

**LAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES A
DEBATE. CUANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS
–LA PANDEMIA DE LA COVID-19– AMENAZAN LO
PERMANENTE –LA SEPARACIÓN DE PODERES–**

**The functions of the judicial bodies under debate. When
extraordinary events—the COVID-19 pandemic—threatens
what is permanent—the separation of powers—**

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

Universidad Autónoma de Madrid

jorge.agudo@uam.es

Cómo citar/Citation

Agudo González, J. (2022).

Las funciones de los órganos judiciales a debate. Cuando circunstancias extraordinarias
–la pandemia de la covid-19– amenazan lo permanente –la separación de poderes–.

Revista Española de Derecho Constitucional, 126, 49-88.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.02>

Resumen

Este trabajo analiza las funciones que los órganos judiciales pueden asumir más allá de la que es su función por antonomasia: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se aborda esta cuestión en el marco de las modificaciones habidas en la LJCA para abordar el control de las medidas aprobadas frente a la pandemia de la covid-19. A tal efecto se realiza un análisis constitucional de las funciones que pueden ser atribuidas a los órganos judiciales con base en el art. 117.4 CE desde la sistemática de los arts. 24, 103, 106, 117 y 123 CE a la luz de la STC 70/2022.

Palabras clave

Función jurisdiccional; otras funciones judiciales; artículo 117.4 de la Constitución.

Abstract

This paper deals with the functions that the judicial bodies can assume beyond what is their function par excellence: to judge and to enforce what is judged. This issue is addressed in view of the reforms made in the Administrative Justice Act to control the measures passed in the face of the covid-19 pandemic. To this end, this paper carries out a constitutional analysis of the functions that can be attributed to the judicial bodies based on Article 117(4) Spanish Constitution from the systematics of articles 24, 103, 106, 117 and 123 Spanish Constitution considering the Constitutional Court Judgment 70/2022.

Keywords

Jurisdictional function; other judicial functions; article 117(4) Spanish Constitution.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LA LJCA. III. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y OTRAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES: 1. Interpretación del artículo 117.4 en relación con el artículo 24 CE: 1.1. *El artículo 24 CE tiene una vinculación fundamental con el artículo 117.3, pero no así con el artículo 117.4.* 1.2. *¿Es el artículo 24 CE aplicable si no hay partes ni derechos o intereses legítimos que tutelar?* 2. *¿Puede el artículo 117.4 afectar a la presunción de validez de las actuaciones jurídico-administrativas?* 3. Deducción de otros parámetros constitucionales para atribución por ley de funciones «no jurisdiccionales» a los órganos jurisdiccionales. 4. Por fin, el artículo 117.4 y la separación de poderes. 5. La atribución de funciones con base en el artículo 117.4 CE no puede servir para devaluar la posición constitucional del Tribunal Supremo. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Este estudio indaga las funciones que los órganos judiciales pueden asumir en el contexto constitucional más allá de la que es su función por autonomía: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se aborda este tema en un momento, además, donde se ha discutido sobre esta cuestión al albur de las modificaciones habidas en la LJCA para abordar la autorización/ratificación de las medidas sanitarias urgentes con destinatario general aprobadas frente a la pandemia de la covid-19. La cuestión que quiero examinar no es, sin embargo, cómo se ha ejercido esa función en el plano sustantivo¹, sino la relativa a la naturaleza de las funciones no jurisdiccionales atribuidas a los órganos judiciales.

Estando este artículo en fase de edición ha sido publicada la STC 70/2022, de 2 de junio, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el ATSJ de Aragón, de 3 de diciembre de 2020 (p. o. 332/2020), en relación con el art. 10.8 LJCA, según la literalidad otorgada por Ley 3/2020, de 18 de

¹ Sobre esta cuestión hay trabajos muy completos. En ellos, lógicamente, también se hacen algunos apuntes sobre la cuestión que aquí se aborda. Véanse Muñoz Machado (2020), Baño León (2020), Álvarez García (2020; 2021; 2022), Alonso Timón (2020; 2021), Salamero Teixidó (2020), González López (2020), Barnés Vázquez (2021), Ballesteros Moffa (2021), Fernando Pablo (2021), Crespo Barquero (2021), Murillo de la Cueva (2021), Izquierdo Carrasco (2022).

septiembre. Así pues, el momento para pronunciarse sobre estas cuestiones es óptimo.

2. Antes de comenzar, quisiera hacer algunas puntualizaciones acerca de la reforma realizada por la citada Ley 3/2020, por la que modificó la LJCA en sus arts. 8.6, 10.8 y 11.1.i, aparte de incorporar el nuevo art. 122 *quater*, así como también de la modificación posterior de la misma ley por Real Decreto Ley 3/2021, de 4 de mayo, en esta ocasión en materia de recurso de casación —arts. 87, 1.º bis y 2.º, y 87 *ter*—.

Desde un plano estrictamente utilitarista y pragmático podría decirse que la reforma de la LJCA ha ayudado, si se me permite la expresión, a «vadear» una grave situación. El plano pragmatista es tentador en circunstancias extraordinarias. Sin embargo, hoy en día lo útil se muestra difícilmente disociable de lo estrictamente ideológico/partidista. En la actualidad, de hecho, el derecho positivo se ha convertido en un producto ideológico más. Cómo deben cumplir las autoridades políticas con sus responsabilidades es algo que está condicionado, hoy más que nunca, por los compromisos políticos que se quieran asumir directamente o, por el contrario, por los que se pretenda traspasar a otros niveles de poder. No solo se trata de determinar quiénes deben asumir la responsabilidad, sino también qué funciones asume cada nivel de poder responsable. Aquí hemos asistido al vaivén desde la corriente centralizadora —con un malogrado Estado de alarma— a la descentralizadora —con la llamada cogestión autonómica—, algo que, en última instancia, ha trascendido al Poder Judicial, pero en sentido inverso —«descentralización» en los TSJ y luego «centralización» en el Tribunal Supremo—. No es fácil comprender a quienes criticaban la centralización administrativa del Estado de alarma, pero defienden que el Tribunal Supremo corrija a los TSJ cuando controlan a las CC. AA. que tanto deseaban ejercer sus funciones.

Por otra parte, las soluciones pragmáticas tienen la difícil tarea de explicar los problemas estrictamente jurídico-positivos que provocan las soluciones *ad hoc*. En primer lugar, es muy importante que la técnica jurídica empleada sea adecuada, sobre todo para ayudar a una fácil aplicación de las normas. Si no, sucede que los aplicadores del derecho se ven abocados a suplir la falta de destreza del legislador. Pero, yendo un poco más lejos, también es muy importante que esas soluciones no entren en conflicto con los elementos fundamentales que estructuran el sistema jurídico. Las normas no son «islas útiles» que pueden ser justificadas si resuelven un problema, sino que son piezas de un todo que debería ser tendencialmente coherente y comprensible a la luz del conocimiento jurídico. Crear soluciones rápidas y nuevas en momentos excepcionales, no son las mejores condiciones para tomar decisiones de calado: si

bien la «arquitectura jurídica» puede crear «productos normativos» que pueden sacarnos de un apuro, es cierto que pueden lograrlo a costa de alterar o afectar los cimientos fundamentales del sistema jurídico.

La STC 70/2022 es el contrapunto de esa visión pragmatista, pues el TC realiza una firme defensa, hasta cierto punto algo formalista, del principio de separación de poderes. Por el contrario, los magistrados firmantes del voto particular son partidarios de una visión mucho más pragmática. De hecho, entienden que la sentencia se habría dejado llevar por la criticable calidad de la reforma legal enjuiciada, llegando incluso a cercenar el margen de apreciación que constitucionalmente corresponde al legislador, sin tomar en consideración, adicionalmente, otras circunstancias clave, como sería el contexto en el que tuvo lugar la modificación de la LJCA.

3. Las afirmaciones que acabo de hacer se entenderán mejor si concreto, aunque sea sumariamente, los elementos que estructuraban el procedimiento de autorización/ratificación de medidas sanitarias generales. A mi juicio las características definitorias de la función atribuida a las salas de los TSJ y de la AN se pueden sintetizar del siguiente modo²: 1) era una función de control judicial, pues era competencia de los tribunales; 2) el objeto de control eran medidas sanitarias con carácter general —sus destinatarios no debían estar identificados individualmente—, ya actos administrativos con destinatario general, ya disposiciones generales³; 3) era un mecanismo de control no jurisdiccional, pues se articulaba procedimentalmente *sin estrépito ni figura de juicio* —si se me permite una expresión clásica, pero muy elocuente— y sin

² Para ordenar la exposición me voy a servir de mi trabajo Agudo González (2018). Allí desgrano en profundidad cómo se ejerce el control de legalidad dirigido a proveer justicia, comparando la función propia de los órganos jurisdiccionales con la que es atribuida a ciertos órganos administrativos. La parte de ese estudio en la que me voy a apoyar es la que descompone la función de control en sus elementos estructurantes (p. 123 y ss.). La STC 70/2022 (FJ 2) hace una valoración acorde con lo que aquí se mantiene, de modo que se puede decir que esta interpretación goza de corroboración por parte del TC.

³ A mi juicio, esto dependía de cada caso, de modo que esas «medidas» podían tener la naturaleza de actos plúrimos o disposiciones normativas (Baño León, 2020), muchas de ellas, eso sí, autoaplicativas y con capacidad de provocar injerencias en la esfera jurídica de los ciudadanos sin necesidad de acto alguno de aplicación (Pomed Sánchez, 2020: 138). Cosa distinta es que, en mi opinión, la gran mayoría de las medidas aprobadas en el contexto de la pandemia de la covid-19 debían ser calificadas como disposiciones con naturaleza normativa. Igualmente, en este sentido, Izquierdo Carrasco (2022: 16-17).

controversia entre partes⁴; 4) las medidas que controlar se caracterizaban por su urgencia, necesidad y afección a los derechos fundamentales, lo que predefinía las normas de control utilizables para su validación: se requería un juicio de necesidad, por cuanto implicaban la limitación de derechos fundamentales, pero también su idoneidad en función de la urgencia y los fines de salud pública que se pretendía alcanzar, lo que, en definitiva, entrañaba también una ponderación de bienes jurídicos, derechos e intereses en juego; 5) era un mecanismo de control *ex ante* o preventivo, ya que tenía por finalidad la validación de las medidas objeto de control mediante su «autorización o ratificación», habilitando, así, su entrada en vigor sin un pronunciamiento sobre su validez⁵, y 6) la decisión del Tribunal —por auto— no adquiría fuerza de cosa juzgada material —sí, lógicamente, formal, *ex arts.* 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, de modo que las medidas podían ser objeto de posterior impugnación⁶, sin perjuicio de la interposición del recurso de casación de

⁴ No había en puridad un proceso entre partes, pues el inicio del procedimiento tenía lugar mediante una petición de oficio preceptiva en la que se solicitaba la autorización/ratificación de las medidas aprobadas, pero sin que ello implicase una impugnación, ni, en consecuencia, se ejerciera pretensión alguna que constituyese el objeto de un eventual proceso.

⁵ Un control que ni era pleno ni estaba orientado a tutelar derechos e intereses singularizables. Sin embargo, sí se trataba de un control de legalidad limitado en los términos en que la STS de 24 de mayo de 2021 (rec. 3375/2021) delimitó el control judicial que las salas de los TSJ y de la AN debían realizar de las medidas que se sometían a autorización/ratificación. Control centrado en cuestiones de naturaleza competencial o en la existencia de un soporte legal que habilitara la actuación administrativa —en el art. 3 LOMESP, el art. 26 LGS o el art. 54 LGSP—, pero también en el juicio de proporcionalidad de las medidas —*ex art.* 54 LGSP—. En todo caso la no autorización/ratificación no tenía como consecuencia la invalidez de las medidas —lo propio de un control de legalidad—, sino su ineficacia *erga omnes*.

⁶ Impugnación que, tratándose en su caso de una disposición normativa, podría ser directa o indirecta. Esa posibilidad solamente podía suceder si previamente las medidas aprobadas hubieran recibido la autorización judicial, único caso en que habrían entrado en vigor. Posibilidad de impugnación que tenía lugar una vez producido el control de legalidad preventivo autorizador que, dicho sea de paso, prácticamente agotaba todas las cuestiones susceptibles de control en un examen de legalidad más detenido y, sobre todo, pleno, al menos, en una impugnación directa de disposiciones normativas. ¿Sobre cuántos otros aspectos era posible entonces pronunciarse en una posterior impugnación en una materia huérfana de desarrollo legal? Sobre más o menos los mismos. Así lo confirma la STC 70/2022.

Esta misma afirmación se ratifica a la vista de la doctrina sentada por la STS de 26 de enero de 2022 (rec. 1155/2021). En este caso, se impugna una sentencia en la que

acuerdo con los arts. 87, 1.º bis y 2º, y 87 *ter*, y, por ello, en este caso ya sí, de la fuerza de cosa juzgada material de la sentencia dictada en casación⁷.

Muchas particularidades en muy pocas normas procesales, no cabe duda. Las opiniones que se mostraron indulgentes con la reforma de la LJCA mantuvieron que la modificación legal podía ser criticada por muchos motivos, pero no porque fuera inconstitucional; en opinión de esa doctrina, la reforma encontraría su soporte en el art. 117.4 CE. Algo similar sucede con los magistrados firmantes del voto particular a la STC 70/2022. Además, tanto esas opiniones doctrinales como también el voto particular justifican la reforma legal en las circunstancias sanitarias generadas por la pandemia de la covid-19. Es como si se quisiera dar a entender que el legislador puede acudir al art. 117.4 siempre que considere que haya un derecho que garantizar y una circunstancia que lo motive. No puedo estar de acuerdo con este planteamiento.

el tribunal de instancia, con plena cognición, tras un procedimiento contradictorio y en el que hubiera podido haber fase probatoria, enjuicia ciertas resoluciones que acordaban medidas sanitarias con destinatario general. Las medidas enjuiciadas en el caso se dictaron antes de reformarse la LJCA por la Ley 3/2020, siendo competentes todavía los juzgados de lo contencioso-administrativo para conocer de todas las autorizaciones sanitarias limitativas de derechos fundamentales. Esto no es óbice para que la sentencia citada confirme que toda la jurisprudencia dictada posteriormente en recursos de casación de los previstos en el art. 87 *ter* LJCA, en relación con los arts. 10.8 y 122 *quater*, era aplicable también a estos otros asuntos. En el caso en cuestión es llamativo que el Tribunal Supremo censure a la recurrente, viniendo a decir que no había hecho un esfuerzo por criticar la sentencia de instancia utilizando los argumentos de la jurisprudencia dictada una vez vigente la reforma legal. En otras palabras, en la impugnación directa de las medidas se debían alegar las mismas cuestiones manejadas en el procedimiento de autorización judicial. Si esto es así en este caso, pensemos qué se podría alegar en aquellos otros sujetos plenamente a la modificación de la LJCA. En fin, es evidente que, en esos términos, se inducía a no impugnar. En este sentido, Baño León (2020) y Álvarez García (2021).

⁷ Se trata de un recurso de casación articulado a través de un procedimiento *sui generis* y que en muchos casos tenía por objeto disposiciones que solo de una forma genérica podía decirse que incurrían en una infracción de normas de derecho estatal. Seguía siendo, además, un recurso orientado a la generación de jurisprudencia, aunque se antojaba que su recorrido podría ser corto. Si de lo que se trataba era de crear jurisprudencia, lo más probable es que las posibilidades de que hubiera aspectos sobre los que ya se hubiese pronunciado el Tribunal Supremo fueran progresivamente mayores. Llama la atención que ya en la STS de 3 de junio de 2021 (rec. 3669/2021) —una de las primeras— la Sala ya tuviera que decir que «la cuestión de interés casacional objetivo que la Junta de Andalucía considera concurrente en este caso y quiere que resolvamos está ya resuelta por nuestra sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo (casación n.º 3375/2021)».

4. A continuación, voy a ordenar mi exposición comenzando con un examen de la STC 70/2022, para, a continuación, aportar algunos argumentos adicionales basados en un análisis sistemático del art. 117.4 CE en relación con los arts. 24, 103, 106, 117 y 123 CE. A mi juicio, estos argumentos habrían servido para fortalecer los manejados por el TC, basados casi en exclusiva en el principio de separación de poderes.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LA LJCA

1. La STC 70/2022 aborda el control de constitucionalidad del art. 10.8 LJCA desde un canon de constitucionalidad fundado en el principio de separación de poderes. La sentencia parte de la reserva de jurisdicción que prevé el art. 117.3 CE y la conecta con la excepción a la exclusividad jurisdiccional que prevé el apdo. 4.º del mismo art. 117, para alcanzar, a continuación, consecuencias desde prácticamente el único prisma que maneja, que es el de la separación de poderes. Esa conexión casi unidireccional hace que en varios momentos los argumentos manejados por la sentencia resulten algo forzados, echándose de menos el recurso a otros parámetros de control.

El TC comienza asumiendo una interpretación restrictiva del art. 117.4 CE. Se ha de compartir con la sentencia que el precepto constitucional no permite una interpretación extensiva. Más discutible es el modo en que se defiende que ese límite sea aplicado muy severamente en relación con el control *ex ante* de medidas generales, pero que, sin embargo, se asuma sin tanto reparo para el control de actos singulares y concretos. Esto, que a mi juicio pudiera ser razonable, no queda bien justificado en la sentencia. Detrás se encuentra el empeño del Tribunal de predeterminar el juicio de la reforma legal desde la separación de poderes y, específicamente, con base en las interferencias en la potestad reglamentaria de la actuación judicial⁸.

A continuación, el Tribunal deriva una regla de enjuiciamiento del art. 117.4 CE que es muy criticada por el voto particular. El art. 117.4 no habilita una

⁸ Esto le lleva a cometer el error de entender que las medidas generales susceptibles de autorización judicial solo puedan ser calificadas como disposiciones reglamentarias. En esto tiene toda la razón el voto particular cuando corrige a la mayoría de los magistrados firmantes de la sentencia, mencionando expresamente que los actos plúrimos pueden ser perfectamente encuadrables en la inteligencia del texto legal. Cosa bien distinta, como ya he tenido ocasión de comentar, es que, en la gran mayoría de casos analizados, ciertamente las medidas sanitarias aprobadas debieran ser calificadas como disposiciones de carácter general.

interpretación que provoque una «desnaturalización del poder judicial». En esto estoy totalmente de acuerdo: los jueces y tribunales lo son siempre y en todo caso, también cuando no ejercen funciones jurisdiccionales, y su estatuto constitucional no puede ser puesto en riesgo. El Tribunal estima, a mi juicio razonablemente, que esa desnaturalización se produciría si el art. 117.4 se interpretara como una habilitación general al legislador para conferir cualquier tipo de función no jurisdiccional, «desbordando los cometidos propios del poder judicial» y entrometiéndose en tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado. Este argumento lo asumo, pero creo que merecía una reflexión no únicamente centralizada en la separación de poderes. Luego extenderé mis comentarios.

2. Llegados aquí, el siguiente paso era evidente: justificar por qué el art. 10.8 LJCA desborda la función jurisdiccional sin encontrar acomodo en el art. 117.4 y, por ello, violando la separación de poderes. La argumentación de la sentencia se centra en justificar que la potestad reglamentaria es una función exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo, de modo que el margen de acción que tiene el legislador con base en el art. 117.4 no le puede llevar a convertir esa potestad en una potestad compartida con el Poder Judicial. En este punto el TC recurre a varios argumentos.

El primero de ellos alude a que las normas reglamentarias despliegan sus efectos por mor de su aprobación —y consiguiente publicación—, pero no porque intervenga previamente otro poder público autorizando su vigencia⁹. Vinculado con ello, el segundo argumento es que el control de la potestad reglamentaria —*ex* art. 106.1 CE—, a diferencia de las medidas administrativas con destinatario singular —*ex* art. 8.6 LJCA—¹⁰ solo puede ser un control

⁹ Poco más adelante este argumento se vincula con una vulneración del principio de publicidad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Se afirma que las decisiones judiciales que autorizan las medidas sanitarias generales no se publican en los boletines oficiales, como sí lo haría la medida aprobada. Yo esto lo veo un poco forzado. Como bien dice el voto particular, que el auto autorizatorio no se publique no quita que sí deba serlo la medida autorizada. Por otro lado, el Tribunal vincula este argumento de la eficacia de las normas jurídicas reglamentarias con otro vinculado al principio constitucional de eficacia del art. 103.1. En este punto se comete un desliz. Se afirma por la sentencia que esa vulneración tiene lugar «en forma de ejecutoriedad». Adviértase de que el Tribunal se refiere aquí a que las disposiciones generales despliegan efectos desde su publicación (art. 131.I de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, LPAC); ahora bien, hablar de ejecutoriedad —prerrogativa que habilita la ejecución forzosa (art. 98 LPAC)— es algo que difícilmente puede predicarse de un reglamento.

¹⁰ La sentencia sintetiza así esta aseveración: «La “garantía de cualquier derecho” a la que se refiere el art. 117.1 CE [...] es un remedio estricto, individualizado o concreto,

ex post: «El poder judicial no es, en fin, cogobernante o copartícipe del ejercicio de la potestad reglamentaria», que «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».

En mi opinión, no creo que *per se* de la Constitución pueda derivarse una prohibición del control *ex ante* de normas jurídicas¹¹. Más tarde haré alguna reflexión al respecto, pero apunto ya que esa posibilidad constitucional se presume, en cualquier caso, bastante limitada: 1) porque no podría ser articulada como un control preventivo que incida en la vigencia de norma; 2) porque el control *ex ante* no encaja con el sentido con que el art. 106.1 CE prevé el control de la potestad reglamentaria, de forma que solo podría ser articulada con base en el art. 117.4 CE, por tanto, siempre y cuando la garantía de derechos que lo justificara no pudiera ser lograda con los mecanismos ordinarios de control de legalidad. En fin, el control *ex ante* de normas reglamentarias es constitucionalmente posible, pero poco probable.

Precisamente porque la autorización judicial de medidas sanitarias implica «decisivamente» a los tribunales en la puesta en marcha de tales medidas, se comparte con el TC que ese expediente produce una «confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al poder ejecutivo de la potestad reglamentaria». Confusión que no solo vulnera el principio de separación de poderes, sino que, como consecuencia, dificulta la exigencia de responsabilidades jurídicas y políticas con vulneración del art. 9.3 CE. En mi opinión, no es tanto que exista una prohibición constitucional de un tipo de control, sino que el modo en que el legislador lo ha previsto en este caso es inconstitucional.

Y, tercero, se afirma que nada de lo anterior se remedia porque una vez autorizada judicialmente la medida sanitaria, ésta pudiera ser objeto de un control jurisdiccional pleno y *ex post* tras su entrada en vigor: «Ese eventual

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 (que afecta a un número indeterminado de personas)».

¹¹ El voto particular hace algunas reflexiones sobre este particular que no comparto. No coincido con el voto porque, en su pragmatismo, valida el control *ex ante* afirmando que es un control de legalidad «meramente negativo» que «no impide ni condiciona el pleno control de legalidad *ex post*». A ello añade que los problemas que se imputan al control previo de normas reglamentarias también son derivables del mismo tipo de control respecto de medidas individualizables. Sin embargo, no creo que esto sea correcto, pues el control autorizador ni era un «mero» control previo, ni dejaba incólume el posterior control judicial, ni tampoco era estrictamente igual al control previo en casos singulares.

control judicial *a posteriori* se verá inevitablemente condicionado, en buena parte, por lo resuelto en el control preventivo que autorizó las medidas sanitarias». Aquí, a diferencia del voto particular, se tiene que estar de acuerdo con la sentencia. Creo que, como luego trataré de justificar, se podría haber buscado apoyo en el art. 24 CE para avalar esa conclusión.

3. Con estos argumentos se declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Un matiz importante. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no solo afectan al art. 10.8 LJCA —norma objeto de la duda de inconstitucionalidad—, sino también al art. 11.1.i por razón de su identidad. Hay que valorar positivamente que con esta sentencia se zanje de una vez esta cuestión, por extraño que pudiera parecer extender los efectos a un precepto que no había sido objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

III. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y OTRAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

1. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 117.4 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 24 CE

1.1. *El artículo 24 CE tiene una vinculación fundamental con el artículo 117.3, pero no así con el artículo 117.4*

1. Ya he mencionado que el procedimiento especial del artículo 122 *quater* LJCA articula un control preventivo de legalidad parcial. Este tipo de control de la actividad administrativa cuenta ya con varios ejemplos en nuestro ordenamiento. Cosa distinta es que, en esos casos, no se especula con un control sobre medidas generales. Esto último es especialmente importante y para la STC 70/2022 es un dato determinante.

Tratándose de un mecanismo de control de legalidad limitado, las medidas aprobadas solo son susceptibles de un control pleno de legalidad si son impugnadas posteriormente, algo que, ya he señalado, es posible, pero bastante improbable que prospere. En estas condiciones, el control *ex ante* se muestra menos eficaz y definitivo para controlar la legalidad de la actuación administrativa que cualquier control de legalidad *ex post*: no solo el control judicial no sirve para reprochar la ilegalidad de las medidas —la validación afecta a su vigencia—, sino que, como he puntualizado, el control de legalidad pleno con efectos invalidantes se desincentiva. En definitiva, la reforma legal condiciona el ejercicio del art. 24.1 CE por los ciudadanos. No lo impide, faltaría más, pero como la STC 70/2022 afirma, la previa

autorización de las medidas pone en tela de juicio la viabilidad real de un proceso pleno posterior.

2. En este momento de la exposición tan solo quiero pronunciarme acerca de si el art. 117.4 habilita un otorgamiento de funciones judiciales basadas en un control *ex ante*. A mi juicio no se puede deducir lo contrario ni de este ni de ningún otro precepto constitucional. El control *ex post* es el idóneo para proveer justicia tutelando derechos e intereses legítimos, pero esto no supone que la garantía de derechos no pueda lograrse con un control preventivo. El art. 8.6.II LJCA es un buen ejemplo.

Lo que sucede es que el control jurisdiccional en sentido estricto —*ex post*—, el que proclama como función constitucional básica y fundamental de los jueces y tribunales el art. 117.3 CE, tiene una vinculación directa con los arts. 24.1 y 106 CE¹²: en un proceso entre partes se controla la legalidad y se tutelan derechos, es decir, se provee justicia en el caso concreto con efectos restitutivos de la legalidad y, en su caso, resarcitorios. Sin embargo, no se puede mantener que exista la misma relación entre el art. 24.1 y el art. 117.4. Si no hay función jurisdiccional —se excepciona la función prevista en el art. 117.3 CE—, no puede haber tutela de derechos e intereses en los términos que reivindica el art. 24.1, pues no hay controversia jurídica alguna sobre la que un órgano judicial imparcial e independiente deba dirimir haciendo justicia. Podrá haber otra forma de garantizar derechos, pero no la que exige el art. 24 CE.

3. Excepcionar el art. 117.3, *ex apdo.* 4.º del mismo art. 117, no debe suponer excepcionar en todo caso y prospectivamente el art. 24.1. Puede significar que en ejercicio de las funciones especiales atribuidas por el legislador por el art. 117.4, se desvincule el control judicial articulado en virtud del derecho

¹² La doctrina constitucional conecta las dos perspectivas que definen a la justicia administrativa: el control y la tutela. Por todas, la STC 140/2016 (FJ 3): «[...] los dos fines esenciales que se cumplen en la Justicia administrativa: proveer a la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos y llevar a cabo el control de las Administraciones públicas, asegurando la sujeción de éstas al imperio de la Ley». Frente a esta doctrina, sin embargo, el voto particular a la STC 70/2022 afirma que del art. 106.1 CE «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». Hablar de tutela judicial en relación con un procedimiento en el que ni había partes ni proceso en términos estrictos, resulta chocante. El art. 106 CE está pensando en un control *ex post* precisamente por su relación directa con el art. 24.1 CE.

fundamental *ex art.* 24 CE; ahora bien, eso no puede significar que se suspenda o cancele el ejercicio ulterior de ese mismo derecho. Por eso tiene todo el sentido que el control vía autorización/ratificación de las medidas sanitarias no impida su posterior impugnación. No puede haber una laguna del control de la legalidad, pues esto, aparte de vulnerar el art. 24.1, vulneraría el art. 106.1. Cosa distinta es que, en los términos previstos en la reforma de la LJCA declarada inconstitucional, esa impugnación posterior fuera claramente desincentivada.

Al contrario de lo que sucede con el art. 24.1, sí que creo que hay una relación permanente y particular entre el art. 106 y el art. 117.4 CE. De conformidad con el art. 106.1, en relación con la actuación administrativa, la función de los órganos judiciales es controlar la legalidad; cosa distinta es que, en virtud del art. 117.4, ese control se articule *ex ante* y culmine diferente a un juicio de invalidez y, por ello, rompa la conexión entre justicia, jurisdicción y tutela judicial. Cuando el art. 117.4 prevé la atribución de funciones judiciales distintas de las estrictamente jurisdiccionales, pretende exactamente eso, excepcionar lo previsto en el apdo. 3.º del art. 117 —de hecho, se refiere expresamente al «apartado anterior», sin perjuicio de que esto tenga consecuencias directas sobre el art. 24.1 por razones obvias—, pero no permite excepcionar otro precepto constitucional como es el art. 106, en el sentido de que la función jurisdiccional de los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo ha de ser siempre la de controlar la legalidad para tutelar derechos e intereses legítimos¹³. Las funciones atribuidas a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo deberán ser siempre funciones de control de la legalidad y, como dice el art. 117.4, en garantía de derechos. Cosa distinta es, a mi juicio, que, con base en el art. 117.4, esa función no necesariamente deba articularse como un control *ex post* en el marco de un litigio entre partes¹⁴, pero sí debe

¹³ La STC 34/1995 (FJ 3) es bastante rotunda en este sentido: «Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el art. 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes —que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal— no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales». En las pocas sentencias del TC que se han pronunciado sobre el art. 117.4, se observa que las funciones atribuidas a los órganos judiciales poco tienen que ver con las propias de los controles impugnatorio y suelen afectar a otros órdenes jurisdiccionales. Así, en las SSTC 124/2002 (FJ 4), 115/1987 (FJ 1) y 141/1988 (FJ 9).

¹⁴ Velasco Caballero (2020) recuerda que la función judicial no se limita a la resolución de controversias entre partes, y buen ejemplo de ello es la «jurisdicción voluntaria».

implicar un control de legalidad en garantía de derechos que no pueda ser articulado satisfactoriamente, por circunstancias jurídicas, fácticas o de otra naturaleza, con base en los procedimientos ordinarios de control judicial.

Como ya mencioné anteriormente, en esto coincido en parte con el voto particular a la STC 70/2022. La Constitución no veda un control preventivo de normas jurídicas, pero no porque, como dicen los magistrados discrepantes, así se derive del art. 106 CE, sino porque el art. 117.4 puede habilitar ese tipo de control. Otra cosa es que esa posibilidad plantea serios inconvenientes y deja pocas alternativas al legislador.

4. La posible justificación de esta forma de control *ex ante* no quiere decir que no deba ser un tipo de control excepcional (Agudo González, 2018: 54 y ss.). Aparte de las funciones de ese tipo que se prevén en la LJCA, todas en relación con medidas concretas y singulares, solo conozco algo similar a lo que ahora se prevé en los arts. 10.8, 11.1.i y 122 *quater*, en relación con el TC¹⁵.

La obligación de preservar la Constitución y los derechos fundamentales y la de garantizar, al mismo tiempo, la seguridad jurídica son los fines que orientan la función atribuida por el art. 95 CE al TC. La Declaración del TC 1/1992, de 1 de julio (FJ 1), así lo confirma. Los deberes imputables al TC, en realidad, se derivan del art. 9.3 CE, y no hay ninguna razón para que no puedan ser extrapolados en relación con los órganos judiciales en virtud del art. 117.4 CE. En fin, parece razonable admitir que la doctrina de la Declaración 1/1992 en relación con la caracterización de la función de control de constitucionalidad *ex ante* atribuida por el art. 95 CE pueda ser aplicada a la interpretación del art. 117.4 CE.

Salvando las distancias, entiéndase el anterior argumento a la vista de las siguientes afirmaciones de la citada declaración: 1) del TC puede solicitarse *ex art. 95 CE* «una Declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo», añadiendo que la duda de constitucionalidad no requiere del Tribunal «un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante» —esto, en mi opinión, debe ser trasladable a la interpretación del art. 117.4, pues en otro caso, se daría pie a una confusión de funciones administrativas-judiciales; sobre ello volveré después al analizar la potestad de autorización de medidas

¹⁵ Me refiero al control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales del art. 95 CE y al recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, contra proyectos de estatutos de autonomía y contra propuestas de reforma de estatutos de autonomía del art. 79 de la LOTC.

normativas que culmina con un juicio sobre la entrada en vigor, no la validez, de las medidas—, y 2) que, «aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales». De aquí debe trascender para nuestro análisis que el control *ex ante*, incluso respecto de normas jurídicas, es una forma de control que posee base constitucional; esto mismo podría servir de apoyo para prever algo similar en el ámbito del control de legalidad de disposiciones reglamentarias. Cierto es que esta forma de control, a diferencia de lo que sucede con el TC, no cuenta con un precepto constitucional del que puedan deducirse los términos y las consecuencias derivadas de su ejercicio. Para el orden contencioso-administrativo, en mi opinión, solo podría habilitarse con base en el art. 117.4 CE, sin perjuicio de que las limitaciones inherentes al recurso a dicho precepto condicionan de forma importante su viabilidad.

5. Ambas consideraciones me llevan a otra. Un órgano judicial no deja de serlo por mor de la especialidad de la función que el legislador le atribuya. Que el control de normas pueda articularse mediante un control *ex ante* no es inconstitucional siempre y cuando esto no «desnaturalice», por emplear las palabras de la STC 70/2022, el estatuto jurídico de los órganos judiciales. Las funciones atribuidas por el legislador *ex* 117.4 no pueden servir para difuminar el estatuto de independencia e imparcialidad que siempre y en todo caso ha de caracterizar a los órganos judiciales tanto en su función típica y fundamental como en otras extraordinarias y excepcionales. El art. 117.4 no es una excepción a los apdos. 1.º y 2.º del mismo art. 117.

Como parangón para ratificar este argumento puede ser útil otra vez la función conferida al TC con base en el art. 95 CE. Si en virtud del art. 95 CE el TC es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre la Constitución y un tratado antes de su ratificación, con base en el art. 10.8 LJCA los TSJ son llamados a pronunciarse sobre la contradicción entre determinadas medidas sanitarias generales y los derechos fundamentales eventualmente afectados por ellas. Lo que sucede es que la posición de ambos tribunales es distinta.

El TC no puede anular e invalidar un tratado, pues la fuente de validez de la norma internacional es el derecho de tratados internacional. *A priori* podría declarar que la Constitución no es compatible con un tratado, y, como establece el art. 95, el texto constitucional deberá modificarse antes de ratificar dicho tratado. La otra posibilidad podría ser el control *ex post*. En tal caso, el

TC podría considerar que un Tratado que ha sido ratificado por el Estado español es contrario a la Constitución y, consiguientemente, debería anular el instrumento de ratificación y obligar al Estado español a denunciar el tratado. Es evidente la perturbación que para las relaciones internacionales del Estado implicaría esa eventual declaración de inconstitucionalidad *ex post*. Para evitar esa situación el art. 95 prevé este mecanismo de control. Cáigase en la cuenta de que el TC intervendría en ambos casos, pero en ninguno se pronuncia sobre la validez del tratado internacional, sino acerca de si ese tratado puede desplegar plenos efectos en nuestro sistema jurídico. Por último, otra cuestión determinante es que, si el TC interviene *ex art. 95*, el pronunciamiento gana fuerza de cosa juzgada y, por tanto, no cabría volver a plantear la misma cuestión *a posteriori*¹⁶.

No sucede lo mismo en el caso del art. 10.8 LJCA. Téngase en cuenta que los TSJ también hubiesen sido los órganos judiciales que hubieran conocido de la impugnación directa de las medidas sanitarias aprobadas, o bien de la cuestión de ilegalidad en caso de impugnación indirecta¹⁷. Por tanto, los TSJ

¹⁶ Así, la Declaración 1/1992, de 1 de julio (FJ 1).

¹⁷ El supuesto problemático era aquel en el que las medidas entrasen en vigor (por ser autorizadas por la sala competente, pues en otro caso no hubiesen desplegado efectos). Las situaciones podrían ser las siguientes. A) Auto autorizatorio del TSJ o de la AN y posterior recurso de casación. ¿Quién hubiera podido recurrir en casación? En estas circunstancias los únicos competentes para recurrir serían el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado en los casos previstos en el art. 87 *ter* 4.º. i) Casación desfavorable: se confirma la autorización/ratificación de las medidas. La sentencia dictada en casación despliega plenamente los efectos de cosa juzgada y las medidas podrán seguir en vigor. Siendo validadas las medidas, la cosa juzgada material impediría volver a pronunciarse sobre el test de proporcionalidad y, en su caso, otras cuestiones formales regladas. ¿Sobre qué otros aspectos de fondo es posible que la Sala de instancia se pronuncie en una posterior impugnación? A esa duda se le unen consideraciones similares a las que haré en B). ii) Casación que revoca el auto: no autorización/ratificación de las medidas. La sentencia dictada en casación despliega plenamente los efectos de cosa juzgada, pero no tiene consecuencias, ya que las medidas no podrán entrar en vigor. No es posible impugnación posterior alguna. B) Auto del TSJ o de la AN sin posterior recurso de casación. El supuesto más problemático es este: i) impugnación directa. En estos casos, el auto autorizatorio del TSJ o de la AN no gana fuerza de cosa juzgada material —sí formal—. Tratándose de medidas con carácter normativo, el art. 10.1.b otorga la competencia para conocer de la impugnación directa posterior a la Sala 3.ª del TSJ —lo mismo se deriva del art. 11.1.a respecto de la Sala de la AN—. ii) En caso de impugnación indirecta del art. 26.2 LJCA, el art. 21.4 considera legitimada pasiva a «la Administración autora de la

intervienen tomando una decisión vinculante que afecta a la entrada en vigor de una disposición y pueden volver a intervenir *a posteriori* con una decisión que afectaría a su validez.

Toda esta disertación para llegar a donde se pretendía. Si el TSJ se puede pronunciar dos veces sobre una misma disposición —con diferente finalidad y alcance—, ¿no se podría poner en tela de juicio la imparcialidad de la sala cuando deba pronunciarse sobre la impugnación posterior de la misma norma? Ya sabemos que el auto autorizatorio de medidas sanitarias no generaba efectos materiales de cosa juzgada. Sin embargo, se hace difícil entender que una misma sala pueda desdecirse de los términos de su resolución previa. La STC 70/2022 lo detecta claramente: «[...] el control judicial *a posteriori* se verá inevitablemente condicionado» por lo resuelto en sede del control preventivo.

Es en esos casos en los que el pronunciamiento de la sala podía estar condicionado y, por este motivo, afectar al estatuto de imparcialidad que constitucionalmente define a los órganos jurisdiccionales¹⁸. ¿Realmente era posible abrir una revisión íntegramente original y plena sin atender a los razonamientos que sirvieron de base al primer pronunciamiento? Si no son considerados y la decisión cambiaba de sentido —lo que fue autorizado como proporcionado,

misma —de la disposición—, aunque no proceda de ella la actuación recurrida». La competencia podrá corresponder a los juzgados de lo contencioso-administrativo o a la propia Sala del TSJ, dependiendo de circunstancias como la cuantía de la sanción, pero también de quién haya dictado la resolución impugnada. Hay CC. AA. en que las medidas son aprobadas por el Consejo de Gobierno y no por la consejería del ramo, lo que aboca la competencia al TSJ. ii') Si conociera el juzgado. Tratándose de una impugnación indirecta, en caso confirmatorio, deberá plantear cuestión de ilegalidad (arts. 27.1 y 123 y ss. LJCA). Finalmente, la Sala del TSJ conocerá del asunto. Y ii'') Si conociera la propia Sala. De acuerdo con el art. 27.2 LJCA, cuando «el Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la Sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general». De nuevo es la propia Sala la que revisaría el asunto. En otras palabras, con independencia de la forma de impugnación, hubiera sido la misma Sala la que hubiese tenido que revisar la misma norma que fue autorizada/ratificada.

¹⁸ En la salvaguarda de la imparcialidad de los tribunales, el TEDH ha desarrollado la conocida «teoría de la apariencia» (*justice must not only be done; it must also be seen to be done*). La independencia y la imparcialidad jurisdiccional no pueden basarse únicamente en una apreciación puramente subjetiva, sino que se debe ir más allá, en la medida en que está en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática (STEDH de 1 de octubre de 1982, *Piersack c. Bélgica*).

ahora resultaba no serlo—, ¿cómo quedaba entonces la credibilidad de la sala? Si, por el contrario, sí eran considerados y se confirmaba la tesis mantenida en un principio, partiendo de la premisa de que el procedimiento de autorización/ratificación era un procedimiento de control preventivo de legalidad limitado, ¿cómo se justificaba que la segunda decisión hubiera sido un proceso pleno de revisión, si se reiteraban argumentos similares?

En fin, a mi juicio, el control *ex ante* de disposiciones generales no es necesariamente inconstitucional. Ahora bien, en nuestro caso lo es porque, entre otras cosas, la reforma legal comprometía el estatuto jurídico de los órganos judiciales competentes.

1.2. ¿Es el artículo 24 CE aplicable si no hay partes ni derechos o intereses legítimos que tutelar?

1. Que el art. 117.4 pueda significar un condicionamiento al ejercicio del art. 24.1 CE ¿significa que todas las garantías que recoge el art. 24.2 quedan, asimismo, condicionadas? A mi juicio, no. Quiere decir que el legislador ha decidido que los órganos judiciales ejerzan ciertas funciones articuladas en un procedimiento especial, pero esto no implica que éste deje de ser un procedimiento ante un órgano judicial. Esto exige ciertas garantías que vedan la interdicción de la arbitrariedad, garanticen la indemnidad del sistema y salvaguarden el pleno sometimiento al ordenamiento jurídico. De otro modo, la función judicial quedaría absolutamente desdibujada.

La consecuencia entonces es clara: el art. 117.4 puede condicionar *a priori* el acceso a los jueces y tribunales para controlar la legalidad de la actuación administrativa, pero esto no significa que el procedimiento regulado, y en el que decide un órgano judicial, pueda ser un procedimiento sin garantías. Insisto, la excepción del art. 117.3 que habilita el art. 117.4 no extiende su carácter excepcional a las garantías de todo procedimiento que articulan la actividad judicial (art. 24.2). Eso sería absolutamente extraño al estatuto constitucional de los órganos judiciales (art. 117, 1.º y 2.º).

Distinto es que, por el tipo de procedimiento regulado, las funciones que el legislador otorga a los órganos judiciales condicionen la plenitud de esas garantías. Por ejemplo, si el órgano jurisdiccional tiene que pronunciarse sobre una medida sin que haya una controversia entre partes, es imposible hablar de igualdad de armas o de contradicción. Si, además, por el tipo de medidas a controlar es imprescindible que el procedimiento sea resuelto en un plazo brevísimo, esto significa que es casi imposible hablar de derecho a la prueba. En fin, el tipo de procedimiento puede exigir adaptar las garantías

exigibles¹⁹, pero no puede excluir la garantía por excelencia, el derecho a ser oído.

2. Desde este punto de vista sí que podría hablarse de que las garantías procesales de la Administración actuante podrían verse, en última instancia, afectadas. Siendo un procedimiento de control, siempre hay un objeto controlado —un acto, una norma—, y, por tanto, siempre hay una Administración cuya decisión se pone en cuestión. En conclusión, la decisión del órgano judicial afecta a los intereses de la Administración actuante. Las garantías en el procedimiento son claves para defender esos intereses, pues también las Administraciones públicas ostentan estos derechos de naturaleza procesal. Así pues, el art. 117.4 puede modular las garantías del art. 24.2, pero no excluirlas totalmente, ya que en otro caso la función judicial, que puede no ser jurisdiccional *ex art. 117.4*, se desarrollaría en unas condiciones que amenazarían la neutralidad que define a los órganos judiciales (art. 117, 1 y 2 CE), algo que el art. 117.4 no puede excepcionar.

2. ¿PUEDE EL ARTÍCULO 117.4 AFECTAR A LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS?

1. La doctrina constitucional se ha pronunciado acerca de las prerrogativas de autotutela administrativa, considerando que son compatibles con la Constitución por entroncar con los principios de seguridad jurídica, eficacia y de legalidad proclamados en los arts. 9.3 y 103 CE. Ahora bien, el TC nunca ha dicho que tales principios exijan que las Administraciones públicas gocen en todo caso de tal privilegio²⁰. Voy a analizar si en el caso estudiado se vulnera esa presunción y si, en caso de que así sea, viola alguno de los principios constitucionales citados²¹.

¹⁹ Sobre este aspecto, véase Agudo González (2018: 318 y ss.).

²⁰ La STC 199/1998 (FJ 2) sintetiza la doctrina constitucional recordando que «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la CE, y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse incompatible con el art. 24.1 de la CE, pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos».

²¹ El ATSJ de Aragón, de 3 de diciembre de 2020 (p. o. 332/2020), por el que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 10.8 LJCA, centra buena parte de sus consideraciones en este aspecto: «[...] puede asumirse que la Administración

2. Una interpretación algo superficial de la cuestión que analizamos podía decir que la presunción de validez realmente no se veía afectada en un supuesto como el previsto en los arts. 10.8 y 11.1.i LJCA. Partíamos, no obstante, de una situación bastante compleja y contradictoria, todo hay que decirlo. Un control de legalidad preventivo y limitado que validaba la entrada en vigor de medidas generales, sin prejuzgar su validez, pero cuya validez solo podía ser revisada si eran efectivamente autorizadas/ratificadas. Partiendo de esta premisa, podemos decir, en puridad, que el control judicial que analizamos no afectaba a la validez de las medidas sanitarias. Por esta razón, podían ser impugnadas *a posteriori*. Esto solo es cierto si las medidas eran autorizadas, pues en otro caso no entraban en vigor y, al no desplegar efectos, en buena lógica no podían ser susceptibles de impugnación.

Estos argumentos, como digo, me parece que se quedan en la superficie de la cuestión. Un auto no autorizatorio es claramente una decisión judicial que identifica irregularidades de naturaleza formal y/o sustantiva —test de proporcionalidad— que no viabilizan la entrada en vigor de las medidas por su contradicción con el ordenamiento jurídico —vulneración de normas sobre competencia, ausencia de base legal o incidencia desproporcionada en los derechos fundamentales—. La no validación de las medidas se constata en un reproche jurídico que tiene naturaleza preventiva. La funcionalidad del control es, por tanto, de ajuste previo, identificando deficiencias que, sin su adaptación o corrección ulterior, impiden que puedan ser definitivamente aprobadas y entrar en vigor.

En estos casos se comprende que las medidas aprobadas no fueran aplicables, ya que nunca podían haber sido aprobadas al incluir una evaluación de las necesidades, una consideración de los fines y una ponderación de intereses que violenta los derechos fundamentales. Esto, un tanto impropiamente, hay que reconocerlo, podía calificarse como una especie de «juicio implícito de validez» que fundamentaba la no generación de efectos *ad extra*²², si bien es

pueda actuar despojada de tal privilegio, como si de un particular se tratara, lo que no parece posible es completar la validez del acto administrativo, forzando una intervención judicial al margen de la función jurisdiccional que le es propia». En una línea parecida, los AATSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de octubre de 2020 (rec. 468/2020) y de 8 de octubre de 2020 (rec. 485/2020), pero sin llegar a la conclusión de que se conculque la Constitución.

²² Lo que sugiero es doctrina del TSJ de la Comunidad Valenciana, siguiendo al TC: por todos, el ATSJ de 6 de octubre de 2020 (rec. 227/2020) dice así: «La jurisprudencia del TC acerca del alcance de la función jurisdiccional ha clarificado que la extensión del control judicial en este ámbito singular consiste en verificar si concurren las condiciones extrínsecas de legalidad del acto administrativo objeto de

cierto que no conllevaba una declaración de no conformidad a derecho. En conclusión, la presunción de validez sí quedaba afectada. Cosa distinta es que, a la luz de la doctrina constitucional, esta excepción pudiera ser considerada inconstitucional. La STC de 70/2022 aborda esta cuestión de soslayo.

3. Insisto, la situación es particular²³. No cabe duda de que el juicio de no validación de las medidas aprobadas rompía la presunción de legalidad —se habrían detectado irregularidades formales y/o sustantivas ligadas, en este último aspecto, al test de proporcionalidad que impiden la autorización judicial—, pero, eso sí, sin declarar su invalidez. Al mismo tiempo, esas irregularidades impedían un juicio de validez posterior, pues las medidas no entraban en vigor y no eran susceptibles de impugnación. La presunción de validez, por tanto, era esquivada sin que hubiera mediado una declaración de las medidas como no conformes a derecho.

¿Vulnera esta situación los principios de seguridad jurídica, legalidad y eficacia, principios constitucionales que se encuentran en la base justificativa de la presunción de validez? Siendo razonables, en primer lugar, no parece que pueda decirse que se vulnera el principio de legalidad, pues la no validación de las medidas traía causa de un control de legalidad cuya consecuencia no era la invalidez, pero sí la quiebra de la presunción de legalidad. Por ello mismo es admisible la imposibilidad de aplicación de unas medidas contrarias a la legalidad vigente. En otras palabras, el principio de legalidad prevalece y es plenamente satisfecho. Y esto mismo sirve para afirmar por qué tampoco se vulneraba el principio de seguridad jurídica, ya que la no validación suponía determinar con toda certeza las medidas que no podían desplegar efectos jurídicos. Esto, lógicamente, también podría servir para corroborar que existía una limitación del principio de eficacia del art. 103 CE. Limitación que se producía no solo cuando se denegaba la autorización, sino también cuando la medida era autorizada judicialmente, pues su entrada en vigor quedaba demorada. Esa circunstancia, como había reiterado el TC, era compatible con el art. 103 CE²⁴. Sin embargo, la STC 70/2022 lo considera ahora contrario a dicho principio,

ejecución, lo que es equiparable a la inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en el mismo, o a que la Administración pretenda actuar en vía de hecho».

²³ Mis reflexiones sobre este particular se apoyan en los que considero que son los trabajos más completos en los últimos años: Rebollo Puig (2005) y Cano Campos (2020).

²⁴ De hecho, es habitual la demora de la ejecutividad en virtud del contenido mismo del acto (condiciones suspensivas) o por la exigencia de notificación o, *a posteriori*, por la suspensión cautelar de la ejecutividad.

porque las medidas a autorizar son disposiciones reglamentarias. Recuérdese que aquí los argumentos del Tribunal son criticables²⁵.

4. Un último argumento me permite traer a colación al art. 6 LOPJ. Siempre se ha interpretado que el mandato dirigido a los órganos judiciales por este precepto, en realidad, conlleva la previa anulación de la disposición. La impugnación directa e indirecta y la cuestión de ilegalidad existen porque pocos jueces se atreverían a no aplicar una norma reglamentaria sin un juicio de invalidez dictado por el órgano judicial competente. El derecho fundamental a obtener un pronunciamiento sobre el fondo fundado en derecho bien lo vale. Pero ¿y si el art. 117.4 pudiera ser la base para dar contenido al mandato expreso del art. 6 LOPJ? ¿Y si la reforma de la LJCA fuera una manifestación de la inaplicación de disposiciones contrarias a las leyes y a la Constitución?

Si esto fuera así, llego a la siguiente conclusión: en virtud del art. 117.4 CE se pueden condicionar o afectar principios básicos del derecho administrativo como es la presunción de validez. El art. 117.4 no puede alterar la condición de los jueces y tribunales como sujetos que controlan la legalidad (art. 106), pero sí que puede, al atribuirles funciones distintas a las estrictamente jurisdiccionales, incidir sobre los privilegios que califican a la actividad administrativa. Esas funciones de control *ex ante* deben articularse mediante una forma de control de legalidad, pero su pronunciamiento no siempre tiene que concretarse en juicios atinentes a la validez, a pesar de que la decisión judicial presume la ilegalidad de las medidas.

3. DEDUCCIÓN DE OTROS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES PARA ATRIBUCIÓN POR LEY DE FUNCIONES «NO JURISDICCIONALES» A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1. El art. 117.4 CE permite deducir algunos criterios adicionales que condicionan la reserva al legislador que incorpora este precepto:

- A) El precepto tiene una orientación finalista única y determinante: el legislador puede conferir otras funciones distintas a la jurisdiccional única y exclusivamente en «garantía de cualquier derecho». La generalidad de la expresión entrecomillada muestra que esas funciones

²⁵ Como ya tuve ocasión de señalar, la sentencia afirma que la demora en la entrada en vigor de las medidas, condicionada por la autorización judicial, vulnera el principio de eficacia «en forma de ejecutoriedad».

no se limitan en principio y necesariamente a la protección de los derechos fundamentales.

- B) Esa orientación teleológica se concibe como la justificación de una atribución de funciones que ha de ser, en todo caso, excepcional. Esto puede deducirse del hecho de que el art. 117.4 comience afirmando que los juzgados y tribunales «no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior». A mi juicio, esto debe interpretarse en un doble sentido. La mera garantía de cualquier derecho no justifica por sí sola atribuir una función que es de por sí extraordinaria y excepcional en nuestro sistema constitucional. Aquí coincido con la STC 70/2022. Esa salvaguarda de derechos debe estar vinculada a la satisfacción de bienes constitucionales, principios y valores superiores que requieran una previsión tan singular que trastoque la función primordial del Poder Judicial. Esto, a pesar de la literalidad del art. 117.4 —«cualquier derecho»—, permite entender que, en los casos en los que el legislador ha acudido a esa excepción en relación con los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, lo ha hecho en garantía de derechos constitucionales²⁶: art. 18.2 CE y art. 8.6.I, II y IV LJCA (inviolabilidad del domicilio), el art. 8.6.II (medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales) o arts. 9.2, 10.7 y 11.5 LJCA (propiedad intelectual y protección de datos)²⁷. Segundo, esto también significa que esa atribución no solo debe estar justificada teleológicamente, sino que, además, en el plano funcional, debe ser un modo de salvaguardar un derecho en condiciones que la función jurisdiccional no podría conseguir en su ejercicio ordinario²⁸.

²⁶ Creo bastante ajustados los argumentos del ATSJ de Galicia de 26 de agosto de 2021 (rec. 412/2021) para evitar las paradojas que puede generar una interpretación literal del art. 117.4: «[...] las autorizaciones o ratificaciones que se nos demandan tienen como objeto limitar o restringir derechos fundamentales y ello es así aunque se aduzca que la limitación o restricción tiene lugar para garantizar otros derechos».

²⁷ Algo parecido se deriva de la doctrina constitucional. Los ejemplos siguientes no afectan a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la civil. En la STC 124/2002 (FJ 4) para tutelar los derechos de los menores y en la STC 115/1987 (FJ 1) para privar de libertad a extranjeros ilegales. En la STC 141/1988 (FJ 9) el bien jurídico es el deber de colaboración entre los poderes públicos, justificando que los jueces tengan «obligaciones encaminadas al logro de otras finalidades públicas, entre las cuales puede figurar la de comunicar la existencia de un documento respecto al cual no se ha hecho efectivo el pago de un tributo».

²⁸ Así, por ejemplo, la STC 31/2010 (FJ 49) rechaza «que el Consejo de Justicia de Cataluña pueda caracterizarse como un órgano de gobierno de los jueces, ya que las

Si no fuera así, la premisa que condiciona el recurso al apdo. 4º del art. 117 no se cumpliría —«no ejercerán más funciones...»—. En este punto insisto en mi coincidencia con la STC 70/2022: el art. 117.4 CE no es una cláusula de habilitación general al legislador, sino una norma de aplicación excepcional.

- C) Esas funciones extraordinarias se refieren a la «garantía de derechos», lo que sugiere una reconducción a la protección de situaciones jurídicas individualizadas. Esto es lo que se deduce de todos los supuestos constitucionales y no solo legales en los que se ha previsto una intervención judicial similar. En todos ellos el órgano judicial se pronuncia sobre un caso concreto e individualizado²⁹ en el que existen actuaciones administrativas previas que permiten, aún sin contradicción, que el juez pueda contrastar, evaluar las circunstancias y ponderar intereses contrapuestos³⁰. Desde esta perspectiva, la interpretación de la STC 70/2022 limitando la aplicación del art. 117.4 CE al control preventivo de medidas singulares y concretas encuentra mayor respaldo.
- D) La circunscripción de las funciones judiciales analizadas a asuntos singulares y concretos podría llevar a la conclusión de entender que el art. 117.4 no puede querer hablar de «garantizar» un derecho si no hay una controversia concreta en la que un derecho se encuentre en riesgo, debiendo dirimir el órgano jurisdiccional si se produce o no una verdadera violación³¹. Consecuentemente, se podría decir que si el pronunciamiento es en abstracto y en términos generales —por ejemplo, frente a una medida normativa—, es francamente más difícil garantizar derechos con base en un juicio especulativo general acerca de todas las eventuales violaciones predecibles³². Es obvio que,

únicas funciones que constitucionalmente puede ejercer son las de naturaleza administrativa; por tanto, la integración de Jueces y Magistrados en su composición supondría hacer uso de la excepción contemplada en el art. 117.4 CE, que impide, por principio, que los Jueces ejerzan funciones ajenas a la potestad jurisdiccional».

²⁹ Esto se ratifica siempre que el TC se ha pronunciado sobre esta cuestión. Lo es en su doctrina en relación con el art. 18.2 CE, pero también en otros casos donde se otorgan funciones a los jueces para tutelar a menores (STC 124/2002, FJ 4), a extranjeros (STC 115/1987, FJ 1) o para comunicar a la Administración tributaria documentos en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación ante dicha Administración (STC 141/1988, FJ 9).

³⁰ De la misma opinión, Baño León (2020) y Álvarez García (2021).

³¹ En contra, Velasco Caballero (2020).

³² Mucho más si, como sucede en nuestro caso, el parámetro de enjuiciamiento es el principio de proporcionalidad. Este principio es un parámetro de control que

en tales circunstancias, la garantía de los derechos será fundamentalmente apriorística y tentativa³³, aunque entiendo que no necesariamente tiene por qué ser así.

- E) Por último, las funciones atribuidas por el legislador en garantía de determinados derechos no pueden condicionar desproporcionadamente otros derechos. Ningún derecho es absoluto, pero los gravámenes que se impongan sobre estos no pueden ir más allá de los necesarios y adecuados para los fines que se pretenden alcanzar. No quiero pronunciarme con plena rotundidad y de forma general sobre este aspecto, pero ya he señalado que pueden darse casos en los que el derecho a la tutela judicial efectiva se vea claramente afectado: i) ya he comentado el modo en que la regulación del procedimiento especial de autorización/ratificación desincentivaba el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre todo en los casos en que tras dicho procedimiento se acudía en casación ante el Tribunal Supremo y la sentencia ganaba el efecto de cosa juzgada material; ii) en dicho

funciona bien cuando el control se ejerce en el marco de una controversia específica susceptible de una aproximación concreta. Si se evalúan medidas tomadas *in genere* sin referencia a un caso concreto, los efectos de tales medidas solo pueden ser valorados de forma general y en un juicio de tipo pronóstico/predictivo. En nuestro caso, téngase en cuenta que se trataba, además, de un control de proporcionalidad abstracto sin (casi) normas de contraste. Las normas de referencia en la materia —el art. 3 LOMESP, el art. 26 LGS y el art. 54 LGSP— son bastante genéricas y solo aportan algunas pautas generales, de modo que la concreción de las medidas quedaba en buena medida al albur de cada comunidad autónoma. En este contexto, el test de proporcionalidad partía de una situación jurídico-positiva prácticamente *ex novo* que debía contextualizarse para su aplicación a una situación general (Baño León, 2020; Barnés Vázquez, 2021: 114-115 y 137-138). Esa premisa situaba a los tribunales ante la ponderación de normas de control fundamentalmente constitucionales, pues, ante el vacío legislativo, la confrontación de las medidas para analizar se habría de hacer, en buena medida, con base en los derechos fundamentales y los principios y valores constitucionales.

³³ El tipo de control abstracto que se realiza en el seno de un procedimiento especial de autorización/ratificación no es el mismo que el que ejercen los altos tribunales en su función general de controlar la potestad reglamentaria. Mediante la impugnación de una norma reglamentaria se lleva a cabo un juicio de control abstracto, pero siempre atendiendo a la tutela de los derechos que blande la parte legitimada activamente. El litigio se enmarca en la pretensión ejercida y la *causa petendi* circunscribe los términos de la controversia. Es decir, hay una particularización de la violación de derechos e intereses en los términos en que el recurrente los singulariza en su pretensión.

contexto, el ejercicio de acciones posteriores —impugnación directa o indirecta— quedaba completamente limitado en su recorrido, máxime si, a lo ya dicho, añadíamos que el control jurisdiccional pleno y posterior se llevaba a cabo en un contexto de ausencia de desarrollo legal y eventual agotamiento de las cuestiones susceptibles de ser planteadas con las resueltas en casación —fundamentalmente, el juicio de proporcionalidad—, y, iii) finalmente, no se puede dejar de mencionar que las medidas autorizadas/ratificadas judicialmente, y con más motivo si contaban con el soporte del Tribunal Supremo, son una base determinante para la evitación de la generación de responsabilidad patrimonial y, por ello, de lograr una tutela resarcitoria.

2. Hecha esta sistematización, entiendo que limitar la previsión legal de funciones judiciales distintas a la estrictamente jurisdiccional —*ex art. 117.4*— referida a supuestos concretos y singularizables se cohonesta mejor con la función de «garantizar derechos», aunque, a diferencia de lo que opina la STC 70/2022, insisto en que no creo que pueda vetarse *per se* si el objeto de control fueran disposiciones generales.

4. POR FIN, EL ARTÍCULO 117.4 Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

1. La atribución de funciones distintas a las estrictamente jurisdiccionales no puede servir para vulnerar la separación de poderes. Aquí la STC 70/2022 tiene toda la razón. La poca doctrina constitucional que se había pronunciado sobre el art. 117.4 CE hasta la fecha, había hecho énfasis, precisamente, en esa cuestión³⁴. Hay quienes, sin embargo, no encontraron riesgo alguno para la separación de poderes. Ahora bien, más allá de la nueva Sentencia, la doctrina anterior del TC partía de que el art. 117.4 era una excepción a esa separación de poderes. La consecuencia es clara: los órganos judiciales ni deben intervenir ni deben interferir de forma determinante en las funciones propias de otros órganos constitucionales. La STC 70/2022 centra su argumentación en esta doctrina³⁵.

³⁴ La STC 37/2012 (FJ 6) dice así: «[...] conviene señalar que esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes».

³⁵ En ese mismo sentido, con anterioridad, Aragón Reyes (2020: 11), Muñoz Machado (2020: 128), Baño León (2020), Álvarez García (2020: 30; 2021), Pomed Sánchez

2. No se pueden compartir las críticas del voto particular a este respecto. Para los magistrados discrepantes la autorización judicial no parece incidir en la potestad reglamentaria. Esto no se justifica bien. El único argumento es la duda que se plantea acerca del distinto juicio que para la Sentencia merecen los mecanismos de control *ex ante* de medidas individuales frente a esos mismos mecanismos aplicados a medidas generales. ¿Por qué en un supuesto no existe esa intromisión y en el segundo sí? Esto hubiera merecido algo más de precisión por la Sentencia.

Aquí concurren varias circunstancias. Primera, la salvaguarda de derechos —premisa justificativa del art. 117.4 CE— no se satisface del mismo modo cuando existe una incidencia particularizada que cuando tiene lugar una provisión normativa general y prospectiva. Sobre esto ya me he extendido. Segunda, la discrecionalidad de la que puede servirse la Administración para intervenir la esfera jurídica de un sujeto no es semejante a la que se dispone para conformar los intereses generales de forma abstracta y general. Y, tercera, precisamente por lo anterior, el control judicial de la discrecionalidad en un caso y en otro no es similar. Ya he hecho alguna alusión a cómo un juicio de proporcionalidad funciona en uno y en otro caso, y, siendo francos, no se puede aceptar que la incidencia en las funciones ejecutivas no sea más incisiva en el segundo supuesto.

Cuando a un órgano judicial se le atribuye la función de autorización/ratificación de una disposición general, en realidad, lo que se propugna es una decisión que incide sobre la forma en que deben componerse los intereses generales en su interacción con los derechos e intereses que se pretenden proteger y/o condicionar a la luz de la norma aplicable. En fin, se aboca a una intervención que se concretará en un juicio que valida (autoriza) o reformula (no autoriza) el modo en que el órgano competente administrativo habría articulado esas relaciones en la norma controlada. Por esto mismo, si la autoridad competente quisiera aprobar unas medidas similares a otras previamente no autorizadas, no podrá hacerlo si no rectifica su propuesta en consideración con las determinaciones de la decisión del órgano judicial —eso sí, siempre y cuando las circunstancias se mantengan igual—. No es de extrañar que esto haya propiciado la comparación de la función atribuida a los tribunales con la de un órgano consultivo con funciones preceptivas y vinculantes³⁶.

(2020: 140), Lozano Cutanda (2021: 4), Barnés Vázquez (2021: 114 y 138), Fernando Pablo (2021) y Alonso Timón (2021: 268-270).

³⁶ Esta opinión en el ATSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2020 (p. o. 332/2020), y, en términos parecidos, en el ATSJ de Galicia de 26 de agosto de 2021 (rec. 412/2021).

En conclusión, sin perjuicio de que el control *ex ante* sea un control limitado, resulta que, sobre todo si la decisión es no autorizar/ratificar las medidas aprobadas, la Administración competente se encontraría con una decisión que le indicaría el camino a seguir, lo que *grosso modo* es algo cercano a determinar la forma en que la Administración debe establecer las medidas. El TSJ no puede redactar los preceptos de la disposición, eso va de suyo, pero, al afirmar, por ejemplo, la desproporción de las medidas no autorizadas en cuestiones como la duración, la extensión territorial o la viabilidad de una medida u otra cualquiera, queda claramente predeterminada la expresión de las medidas para el futuro si se pretende dictar otras nuevas para circunstancias similares. Esto, salvando las distancias, me recuerda algo a lo que prohíbe el art. 71.2 LJCA.

5. LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES CON BASE EN EL ARTÍCULO 117.4 CE NO PUEDE SERVIR PARA DEVALUAR LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Un último grupo de críticas a la reforma de la LJCA se refiere a las particularidades de la casación que ha sido prevista en el art. 87 *ter*. Esta cuestión no ha sido abordada en la STC 70/2022, porque no era objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Comenzando por las singularidades de carácter procedimental, no creo que permitieran invalidar la reforma. Desde luego no es una modificación para elogiar, pero que, por ejemplo, no haya fase de preparación podrá ser criticable, creo que es algo acorde con las circunstancias. Que los plazos sean muy cortos es claramente conciliable con el tipo de medidas que son controladas. Que la legitimación sea la que es, puede ser algo más criticable, pero coherente con quienes podían ser «parte» ante los TSJ o la AN. En fin, no creo que estas cuestiones puedan fundar una crítica con relevancia constitucional.

2. Me preocupa más el papel que se le ha hecho jugar al Tribunal Supremo conociendo de esos recursos de casación. A mi juicio se puede plantear una crítica con base en una interpretación del art. 117.4 en relación con el art. 123 CE.

La función jurisdiccional del Tribunal Supremo está más vinculada con el art. 14 CE y, por ello, con la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley, así como con el art. 9.3 CE, y, por esta razón, con los principios de legalidad y de seguridad jurídica —*ius constitutionis*—, que con el art. 24 CE —*ius litigatoris*—. Esto explica que la caracterización de la jurisdicción del Tribunal Supremo haya

quedado ligada a la función nomofiláctica que define a la casación³⁷, reforzada tras la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

El sentido que tiene la casación en el sistema de justicia administrativa se explica por la función que los arts. 123 y 152.1 CE reservan al Tribunal Supremo. De ambos preceptos se puede deducir que el Tribunal tiene atribuida una jurisdicción singular en el ámbito administrativo. Especialidad ratificada tras la objetivación del recurso de casación y la eliminación de la apelación ante el Tribunal Supremo. La conclusión preliminar es clara. El Tribunal Supremo ostenta ya de por sí una posición constitucional singular que se concreta en una función jurisdiccional propia.

3. ¿De qué modo puede afectar el legislador al estatuto constitucional del Tribunal Supremo? Esto me lleva a abordar la interpretación del art. 117.4 en relación con el art. 123 CE. El art. 117.4 se refiere genéricamente a los jueces y tribunales sin distinción. Aquí podemos asumir dos interpretaciones: a) la Constitución no ha querido excluir a ningún tribunal, incluido al Tribunal Supremo; b) la Constitución no hace alusión al Tribunal Supremo, porque va de suyo que no tiene una función semejante a la que tienen el resto de los órganos judiciales. Yo me decanto por la segunda opción.

El art. 117.4 no puede servir de base para otorgar funciones distintas al Tribunal Supremo, porque ya existe un precepto constitucional que le otorga una posición institucional y una función propia. En definitiva, el art. 117.4 no afecta al art. 123.1 CE. Esto tiene sentido porque la excepción funcional que ampara el art. 117.4, está íntimamente ligada con el art. 24 CE —porque conecta con el apdo. 3.º del art. 117—, de modo que esa excepción afecta más al *ius litigatoris*, que, como ya he señalado, tiene un carácter secundario en la jurisdicción atribuida al Tribunal Supremo³⁸.

4. ¿Quiere esto decir que la reforma de la LJCA vulnera el art. 123? Este interrogante merece alguna reflexión. En primer lugar, los efectos de la reforma legal y las críticas realizadas a la luz del art. 117.4 CE y del principio de separación de poderes trascienden al Tribunal Supremo. Es innegable que al

³⁷ Por todas, las SSTs de 24 de mayo de 2016 (rec. 174/2015) o de 30 de mayo de 2016 (rec. 453/2015).

³⁸ Lo que no quiere decir, como ha advertido el propio Tribunal, que, por mucho que se enfatice la relevancia del *ius constitutionis*, quepa caracterizar la casación como un recurso abstracto o puramente dogmático. Por este motivo, sigue siendo imprescindible la legitimación para acceder al recurso vinculada a la reconocida a las partes en la instancia.

Tribunal se le hace partícipe, igual que lo era para los TSJ y la AN, de una posición «extraña» para su estatuto constitucional que, en el caso del Tribunal Supremo, se agrava por su singular institucionalidad.

Pasando al art. 87 *ter* se puede afirmar que condiciona la función nomofiláctica del Tribunal, al menos, en tres sentidos. Primero, porque la casación tiene un recorrido constreñido por unas costuras estrechas: examinar la fundamentación y la decisión del TSJ sobre la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y de la verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas, dictando, en su caso, la interpretación que se entienda procedente, pero sin que en ningún caso suponga una eventual revisión plena. Confieso que este argumento no es demasiado convincente, pues la casación es de por sí un recurso con singularidades en la extensión del control.

También se podría afirmar que la reforma ubica al Tribunal Supremo como el protector directo de los derechos fundamentales, cuando el art. 123.1 dispone rotundamente que la jurisdicción superior del Tribunal excluye «lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Las medidas que tiene que controlar el Tribunal afectan a derechos fundamentales; además, la salvaguarda de estos derechos no es sencilla, pues las leyes estatales en la materia poco aportan a efectos de identificar parámetros de control (arts. 3 LOMESP, 26 LGS y 54 LGSP), de modo que la norma de contraste se ha de encontrar directamente en los derechos fundamentales. En este sentido, no es de extrañar que el Tribunal Supremo haya otorgado especial énfasis, a los efectos de entender la existencia de un interés casacional objetivo, al hecho de que las medidas sobre las que versa el procedimiento afecten a derechos fundamentales. El inconveniente argüido por alguna doctrina es que esta posición otorga una competencia a los tribunales del orden contencioso-administrativo y, en última instancia, al Tribunal Supremo, para condicionar unas medidas con base en un control que, en buena medida, es de constitucionalidad³⁹. El argumento no lo veo definitivo. El Tribunal, como cualquier órgano judicial, también protege los derechos fundamentales, aunque en esta materia su jurisdicción no sea la superior (art. 123.1).

³⁹ Azpitarte Sánchez (2021: 136) entiende que la competencia atribuida a los TSJ ofrece dudas razonables de constitucionalidad, porque esa competencia condiciona la eficacia de las medidas «en un control previo, que solo puede ser de constitucionalidad». En una línea parecida entiendo a Crespo Barquero (2021: 79): «[...] la función que desempeña el Tribunal parece ser otra, consistente en homologar o incluso complementar la *calidad constitucional* de la propia ley, subsanando esa mayor indefinición o supuesta insuficiencia de la norma mediante su interpretación judicial».

Finalmente, otra duda que plantea la reforma legal tiene que ver con que muchas de las medidas controlables vía recurso de casación son disposiciones autonómicas con un soporte muy puntual en normas estatales. El Tribunal Supremo se ha encargado de que las Administraciones sanitarias tengan que justificar que esas medidas tienen engarce en los arts. 3 LOMESP, 26 LGS y 54 LGSP, pero esto es manifestación de un pragmatismo que ha dado lugar a una interpretación extensiva y excesivamente posibilista de esos preceptos. Todo, creo, no solo para habilitar poder tomar ciertas medidas sanitarias, sino también para saltar el escollo que presenta el art. 86.3 LJCA, dando cabida a la fundamentación de una infracción de normas de derecho estatal y, consiguientemente, conseguir superar el límite que el art. 152.1.II CE impone a la jurisdicción del Tribunal Supremo en favor de los TSJ. Es el mejor argumento, pero, en buena lógica, solo válido allí donde se cumplan los presupuestos del art. 86.3 citado.

En definitiva, en mi opinión, las dudas de constitucionalidad vienen por las cuestiones ya comentadas y que atañen más a la función que se otorgaba a los TSJ y la AN, y vía casación al Tribunal Supremo, que a la especialidad misma de la casación prevista.

5. Habrá quienes, desde luego, no compartan esta conclusión. Ahora bien, quizá sí estén de acuerdo con que la reforma de la LJCA ha tenido otro efecto importante: la responsabilidad que ha asumido el Tribunal Supremo para permitir la aplicabilidad de la reforma legal en una manifestación de pragmatismo sin demasiados precedentes.

El Tribunal Supremo cuando tuvo ocasión de resolver el primer recurso de casación tras la reforma del LJCA que introdujo el art. 87 *ter*, ya era conocedor de la cuestión de inconstitucionalidad presentada contra el art. 10.8 LJCA. En la de 24 de mayo de 2021 (rec. 3375/2021) optó por una postura pragmática: «A la espera de que el TC se pronuncie, entendemos que debemos resolver los recursos de casación interpuestos». La situación acuciante de una pandemia que había que gestionar pudo más que la envergadura de los problemas jurídicos que la reforma legal suscitaba.

La deficiente técnica legislativa de la reforma, las omisiones en la regulación, las singularidades de la modificación... , demasiadas circunstancias coadyuvaban a que el texto legal precisara de una interpretación intensa por parte del Tribunal. La finalidad de la casación —formar jurisprudencia— aquí se ha cumplido, pero no solo en lo sustantivo, sino también en lo estrictamente procedimental.

Tanto es así que el recurso de casación del art. 87 *ter* no solo ha permitido al Tribunal formar jurisprudencia que ha venido a suplir las deficiencias

de la regulación legal, sino que ha funcionado como «auténtico legislador» en un magnífico ejemplo de creación judicial de derecho. La jurisprudencia del Tribunal —fundamentalmente en la de STS 24 de mayo de 2021 (rec. 3375/2021)— vino a cumplir una función no ya de comprensión del texto legal, sino, incluso, en algunos casos, de reconstrucción de su literalidad y, desde luego, de complemento y desarrollo normativo.

Apunto los contenidos «regulados» por el Tribunal Supremo⁴⁰. 1) Ha concretado la función de los TSJ y de la AN, fijando los criterios para llevar a cabo el control judicial requerido a las salas de los TSJ y de la AN, aunque, aquí, todo hay que decirlo, con la ayuda inestimable de la previa doctrina constitucional en materia de autorizaciones judiciales. Esos criterios pueden deducirse en parte de los arts. 10.8 y 11.1.i LJCA, pero sin duda que la interpretación del Tribunal va algo más allá del tenor de la ley y es un complemento de su literalidad basado en una interpretación sistemática que incorpora en la ecuación a los arts. 3 LOMESP, 26 LGS y 54 LGSP. 2) Ha interpretado contra el sentido literal de la ley la alusión expresa a la acción de «autorizar» y «ratificar», confiriendo un significado idéntico a ambos términos y, por ello, otorgando una consecuencia jurídica similar a la decisión judicial: otorgar o no vigencia definitiva a las medidas⁴¹. Y 3) ha determinado el supuesto de interés casacional que debe ser hecho valer en el recurso de casación fundado en el art. 87 *ter*, sin referencia al art. 88 LJCA.

Un mal legislador genera una sobreactuación de otros poderes y de ahí al temido gobierno de los jueces hay un paso. Lo más sorprendente es que esa consecuencia haya sido resultado de un quehacer legislativo reprochable por partida doble: porque el legislador lo ha habilitado para intervenir en funciones administrativas y porque el legislador le ha inducido a suplirlo ante las omisiones y defectos de la regulación legal.

⁴⁰ Exclusión hecha de la interpretación extensiva de las normas básicas estatales en el plano sustantivo para servir de base a medidas limitativas de derechos fundamentales, sobre la que no me pronuncio en este trabajo. Sobre ese particular, Crespo Barquero (2021: 79) considera que la labor normativa del Tribunal tiene consecuencias relevantes: «No parece por tanto que la *homologación judicial* de la propia disposición administrativa pueda ser la “solución” que establezca el propio Legislador, endosando a los jueces la tarea de perfilar o *complementar* por vía interpretativa el contenido y alcance de la norma, en lugar de cumplir por sí mismo con el deber de dotarla de los rasgos de “accesibilidad” o “previsibilidad” que la Constitución impone a través de la reserva de ley».

⁴¹ Algo que, por cierto, valida la STC 70/2022 citando al propio Tribunal Supremo.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Las valoraciones que se han hecho acerca de las sucesivas y constantes medidas aprobadas por el Gobierno en relación con la pandemia de la covid-19 no han estado libres de sesgos netamente políticos. Sí o no al estado de alarma, sí o no a la cogestión por parte de las CC. AA., sí o no a la suspensión de los plazos procesales, sí o no a la reforma de la LJCA... Algunos dirán que más que un sesgo ideológico es un sesgo académico entre posturas pragmáticas y posibilistas —que entienden que la situación habilita al Gobierno a aprobar medidas extraordinarias y distintas, de difícil encaje a veces, pero que puedan servir para hacer frente a una situación problemática— y posturas conservadoras y dogmáticas —que entienden que no todo vale y que, por ello, rechazan nuevas medidas cuando ya hay otras medidas vigentes que podrían ser igualmente eficaces y que, sobre todo, no provocan «ruido» jurídico—.

Los pragmatistas nos dirán que medidas como las contempladas en los arts. 10.8, 11.1.i, 122 *quater* y 87 *ter* LJCA «tampoco eran para tanto», máxime si consideramos que estamos ante una función extraordinaria, pero útil para una situación excepcional. Yo deduzco algo parecido del voto particular a la STC 70/2022. Sin embargo, los conservadores afirmarán que «sí que era para mucho», pues estamos ante una función extraordinaria y excepcional que afecta a elementos estructurantes del sistema. Aquí encontramos el sentido fundamental de la STC 70/2022.

A mi juicio, no se puede ser condescendiente con cualquier producto normativo que se apruebe por aquello de que la situación lo requiera. La situación exige gestión eficiente, pero no inventar soluciones, máxime si ya había otras que podrían haber funcionado y evitado el recurso al art. 117.4 CE.

2. La LJCA ha acogido desde su aprobación mecanismos suficientemente aptos como para afrontar con suficiencia la crisis derivada de la adopción de medidas contra la pandemia de la covid-19. Es cierto, hay que reconocerlo, que para hacer esos instrumentos más eficaces tal vez hubiera sido necesaria alguna adaptación legal, pero, lo más importante, es que esas reformas no supondrían alterar el régimen de funciones propio de los órganos jurisdiccionales: un control en el seno de un proceso entre partes.

Para abordar con prontitud la respuesta frente a las medidas sanitarias que pudieran afectar a derechos fundamentales es evidente que podría acudir al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Esto ya evitaría agotar la vía administrativa. Además, añadidamente, cabría solicitar medidas cautelarísimas que, como señala el art. 135 LJCA, solo pueden

solicitarse en «conurrencia de circunstancias de especial urgencia». Como es bien conocido, la medida cautelar de suspensión se adopta en primer lugar *inaudita parte*, pero debe ratificarse, en su caso, inmediatamente después, salvándose el defecto de contradicción⁴². El auto que ratificara la suspensión de las medidas sería, igualmente, susceptible de casación, porque así lo dispone el art. 87.1.b.

¿Sería esto suficiente para abordar con prontitud la sucesión constante de cambios en el estado de la gravedad de la pandemia en las distintas partes de España? Aquí es donde entrarían algunas de las reformas legales que cabría proponer. En cuanto al previo recurso especial, quizá hubiera sido razonable una modificación de los arts. 114 y ss. LJCA para reducir los plazos para interponer el recurso. Asimismo, en cuanto a la casación, por aquello de la unificación de criterios en tiempo récord, las reformas podrían ir en la línea de lo que se recoge en el art. 87 *ter*. Parecería justificado eliminar la fase de preparación; sería imprescindible acortar los plazos para presentar el recurso y tal vez fijar otros para resolver el recurso; igualmente necesario sería eliminar la preceptividad del recurso de reposición del art. 87.2, y creo que poco más. Ahora bien, insisto, todo estaría centrado en el juicio en torno a las medidas cautelares, sin perjuicio del posterior pronunciamiento sobre el fondo. Bajo mi punto de vista, con estos retoques se habría conseguido que el control limitado de legalidad que afectase a la ejecutividad de las medidas sanitarias se integrara en el pleno ejercicio de la función jurisdiccional. *Ceteris paribus* —pienso en concreto en la densidad de la normativa sanitaria vigente—, la tutela cautelar era la solución.

Me llama profundamente la atención que el voto particular a la STC 70/2022 afirme, en apoyo de la reforma de la LJCA declarada inconstitucional, que el mecanismo previsto en el art. 10.8 LJCA era similar a otros existentes, como la tutela cautelar. Lo sorprendente es que no saque ninguna conclusión de esa semejanza y no justifique cómo, si era viable acudir a esa vía cautelar y, además, articula una forma de control similar, se hizo preciso idear un mecanismo de control preventivo *ex art.* 117.4 CE, precepto reservado para situaciones excepcionales. En buena medida esta razón es la que permite afirmar que el recurso al art. 117.4 para habilitar un control preventivo de legalidad es viable, pero limitado y poco probable. No solo es un problema de cómo se articularía ese control y qué efectos jurídicos se le imputarían, sino también es una cuestión de justificar el recurso a mecanismos extraordinarios, para lo cual habría que motivar que los ordinarios no funcionan, son insuficientes o generan problemas graves.

⁴² En este sentido, la doctrina de la STC 218/1994 (FJ 5).

3. Tal vez lo que planteo sea poco realista. O tal vez no⁴³. Un buen test para esta propuesta creo que se puede encontrar en la respuesta que ante situaciones exactamente iguales a las que hemos sufrido en España, se han adoptado en otros Estados de la Unión Europea. Me referiré brevemente a lo sucedido en Francia y en Alemania.

Comienzo con la exposición del caso francés⁴⁴. En la regulación del procedimiento abreviado prevista en el *Code de Justice Administrative* se regulan dos procedimientos especiales en los arts. L. 521-2 y 521-2 que han tenido el protagonismo en el control de las medidas sanitarias por parte del juez contencioso-administrativo. Ninguno es un procedimiento establecido *ad hoc*, sino que son procedimientos de naturaleza cautelar, si bien están pensando en la tutela singular en casos concretos⁴⁵.

⁴³ Un trabajo que aborda la utilidad de la justicia cautelar en materia de salud, eso sí, con un enfoque general y centrado en situaciones singulares y concretas, en Pérez Gálvez (2018).

⁴⁴ Sigo aquí a Vatna (2020), Alcaraz (2020) y Chevalier (2021).

⁴⁵ El recurso de *référé-suspension* fue regulado por Ley 2000-597, de 30 de junio de 2000, introduciendo el art. L. 521-1 en el *Code de Justice Administrative*. Este procedimiento habilita al juez para suspender —totalmente o solo en alguno de sus efectos— las decisiones administrativas recurridas —aun siendo un acto desestimatorio—. Para que pueda acordarse la suspensión es preciso que concurra una situación de urgencia y que se justifique un motivo susceptible de crear serias dudas sobre la legalidad de la decisión.

El *référé-liberté* también fue regulado originalmente por la Ley 2000-597. Se prevé en el art. L. 521-2 del *Code de Justice Administrative*. Este procedimiento permite acudir, en caso de urgencia, ante el juez administrativo, cuando se considera que la Administración vulnera grave y manifiestamente una libertad fundamental en el ejercicio de sus atribuciones. El juez puede suspender la decisión administrativa, pero también ordenar a la Administración actuante que tome medidas específicas. Para ello, debe comprobar que efectivamente existe urgencia y que la Administración —por acción u omisión— ha provocado una vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad o derecho fundamental. El juez ha de resolver ponderando y valorando, sin entrar en el fondo, esas circunstancias, tomando en consideración las medidas adoptadas por la Administración y los medios de que se disponen, dictando su decisión en 48 horas.

Según el art. L. 523-1, las decisiones dictadas en el recurso de *référé-suspension* se dictan en última instancia. Sin embargo, las decisiones en el marco del *référé-liberté* podrán ser recurridas ante el Consejo de Estado dentro de los quince días siguientes a su notificación. En este caso, el presidente de la sección contenciosa del Consejo de Estado, o un asesor delegado a tal efecto, decide en el plazo de 48 horas y ejerce, en su caso, las facultades previstas en el art. L. 521-4, esto es, podrá, en cualquier

En Alemania se ha producido una situación parecida, no obstante, paradójica. Los ciudadanos en muchos casos han tenido que articular la defensa de sus derechos fundamentales a través de la impugnación directa de las normas que establecían medidas sanitarias limitativas de derechos. En muchos casos, la injerencia podía localizarse ya en la propia disposición. Lo relevante es que el § 47 I 2 *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO)⁴⁶ ha tenido una relevancia práctica fundamental para la protección jurídica. Lo verdaderamente interesante es que en esa práctica ganó terreno el control judicial tutelar. La queja, como tantas veces ocurre con la justicia cautelar, ha sido el riesgo de prejuzgar el fondo del asunto⁴⁷.

4. La justicia cautelar ha tenido una trascendencia clave tanto en Francia como en Alemania. Aquí podría haber sucedido exactamente lo mismo. No encuentro motivos para lo contrario. Esto no quita para que las críticas habidas en ambos países, generalmente fundadas en los términos en que se prejuzga el fondo, fueran secundadas en España. Sin embargo, tales diatribas encuentran parangón con problemas similares en relación con el procedimiento especial del art. 122 *quater*⁴⁸. En mi opinión, podría haber sido un momento idóneo

momento, modificar las medidas que se hubieran ordenado o ponerles fin si concurriera un cambio de circunstancias.

⁴⁶ El precepto legitima, según el derecho de cada *Land*, a recurrir normas con rango inferior a la ley. Esto es posible en todos los *Länder* con la salvedad de Berlín y Hamburgo. Contra la sentencia de instancia cabe apelación ante el Tribunal Administrativo Federal (§132 I VwGO).

⁴⁷ Sigo a Lepsius (2021: 87 y ss.).

⁴⁸ El Tribunal Supremo ha venido a delimitar el control que pueden llevar a cabo los TSJ y la AN en el procedimiento del art. 122 *quater*, afirmando que no puede condicionar un control de legalidad pleno posterior, como también sucede con los autos de medidas cautelares al no poder prejuzgar el fondo. Estamos de acuerdo. El problema está en que en ambos casos nos encontramos ante una delgada línea entre lo que significa predeterminar el fondo o «tutelar/autorizar» provisionalmente. Como sucede muchas veces en la justicia cautelar, dictado el auto con un pronunciamiento sobre el *fumus boni iuris*, poco más hay que decir. En este sentido, merece la pena recordar los difíciles equilibrios que se deducen de la doctrina del Tribunal Supremo para admitir que un pronunciamiento cautelar sobre la apariencia de buen derecho no prejuzga el fondo. En el procedimiento del art. 122 *quater*, me temo, pasaba exactamente lo mismo, pensando en una posterior impugnación de las medidas autorizadas.

Sin embargo, si lo que quiere decir el Tribunal es que la forma en que se articulaba el control en este procedimiento especial era diferente a la que se lleva a cabo en la pieza de medidas cautelares, entonces, solo se puede estar parcialmente de acuerdo. Desde

para reflexionar sobre la tutela cautelar y avanzar en los límites de este control provisional, máxime estando en liza derechos fundamentales y debiendo hacer frente a una situación pandémica absolutamente extraordinaria donde la Administración sanitaria debe actuar con base en datos científico-técnicos, pero con márgenes de acción suficientes —que el legislador estatal no ha querido concretar—.

Pero aún más. Si, como acabo de mostrar, los órganos judiciales podrían haber logrado fines similares en la protección de derechos en ejercicio pleno de sus funciones jurisdiccionales ordinarias, la pregunta inmediata es la siguiente: ¿estaba habilitado el legislador a acudir a la vía extraordinaria y excepcional del art. 117.4 CE? Vistas todas las consideraciones hechas páginas atrás, la respuesta solo podía ser negativa.

luego hay diferencias en los parámetros de control utilizables. Sin embargo, también hay coincidencias. Por ejemplo, hay una confrontación con la legalidad de las medidas en el plano formal y también en el sustantivo, una suerte de *fumus boni iuris*, si se me permite la comparación, hasta el punto de que, sin contar con ese soporte legal mínimo, la validación sería rechazada. Añadidamente, los casos en los que la jurisprudencia viene requiriendo acudir a ese juicio predictivo de conformidad a derecho son supuestos muy graves, muy parecidos a los que son objeto del procedimiento del art. 122 *quater* y que generarían la nulidad de las medidas. En ese caso, el juicio de proporcionalidad que centra el procedimiento autorizatorio de las medidas sanitarias incide sobre la protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, podríamos admitir que esa evaluación nos ubica en una situación parecida a la que tendría el órgano jurisdiccional en sede cautelar ante un vicio del art. 47.1.a LPAC. Por consiguiente, no hay razones de peso para afirmar que, estando en juego la tutela de los derechos fundamentales, el control de la Sala en el procedimiento de autorización/ratificación no fuera igual de determinante que pudiera serlo en sede cautelar.

Además, por último, el núcleo del control en el procedimiento de autorización/ratificación se focaliza en la proporcionalidad y, por ello, en la ponderación de intereses, que también se incluye como elemento que considerar en la tutela cautelar. Quizá el control sea menos amplio, pero se parece bastante.

En fin, no hay datos empíricos que confirmen mi tesis, pero sí que creo que esta hipótesis se puede cotejar con la experiencia existente en la tutela cautelar en aquellos casos en que es considerado el *fumus boni iuris*. A pesar de las cautelas que los órganos jurisdiccionales toman, lo cierto es que, en muchos casos, el fondo queda prejuzgado. Considerando esta doctrina, y haciendo un juicio retrospectivo sin más soporte empírico que la propia experiencia, las mismas dudas se generarían si la Sala del TSJ o de la AN tuvieran que volver a pronunciarse sobre las cuestiones que ya se hubieran analizado en el procedimiento especial de autorización/ratificación de medidas sanitarias generales.

5. Termino. Nos debatimos entre asumir poderes, principios, valores y derechos constitucionales devaluados o vencibles por otros alzados como prevalentes por una suerte de derecho constitucional de excepción —en pro de la eficacia administrativa con independencia de ciertas garantías básicas⁴⁹ y por encima incluso de las funciones de los jueces y tribunales— o entender, por el contrario, que la Constitución encuentra en la crisis sanitaria un momento clave para que los poderes públicos la doten de pleno vigor⁵⁰.

Lo primero puede ser bastante peligroso, ya que puede llegar a suponer el cuestionamiento de la vinculación del poder público a la Constitución y/o la afección a principios fundamentales y elementos estructurantes del sistema. Lo segundo, sin embargo, obliga al poder público a demostrar la eficacia del sistema constitucional en los momentos de crisis. Obliga a las Administraciones a tomar decisiones ponderadas, considerando sus efectos en los derechos fundamentales, y, por ello, a establecer medidas necesarias y adecuadas para lograr doblegar la pandemia sin violentar los derechos de los ciudadanos. Pero lo más importante es que este enfoque desde la eficacia de la acción administrativa no es incompatible con un control de la actuación de la Administración mediado por un control tutelar rápido y efectivo. No hacían falta inventos que planteaban evidentes dudas de constitucionalidad, como así ha ratificado la STC 70/2022.

Bibliografía

- Agudo González, J. (2018). *La función administrativa de control*. Madrid: Civitas.
- Alcaraz, H. (2020). El estado de emergencia sanitaria en Francia: ¿elogio de la excepción? En P. Biglino y F. Durán (coords.). *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional* (pp. 1-21). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Disponible en: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0023>.
- Alonso Timón, A. J. (2020). La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la COVID-19. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-11. Disponible en <https://doi.org/10.14422/icade.i110.y2020.002>.

⁴⁹ Así, por ejemplo, en Francia. El párr. 1.º del art. 61 CE establece que cualquier ley orgánica debe ser obligatoriamente sometida al control del Consejo Constitucional. La *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* no fue sometida a dicho control. Pues bien, a pesar de la flagrante omisión, el Consejo Constitucional se pronunció manteniendo que las circunstancias particulares del caso habilitaban a entender que la ley orgánica no había sido aprobada en contra de CE (Consejo Constitucional, Decisión 2020-799 DC, de 26 de marzo de 2020).

⁵⁰ Esta es la visión que prevalece en Alemania. Véanse Heinig *et al.* (2021) y Lepsius (2021).

- (2021). 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. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.09>.
- Álvarez García, V. (2020). El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia. *El Cronista*, 90/91, 26-41.
- (2021). La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales. *Diario del Derecho*, 27-5-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3Rivxem>.
- (2022). La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias. *Diario del Derecho*, 10-1-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3E58bpD>.
- Aragón Reyes, M. (2020). Epílogo. En P. Biglino y F. Durán (coords.). *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional* (pp. 1-18). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Disponible en: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0025>.
- Azpitarte Sánchez, M. (2021). Coronavirus y Derecho Constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, 105-138. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.121.04>.
- Ballesteros Moffa, L. A. (2021). Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias. *Revista Jurídica de la ULE*, 8, 297-315. Disponible en: <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i8.7085>.
- Baño León, J. M. (2020). Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. *Almacén de Derecho [blog]*, 29-10-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3RdvikE>.
- Barnés Vázquez, J. (2021). La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, 216, 101-139.
- Cano Campos, T. (2020). La presunción de validez de los actos administrativos. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 14, 6-28. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/real.i14.10851>.
- Chevalier, E. (2021). The Control of Administrative Inaction in the Context of the COVID-19 Health Emergency in France: An Inadequate Response from the Interim Relief Judge? *Review of European Administrative Law*, 14 (3), 29-43. Disponible en: <https://doi.org/10.7590/187479821X16341122033269>.
- Crespo Barquero, P. (2021). La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 54, 45-103.
- Fernando Pablo, M. M. (2021). Seminario «Secuelas jurídicas de la pandemia. Reconstruir el Estado de Derecho». YouTube, 17-5-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3reysu0>.
- González López, A. (2020). A propósito de 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 ratificación o autorización judicial de medidas sanitarias urgentes. *Blog de la Asociación de letradas y letrados del Gobierno vasco [blog]*, 23-9-2020. Disponible en: <https://www.alego-ejale.com>.
- Heinig, H. N., Kingreen, T., Lepsius, O., Möllers, C., Volkman, U. y Wissmann, H. (2021). *Why constitution matters*. La ciencia del Derecho Constitucional ante la crisis del coronavirus. *Revista Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 129-156. Disponible en: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_529.

- Izquierdo Carrasco, M. (2022). COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 17, 6-30. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/real.a.i17.11069>.
- Lepsius, O. (2021). Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 71-96. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30707>.
- Lozano Cutanda, B. (2021). Real Decreto Ley 8/2021: la reforma del recurso de casación ahonda en un «Estado de gobierno judicial» y socava el principio de responsabilidad patrimonial. *Gómez-Acebo y Pombo*, mayo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3E3Q0jU>.
- Muñoz Machado, S. (2020). El poder y la peste de 2020. *El Cronista*, 90/91, 114-131.
- Murillo de la Cueva, P. L. (2021). La pandemia, el estado de alarma y los jueces. *Revista Vasca de Administración Pública*, 121, 61-128. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.02>.
- Pérez Gálvez, J. F. (2018). La justicia cautelar en el ámbito de la salud: valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 357-431. Disponible en: <https://doi.org/10.46735/raap.n100.712>.
- Pomed Sánchez, L. (2020). Derechos fundamentales en pandemia. En A. Penadés y A. Garmendia (dirs.). *Informe sobre la Democracia en España, 2020. El año de la pandemia* (pp. 129-150). Madrid: Fundación Alternativas.
- Rebollo Puig, M. (2005). La presunción de validez. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 128, 587-638.
- Salamero Teixidó, L. (2020). Algunas reflexiones sobre la autorización/ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos *plúrimos* para hacer frente a la Covid-19. *Diario La Ley*, 9638, 4.
- Vatna, L. (2020). Le juge administratif et la crise de la covid-19 Entre protection de la santé et respect des libertés: le juge administratif à l'épreuve de la covid-19. *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 25-10-2020. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/revdh.10542>.
- Velasco Caballero, F. (2020). Cuestión de inconstitucionalidad contra la ratificación judicial de medidas sanitarias. *Blog de Francisco Velasco* [blog], 15-11-2020. <https://bit.ly/3BTI41W>.