”, de modo que la función de control abstracto de constitucionalidad de la ley que nos incumbe no puede ocuparse de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma (STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 3, y las allí citadas). Esta precisión es importante porque, a nuestro entender, la sentencia de la que discrepamos se funda implícitamente en la consideración de que el mecanismo de control judicial *ex ante* cuestionado constituye una anomalía dentro de nuestro sistema de justicia administrativa, característica que afectaría al juicio de constitucionalidad. A subrayar esta idea serviría la exposición que, como punto de partida del enjuiciamiento (incluso antes de examinar los óbices procesales planteados por las partes), se hace en el FJ 2 acerca de los antecedentes y del contexto legislativo de la medida. Se subraya allí que, hasta hora, el legislador había previsto este tipo de mecanismos de control en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa solamente en contextos tasados y en todo caso –según afirma la sentencia, y como discutiremos de inmediato– referidos a medidas administrativas de carácter singular. Consideramos que es un punto de partida desviado y que distorsiona el enjuiciamiento de la cuestión que se nos sometía a examen, pues el control de constitucionalidad de las leyes en modo alguno puede hacerse por referencia a la legalidad ordinaria y, en todo caso, el carácter novedoso, anómalo o incluso técnicamente mejorable de un precepto legal nada dice, por sí mismo, de su compatibilidad con la Constitución.

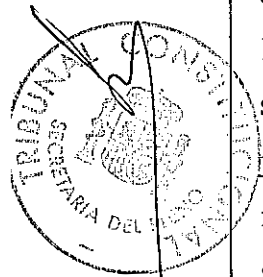




TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

El tercer problema de alcance general que afecta a la sentencia de la que discrepamos estrechamente relacionado con los dos anteriores es que en ella se obvian el contexto y la finalidad de la reforma legislativa enjuiciada. Contexto que, como resulta conocido, es el de una pandemia provocada por un virus respiratorio con alta capacidad de transmisión y que, en el momento de aprobación de la Ley 3/2020 (septiembre de 2020), había provocado ya decenas de miles de muertes en España.

En ausencia de la declaración de alguno de los estados excepcionales que prevé el art. 116 CE, el único instrumento extraordinario que el ordenamiento español pone a disposición de las autoridades sanitarias para cumplir con eficacia (art. 103.1 CE) su deber de proteger la vida y la salud de las personas (arts. 15 y 43 CE), cuando ello haga necesario limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, es la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En efecto, su art. 3 establece que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Se trata, como es sabido, de una habilitación legal que ha sido fuertemente criticada por parte de la comunidad jurídica debido a la laxitud de sus términos de los que se ha dicho que van más allá de la que es inevitable en una cláusula propia del Derecho de necesidad, que permiten a las autoridades sanitarias el ejercicio de amplios márgenes de discrecionalidad en la configuración y adopción de las correspondientes medidas urgentes. Este alto grado de discrecionalidad se veía compensado, ya desde el año 2000, con un sistema reforzado de fiscalización judicial en vía contencioso-administrativa, consistente en completar el control judicial ordinario *ex post* con un mecanismo de autorización judicial *ex ante* de las medidas sanitarias urgentes que restringiesen derechos fundamentales, independientemente de la forma jurídica y el alcance (general o singular) bajo el cual se adoptasen dichas medidas. En efecto, no distinguía entre ellas la redacción dada al art. 8.5 LJCA por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Según el segundo párrafo del precepto, “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”.



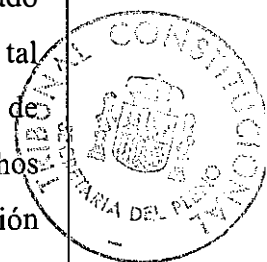
La habilitación recogida en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 pasó a un primer plano en la gestión de la pandemia de Covid-19 una vez finalizado el primer estado de alarma declarado por el Gobierno para afrontar la crisis. En este momento, buena parte de las autoridades sanitarias y de los órganos judiciales entendieron, porque así derivaba de la redacción del art. 8.5 LJCA, que el mecanismo de autorización judicial previsto en dicho art. 3 resultaba aplicable a todas las medidas sanitarias urgentes (singulares y generales) adoptadas a su amparo; interpretación ésta discutida por algunos órganos judiciales, que interpretaron que las medidas de alcance general no precisaban control judicial previo. En estas circunstancias, el legislador optó por clarificar lo que ya derivaba del art. 8.5 LJCA, esto es, que la autorización judicial previa resultaba aplicable a todas esas medidas, contasen o no con destinatarios concretos e identificados individualmente. Por lo tanto, la única novedad introducida por los arts. 10.8 y 11.1 j) LJCA radica, en puridad, en la reordenación que se hace de esa competencia dentro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues hasta el año 2021 la autorización judicial correspondía siempre a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Sostiene la sentencia de la que discrepamos, tras hacer una sucinta alusión a la finalidad tuitiva del precepto, que “no está en discusión el propósito garantista que animaba al legislador para establecer la regulación impugnada, sino determinar la adecuación del precepto cuestionado a los mandatos constitucionales” (FJ 7). Frente a ello consideramos, sin embargo, que tal propósito servir de contrapeso a la discrecionalidad administrativa en un ámbito de programación legal muy poco densa, en un contexto en el que están en juego los derechos fundamentales hubiera debido ser tenido en cuenta a la hora de realizar el juicio de ponderación con los principios constitucionales afectados por la medida enjuiciada. Juicio éste que, como después diremos, la sentencia indebidamente omite, y en el que hubiera sido necesario preguntarse acerca de la justificación y de la necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto del mecanismo cuestionado.

3. El parámetro de enjuiciamiento

Expuestos los motivos de nuestra discrepancia general con el modelo de control de constitucionalidad que plasma la sentencia, procede a continuación desglosar las razones por las que disentimos de su argumentación y fallo.

Nuestro primer motivo se refiere al parámetro de enjuiciamiento formulado en la sentencia. Consideramos que se fuerza la teoría de la división de poderes para deducir *ex novo*



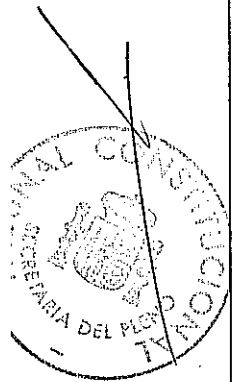


TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

un canon de control de constitucionalidad artificioso y difuso, que no logra concretarse de manera convincente por referencia a ninguno de los preceptos constitucionales específicos sobre los que se apoya la fundamentación jurídica. Así, el parámetro de enjuiciamiento resultante no se corresponde con el modelo de distribución de poderes que recoge nuestra Constitución, ni se deriva de ella con la mínima claridad que sería necesaria para restringir, como se hace, el círculo de opciones legítimamente disponibles para el legislador democrático a la hora de configurar el sistema de justicia administrativa, las funciones admisibles de poder ejecutivo y poder judicial, y las opciones del poder público para hacer frente a la incertidumbre y al grave riesgo para la vida y la salud de las personas asociados a las situaciones de crisis sanitaria.

Por lo que respecta al parámetro transversal de control, el FJ 5 de la sentencia reseña la doctrina constitucional preexistente relativa a la división de poderes, entendida como principio fundamental inherente a nuestro sistema constitucional. Parece trasladarse con ello la idea de que el canon de control de constitucionalidad que se enuncia no es nuevo, sino que deriva de la doctrina previa del Tribunal. Consideramos, sin embargo, que no es así. La doctrina constitucional que se cita en el FJ 5 está referida fundamentalmente al reparto de funciones entre poder legislativo y poder ejecutivo. Y, además, en ella se resalta el hecho de que la división de poderes no se articula en nuestro actual sistema constitucional de modo rígido, sino flexible. La sentencia de la que discrepamos alude a esta flexibilización, pero lo hace sin extraer de ella ninguna consecuencia efectiva, como demuestra el hecho de que concluya que el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) “exige evitar fórmulas de actuación conjunta que dificulten la exigencia de responsabilidades políticas o jurídicas”. Esta conclusión, que se formula como una regla no abierta a matizaciones, soslaya el hecho de que en el constitucionalismo moderno la división de poderes no puede ya entenderse como una separación estanca, sino que ha de interpretarse como una exigencia de límites y controles recíprocos entre los poderes del Estado, dirigidos a salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia democrática del sistema constitucional.

A continuación, el FJ 6 deriva de la separación de poderes, así entendida, una regla de enjuiciamiento específica, que ubica en el art. 117.4 CE –atinente a la posible atribución de funciones no jurisdiccionales a los jueces y que construye mirando a los preceptos constitucionales que regulan las funciones del poder ejecutivo en concreto, a los arts. 97 y 103.1 CE. El resultado de este proceso argumental es la afirmación de que el art. 117.4 CE contiene una regla según la cual el legislador estatal, cuando atribuye a los órganos judiciales funciones

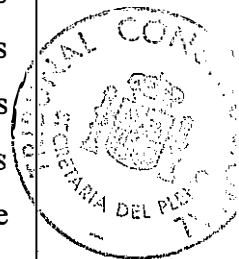


no jurisdiccionales en garantía de derechos, tiene prohibido menoscabar no solo la independencia y exclusividad de la función jurisdiccional, como ya había señalado la doctrina constitucional (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 2), sino también y esto es lo realmente novedoso el ejercicio de las funciones constitucionales del poder ejecutivo. Como consecuencia de ello, se afirma que la habilitación prevista en el art. 117.4 CE debe interpretarse de modo restrictivo, de modo que la “garantía de derechos” a que alude el precepto ha de entenderse como un remedio estricto, individualizado o concreto, que por tanto no permite configurar mecanismos de intervención judicial *ex ante* que se refieran con carácter preventivo y abstracto a la legalidad de una disposición general. Y, como corolario de ello, se concluye que la Constitución impone un sistema de control judicial de la actuación del poder ejecutivo que ha de producirse *a posteriori*, no *a priori*.

Son varias las razones por las que no compartimos esta argumentación.

El art. 117.4 CE se limita a habilitar al legislador para atribuir funciones no jurisdiccionales a los órganos judiciales, con las únicas condiciones de que dicha atribución se realice de modo expreso por la ley (que habrá de ser estatal) y de que tenga por finalidad la “garantía de cualquier derecho”. Frente a lo que se sostiene en la sentencia, la atribución de estas funciones de garantía no requiere la previa existencia de una controversia jurídica entre partes individualizadas ni depende *ex art.* 117.4 CE del rol constitucionalmente atribuido al resto de los poderes del Estado, pues estamos ante un precepto que atañe únicamente a las funciones de los órganos judiciales. En su virtud, el constituyente ha dejado a criterio del legislador la decisión de atribuirles o no esas otras funciones de garantía de derechos, decisión que habrá de adoptarse en cada caso con base en razones de oportunidad política que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, solo al legislador compete apreciar. Cuestión distinta es que una atribución de funciones no jurisdiccionales realizada dentro de los límites del art. 117.4 CE pueda, sin embargo, ser inconstitucional por infringir otros preceptos de la Constitución –por ejemplo, los que regulan las funciones y responsabilidades del poder ejecutivo . Pero este es un problema distinto, cuyo tratamiento no requería forzar el tenor literal del art. 117.4 CE para incorporar a él una regla que en absoluto se deriva de su letra ni de su espíritu.

Sobre este otro extremo –el estatuto constitucional del poder ejecutivo , la sentencia deduce de la Constitución una prohibición al legislador de condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 97 CE) y de menoscabar la eficacia de la administración (art. 103.1 CE), como sucede cuando se introducen mecanismos de control que demoran la puesta en marcha de medidas





TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

cuya eficacia depende de su aplicación inmediata. Paradójicamente, la sentencia no hace alusión alguna a la potestad ejecutiva que la Constitución también atribuye al Gobierno sin condicionamientos (art. 97 CE), con lo que se sugiere, indebidamente, que todas las “medidas” de alcance general a cuya autorización judicial afecta el mecanismo enjuiciado son normas reglamentarias, soslayando el hecho de que pueden también aprobarse bajo la forma de actos administrativos plúrimos.

Coincidimos en la apreciación de que, al configurar los mecanismos de control judicial de la actividad del poder ejecutivo, el legislador está limitado por los preceptos constitucionales que reconocen a éste la potestad reglamentaria (y también la ejecutiva: art. 97 CE) y que exigen que la actuación administrativa sea eficaz (art. 103.1 CE). Ahora bien, estos mandatos constitucionales no se configuran técnicamente como reglas –esto es, como exigencias definitivas no susceptibles de modulación, sino como principios o mandatos de optimización que son susceptibles de cumplimiento gradual y que, por lo tanto, admiten modulaciones cuando ello sea necesario para satisfacer exigencias constitucionales de sentido opuesto. Así lo ha confirmado ya este Tribunal por lo que se refiere a la potestad ejecutiva (que, repetimos, se encuentra también afectada por el mecanismo sometido a enjuiciamiento), al indicar que las prerrogativas vinculadas al principio constitucional de eficacia pueden quedar condicionadas a mecanismos de control judicial previo cuando ello sea necesario para prevenir la vulneración de derechos fundamentales, en tanto que el art. 103.1 CE liga el principio de eficacia con el “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, en lo que supone “una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia” (por todas, STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4).

Discrepamos, por ello, de la conclusión que la sentencia alcanza respecto de la existencia de un modelo constitucional único de control judicial de la administración, control que según se dice ha de producirse solo *ex post*, de modo que a los órganos judiciales corresponde exclusivamente una función revisora de la actuación del ejecutivo. A nuestro juicio, del art. 106.1 CE, que ordena a los tribunales controlar “la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”, no se deriva una regla que impida al legislador democrático configurar distintos posibles modelos de justicia administrativa, incluyendo mecanismos complementarios de control *ex ante* cuando ello sea necesario para reforzar la tutela judicial y el control del ejecutivo en contextos determinados,

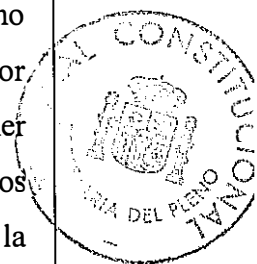
ponderando, eso sí, el impacto que ello pueda tener sobre otras exigencias de rango constitucional.

Consideramos que la sentencia debería haber adoptado este enfoque ponderativo, que es el que se deduce con claridad de la Constitución y, por lo tanto, valorar si –como creemos– el mecanismo de control cuestionado resulta compatible con los mandatos constitucionales que acaban de citarse a la luz de su finalidad tuitiva de los derechos fundamentales. Con independencia de haber podido conducir a un fallo distinto al que se contiene en la sentencia, una aproximación de este tipo hubiera evitado el indeseable resultado de constitucionalizar, sin fundamento suficiente para ello, un modelo único tanto de funcionamiento del poder ejecutivo (eficacia inmediata de sus decisiones) como de fiscalización judicial de éste (control solo *ex post*), restringiendo correlativamente el margen de configuración del legislador a la hora de diseñar el sistema de justicia administrativa y, más allá de él, a la hora de atribuir funciones no jurisdiccionales a los órganos judiciales.

4. La naturaleza jurídica del mecanismo de control cuestionado

El segundo eje argumental de la sentencia, que tampoco compartimos, consiste en calificar al mecanismo de autorización judicial cuestionado como manifestación de un fenómeno de “ejercicio compartido” de la potestad reglamentaria, de modo tal que, al regularlo, el legislador habría “optado por la solución de que todas las medidas sanitarias generales que puedan suponer una injerencia en un derecho fundamental deban contar con la intervención de la voluntad de dos poderes, el ejecutivo y el judicial, para su entrada en vigor y aplicación, de suerte que la autorización o ratificación judicial es un instrumento para perfeccionar y otorgar eficacia a esas disposiciones generales en materia de salud pública”, lo que supone “despojar” al poder ejecutivo de su potestad reglamentaria.

Se trata de una afirmación apodíctica que distorsiona el enjuiciamiento de la cuestión que se sometía a nuestro examen. Dicha distorsión alcanza a la propia formulación del canon de control, pues la calificación de la que discrepamos se exterioriza ya en el FJ 2 de la sentencia, antes incluso de abordar los óbices procesales formulados por las partes y en lo que pretende ser, a tenor del rótulo de dicho fundamento jurídico, un mero examen descriptivo del contexto y los antecedentes de la disposición legal cuestionada.

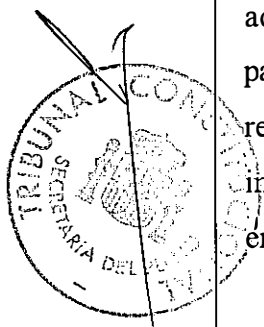




Carece de fundamento la afirmación de que el mecanismo enjuiciado atribuye a los órganos judiciales una función de partícipes en el ejercicio de la potestad administrativa controlada –que, reiteramos, no necesariamente es potestad reglamentaria, pues puede tratarse de potestad ejecutiva cuando las medidas se adoptan a través de actos administrativos plúrimos–. La sentencia de la que discrepamos ignora, así, que el mecanismo cuestionado se limita a asignar a los jueces la función de verificar el correcto ejercicio de la potestad ejecutiva o de la potestad reglamentaria, según el caso, por parte de quien es su verdadero titular: el poder ejecutivo.

En efecto, se refieran o no a un destinatario individualizado, las medidas sanitarias urgentes sometidas a autorización judicial son configuradas y adoptadas exclusivamente por el poder ejecutivo. Y, respecto de ellas, el órgano judicial realiza un control de legalidad –no de oportunidad– meramente negativo: se ha de limitar a ratificarlas o no, pero en ningún caso puede innovar las medidas, ni puede sustituirlas por otras mediante el auto de ratificación o denegación. No hay aquí, ni puede haberla, voluntad alguna del órgano judicial, que carece, por imperativo constitucional, del tipo de discrecionalidad conformadora que caracteriza a la potestad de adopción del tipo de medidas a que se refiere el art. 10.8 LJCA. Afirmar que el órgano judicial participa en estos casos del ejercicio de la potestad del poder ejecutivo de que se trate –reglamentaria o ejecutiva– supone desconocer tanto la esencia discrecional de ésta como la imposibilidad, *ex constitutione*, de que los órganos judiciales tomen decisiones que estén basadas en criterios adicionales a los de estricta legalidad.

La falta de fundamento de esta calificación se pone de manifiesto, además, en el hecho de que la sentencia no consigue explicar de manera convincente por qué se produce esta mutación de la naturaleza de la actuación judicial cuando la misma se proyecta sobre medidas dirigidas a un destinatario no individualizado, pero no cuando se dirigen a una o varias personas identificadas individualmente. No sirve para justificar esta diferente concepción de la actividad judicial en uno y otro caso la alusión que en la sentencia se hace a los peculiares atributos de las normas reglamentarias frente a los actos administrativos (justificación ésta que, como ya se ha dicho, soslaya además el hecho de que las medidas sometidas a autorización judicial no necesariamente han de tener naturaleza reglamentaria, pues pueden ser actos administrativos plúrimos). Lo verdaderamente relevante para determinar la naturaleza jurídica de la autorización o ratificación judicial desde el planteamiento que acoge la sentencia, que es el de la división de poderes, es su impacto sobre la efectividad práctica de la decisión administrativa concernida. Y ese impacto es el mismo –la imposibilidad de llevar a la práctica las restricciones de los derechos fundamentales



de que se trate sea cual sea la forma jurídica de tal decisión, con independencia de que, en términos técnicos, la paralización de la medida afecte a la autotutela administrativa o a la potestad reglamentaria.

Frente a lo que sostiene la sentencia, consideramos que el mecanismo sometido a enjuiciamiento se limita a atribuir a los órganos judiciales una función estrictamente judicial (aunque sea de carácter no jurisdiccional) de garantía de derechos; función ésta que les resulta connatural en nuestro sistema, que atribuye a los jueces y tribunales el rol de garantes ordinarios de los derechos. Se trata de un mecanismo de control previo que ha sido diseñado por el legislador para evitar la puesta en práctica de aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales que resulten manifiestamente antijurídicas, cautela adicional que responde al contexto de excepcionalidad en que se adoptan y a su poco densa regulación legal, lo que las dota de una sustancia discrecional inusualmente intensa que ha de verse compensada con garantías judiciales reforzadas. Se podrá estar o no de acuerdo con la opción regulatoria del legislador, con su conveniencia o con su acierto técnico, pero en ningún caso cabe negar que la función que aquí desempeñan los jueces y tribunales es una función judicial de garantía de los derechos fundamentales, distinta y que no se confunde con la discrecionalidad técnica y política sometida a control.

Así lo confirman los términos en que ha de realizarse la intervención judicial previa, que ha de sustanciarse con carácter preferente, en brevísimos plazos, y con un ámbito de cognición limitado, pues ha de ceñirse a verificar preliminarmente los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa (habilitación legal y competencia) y a realizar un juicio *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas sometidas a examen, como ha confirmado en casación el Tribunal Supremo (STS 2178/2021, de 24 de mayo de 2021, FJ 4). Se trata de un tipo de control preliminar al que los órganos judiciales están habituados, pues su contenido y alcance es análogo al del control que se despliega en otras situaciones cuya constitucionalidad no se discute (entre ellas, la autorización de medidas con destinatario individualizado o, incluso, en ciertos supuestos en que el control judicial se produce *ex post*, como los incidentes de tutela cautelar). Y, como en estos otros casos, la intervención judicial previa y limitada no impide ni condiciona el pleno control de legalidad *ex post*, que es un control de fondo que permanece incólume y que se despliega en toda su plenitud por imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Como también ha recordado el Tribunal Supremo, la autorización hará aplicables las medidas en cuestión, pero no podrá condicionar de





ningún modo el control de legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo ordinario o del especial para la protección de derechos fundamentales.

5. La contradicción entre el mecanismo cuestionado y el parámetro de control

Por último, la sentencia concluye que el mecanismo sometido a enjuiciamiento es incompatible con la Constitución, conclusión de la que también discrepamos. Ante todo advertimos que la sentencia no realiza un verdadero ejercicio de aplicación del parámetro de enjuiciamiento al caso, pues el proceso es el inverso: se construye un canon de constitucionalidad *ad hoc* para la medida sometida a examen, lo que prejuzga de por sí el resultado del enjuiciamiento. Pero, adicionalmente, consideramos que ni siquiera a través de este proceso argumentativo se logra justificar de manera convincente la contrariedad a la Constitución del mecanismo examinado.

En primer lugar, discrepamos de la conclusión de que dicho mecanismo menoscaba el estatuto constitucional de los órganos judiciales por afectar a la independencia y la exclusividad de la función jurisdiccional. La sentencia hace derivar dicho menoscabo de dos circunstancias, ninguna de las cuales consideramos concurrentes, como hemos señalado ya: por una parte, la corresponsabilidad que entiende que se produciría en la adopción de la decisión controlada, y, de otro lado, el condicionamiento que afirma que resultaría del control judicial previo para el pleno control judicial *ex post*. Se trata de afirmaciones que derivan directamente del entendimiento distorsionado de la naturaleza de la función atribuida a los jueces en estos casos, y que es inconsistente con la falta de cuestionamiento de que esos mismos efectos se produzcan cuando el control se proyecta sobre medidas dirigidas a un destinatario concreto.

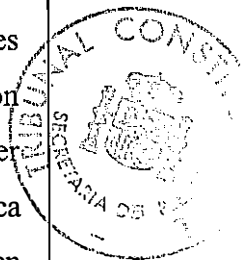
Discrepamos también, en segundo lugar, de la conclusión de que el control judicial previo sometido a examen menoscaba las funciones y responsabilidades del poder ejecutivo de forma contraria a la Constitución. De nuevo, la sentencia deriva este menoscabo de dos circunstancias que entendemos que no concurren. La primera es que, según se afirma, el mecanismo enjuiciado despojaría al poder ejecutivo de su potestad reglamentaria y, con ello, de parte de la responsabilidad política y jurídica que le corresponde por la adopción de las correspondientes medidas. Consideramos que de nuevo se apoya esta conclusión en un entendimiento erróneo de la naturaleza jurídica de la función que el art. 10.8 LJCA atribuye a los órganos judiciales, y que de nuevo se llega a una solución inconsistente con los escenarios de autorización o ratificación de actos administrativos, tanto singulares como plúrimos –cuestión ésta última importante por

cuanto, como venimos reiterando, la sentencia equipara indebidamente las medidas generales sometidas a autorización con las normas reglamentarias, olvidando que tales medidas pueden adoptarse también bajo la forma de actos plúrimos, en cuyo caso no está en juego la potestad reglamentaria—. La segunda circunstancia de la que deriva el menoscabo del rol constitucional del ejecutivo, según la sentencia, es la pérdida de eficacia de la actuación sometida a autorización, debido al retraso que el control judicial previo supone para su puesta en práctica. Según hemos razonado ya, coincidimos en que la urgencia del contexto en que se adoptan estas medidas hace que el retraso en su aplicación afecte al principio constitucional de eficacia de la Administración (art. 103.1 CE). Sin embargo, discrepamos de la argumentación contenida en la sentencia porque la misma ignora que la eficacia administrativa se configura técnicamente como un principio y que, en consecuencia, para concluir en una declaración de inconstitucionalidad basada en dicho principio hubiera sido necesario realizar el correspondiente juicio de ponderación, teniendo en cuenta los principios constitucionales contrapuestos a cuya satisfacción sirve el mecanismo de control examinado. Valoración ponderativa que la sentencia omite por completo y que, de haberse realizado, habría conducido a descartar la vulneración de los arts. 97 y 103.1 CE.

Por las razones expuestas discrepamos también, en fin, de la conclusión de que la medida de control judicial sometida a examen vulnera los principios de responsabilidad de los poderes públicos, de seguridad jurídica y de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). La intervención judicial se produce tras la aprobación de la medida (reglamentaria o no) por parte del poder ejecutivo, medida que se presume válida y eficaz, si bien la misma no podrá llevarse a la práctica hasta que, primero, el órgano judicial verifique que no es manifiestamente ilegal y, segundo —en el caso de las medidas adoptadas en forma reglamentaria— se publique. En estos casos, la entrada en vigor de la norma reglamentaria depende, en última instancia, de la indispensable publicación oficial, que se produce una vez las medidas restrictivas de derechos fundamentales han sido autorizadas por el órgano judicial. Tanto en términos jurídicos como políticos se trata de una decisión que se adopta y exterioriza a través de actuaciones del poder ejecutivo, lo que excluye cualquier posible confusión de responsabilidades políticas y jurídicas.

6. Conclusión

Por todo lo expuesto, consideramos que la cuestión de inconstitucionalidad debería haber sido desestimada y que debería haberse confirmado la compatibilidad con la Constitución de los arts. 10.8 y 11.1 i) LJCA, cuya declaración de inconstitucionalidad y nulidad tiene como resultado





directo la reducción del nivel de garantía de los derechos fundamentales en los supuestos de adopción de medidas sanitarias urgentes sin destinatario individual.

El mecanismo de control judicial que se sometía a nuestro enjuiciamiento encuentra acomodo en el art. 117.4 CE, sin afectar a la exclusividad de la función jurisdiccional ni a la independencia del poder judicial, y sin menoscabar tampoco las funciones del poder ejecutivo en modo constitucionalmente proscrito. Entendemos, por ello, que la opción de legislador es respetuosa con el principio de separación de poderes y con la legítima finalidad de reforzar la tutela de los derechos fundamentales en un contexto de excepcionalidad como el asociado a las emergencias sanitarias, sin que ello suponga realizar juicio alguno acerca de su oportunidad o acierto técnico, juicio que no corresponde realizar en sede constitucional.

Madrid, a dos de junio de dos mil veintidós.

