

EL ATAQUE AL PODER JUDICIAL DURANTE LA PANDEMIA

SANDRA GONZÁLEZ DE LARA MINGO
*Magistrada Especialista en lo contencioso-administrativo
Audiencia Nacional*¹

TRC, n.º 50, 2022, pp. 547-560
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Breve introducción. II. Primer estado de alarma durante la pandemia. La suspensión de plazos procesales: la interrupción del normal funcionamiento del Poder Judicial durante el estado de alarma. III. La nueva normalidad. Autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales: La inconstitucional conmixti3n entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

I. BREVE INTRODUCCI3N

España ha afrontado como pa3s una grave crisis sanitaria provocada por el azote del COVID-19. Se trataba de una situaci3n in3dita en nuestro pa3s y en el mundo entero que provoc3 la declaraci3n por segunda vez en nuestra historia democr3tica de sucesivos estados de alarma.

La posibilidad de declaraci3n de los estados de alarma, de excepci3n y de sitio est3 prevista en el art3culo 116 de la Constituci3n Espaola [«CE»], precepto que fue desarrollado por la Ley Org3nica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepci3n y sitio [«LOEAES»].

La LOEAES se aprob3 pocos meses despu3s del intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981, y, en los 40 aros de su vigencia la situaci3n de España ha

¹ Las ideas expresadas en este trabajo son estrictamente personales y en modo alguno pueden atribuirse ni comprometer a la instituci3n en la que presta los servicios la autora.

cambiado notablemente. Los problemas a los que se enfrentaba la España de los años 80 no tiene nada que ver con los problemas que ha tenido que afrontar nuestra nación actualmente, problemas, que, desde mi punto de vista, se ha visto obligada a resolver sin contar con los instrumentos normativos adecuados por la inacción del Legislador.

Es cierto que hemos viviendo una situación desconocida hasta ahora a nivel mundial y, desde luego, «imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981», según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en el auto de 30 de abril de 2020², pero, esta acertada apreciación, —que comparto—, debería hacernos reflexionar sobre la urgente necesidad de proceder a revisar o reformar la LOEAES para adaptarla a los nuevos escenarios que puedan producirse en el futuro. En mi opinión LOEAES es una Ley claramente desfasada que necesitaría una importante reforma y actualización para acomodarla a los tiempos que vivimos.

En particular, en este artículo describiré la incidencia que desde mi punto de vista ha tenido la legislación dictada con ocasión de la pandemia sobre el normal funcionamiento del Poder Judicial, haré referencia a cómo se ha alterado la necesaria separación y división entre los tres Poderes del Estado, y relataré cómo se ha perturbado el sistema de mecanismos de frenos y contrapesos (checks and balances) inherente a un Estado social y democrático de Derecho.

Para abordar la incidencia que la pandemia ha tenido sobre el normal funcionamiento del Poder Judicial y la separación y división de poderes deberemos hacer una breve referencia a las distintas etapas que hemos atravesamos teniendo en cuenta la legislación que estaba vigente en cada uno de esos momentos para exponer la incidencia que ha tenido sobre el Poder Judicial, que no olvidemos, es uno de los tres poderes del Estado social y democrático de Derecho que nos dimos los españoles a través de la promulgación de la Constitución.

Así, debemos recordar que, en el BOE del 14 de marzo de 2020 se publicó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El citado Real Decreto entró en vigor en el momento de su publicación, y dicho estado de alarma estuvo vigente hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, al haber sido prorrogado hasta en seis ocasiones por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo y 555/2020, de 5 de junio.

Posteriormente, en el BOE del 9 de octubre de 2020 se publicó el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, decreto que tuvo una duración

2 Recurso de amparo núm. 2056-2020.

temporal de 15 días, y, que limitaba su ámbito territorial únicamente a determinados municipios de la Comunidad de Madrid.

Por último, en el BOE del día 25 de octubre de 2020 se publicó el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró nuevamente el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Este estado de alarma entró vigor el propio día 25 de octubre y fue prorrogado desde las 00:00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021. No obstante, esa prórroga fue declarada inconstitucional por la Sentencia n.º 183/2021 del Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021.

A las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021 expiró la prórroga del último estado de alarma declarado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, y España una vez superado el último estado de alarma, entró en la etapa de la mal denominada «nueva normalidad». Así, volvimos al escenario jurídico previo a la declaración del primer estado de alarma durante la pandemia, y, como únicas normas para contener el avance de la pandemia nuestro país contaba con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y, el Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como en la normativa autonómica correspondiente³.

Después de más de un año y medio desde la declaración del primer estado de alarma durante la pandemia (-segundo estado de alarma en nuestra historia democrática-) el Legislador no había procedido a modificar la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio ni la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública [«LOMEMSP»], que recordemos, son las dos únicas normas en la materia con rango de Ley Orgánica.

Sin embargo, nuevamente volvieron a surgir diferentes y alarmantes episodios de contagios por el Covid-19 en esta nueva situación en la que ya no estaba vigente la declaración del tercer estado de alarma durante la pandemia, y, diversas Comunidades Autónomas se vieron obligadas a dictar disposiciones generales, bien de los consejeros autonómicos de salud, bien de los gobiernos autonómicos, en las que adoptaban medidas encaminadas a proteger la salud pública que implicaban privación o restricción de derechos fundamentales (entre ellas, confinamientos perimetrales). Las autoridades autonómicas, invocando el artículo 8.6 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [«LJCA»],

3 Vid. GONZÁLEZ DE LARA MINGO, S. «Reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias». *Actualidad Administrativa*, n.º 9, 1 de sep. de 2021, Editorial Wolters Kluwer.

procedieron a solicitar de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación de tales medidas, lo que dio lugar a pronunciamientos dispares de estos juzgados (también de juzgados de otro orden jurisdiccional en funciones de guardia) que, en unos casos ratificaron las medidas de salud pública autonómicas, y en otros las denegaron⁴.

La situación de incertidumbre descrita dio lugar a que en 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, se introdujera la disposición final segunda que modificaba los artículos 8.6, 10.8 y 11.1 i) LJCA.

En la Exposición de Motivos 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 se indicaba expresamente que «Una vez superado el estado de alarma, la Administración de Justicia debe adaptarse durante los próximos meses a la nueva normalidad».

En el marco de esa «nueva normalidad» la referida disposición de la Ley 3/2020 (que tiene su origen en una enmienda introducida en la tramitación ante el Senado) reordenó la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre autorizaciones de medidas sanitarias que afectasen a derechos fundamentales, de tal forma que a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo se les atribuyó competencia para conocer de la autorización o ratificación de las medidas sanitarias ablativas o restrictivas de derechos fundamentales «plasmadas en actos administrativos singulares» (nueva redacción del párrafo segundo del artículo 8.6 LJCA), mientras que la autorización o ratificación judicial de las disposiciones sanitarias generales adoptadas por las comunidades autónomas se encomendó a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (nuevo artículo 10.8 LJCA), y si esas disposiciones generales emanan de las autoridades estatales se declara competente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [artículo 11.1 i) LJCA].

De este modo, la reforma introducida por la Ley 3/2020 estableció de modo expreso que la intervención de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo lo era solo para la autorización o ratificación de medidas singulares para la protección de la salud pública acordadas por las administraciones públicas competentes que supongan la privación o restricción a algún derecho fundamental, es decir, de medidas contenidas en actos administrativos dirigidos a destinatarios identificados individualmente.

Pero, al propio tiempo, esta reforma legal vino a dar expresa cobertura normativa a la referida práctica de las comunidades autónomas, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, de solicitar a la jurisdicción contencioso-administrativa

4 *Vid.* STC 70/2022, de 2 de junio de 2022 (Cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020).

la autorización o ratificación de disposiciones de sus gobiernos en las que se adoptan medidas generales (esto es, cuyos destinatarios no están identificados individualmente), encaminadas a proteger la salud pública, que implican privación o restricción de derechos fundamentales. Con ello, el Legislador optó por la solución de que todas las medidas sanitarias generales que pudieran suponer una injerencia en un derecho fundamental debían contar con la intervención de la voluntad de dos poderes, el ejecutivo y el judicial, para su entrada en vigor y aplicación, de suerte que la autorización o ratificación judicial era un instrumento para perfeccionar y otorgar eficacia a esas disposiciones generales en materia de salud pública.

La Ley 3/2020 también introdujo algunas reglas para la tramitación del procedimiento de autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias urgentes que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. Únicamente podían promover este novedoso procedimiento la administración pública que pretendía obtener la autorización o ratificación judicial y solo el Ministerio Fiscal estaba llamado a intervenir en él. El procedimiento se caracteriza por su tramitación preferente, por los brevísimos plazos en que había de sustanciarse (debía resolverse, por auto, en un plazo máximo de tres días naturales), por carecer de naturaleza contradictoria (ya que no hay en él partes enfrentadas) y por limitarse la cognición a la que da lugar a resolver si procede la autorización o ratificación judicial de las medidas generales limitativas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias para proteger la salud pública (artículo 122 quater LJCA).

Posteriormente, se dictó el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, cuyo artículo 15 introdujo unas modificaciones al nuevo procedimiento creado unos meses antes, en particular, se posibilitó en acceso a la casación de los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional.

El Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 70/2022, de 2 de junio de 2022 (Cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020) ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los artículos 10.8 y 11.1 i) y del inciso «10.8 y 11.1 i)» del artículo 122 quater, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia.

Pues bien, el objeto de este artículo es analizar la incidencia que sobre el nuestro Estado social y democrático de Derecho, que lleva ínsito el principio de separación y división de poderes y la existencia de un régimen de pesos y contrapesos (checks and balances) entre los diferentes poderes del Estado ha tenido el

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que supuso la interrupción del normal funcionamiento del Poder Judicial durante el estado de alarma, y, 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 que estableció una inconstitucional conmixti3n entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

II. PRIMER ESTADO DE ALARMA DURANTE LA PANDEMIA. LA SUSPENSI3N DE PLAZOS PROCESALES: LA INTERRUPCI3N DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DEL PODER JUDICIAL DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

En primer lugar, proceder3 a comentar por su gran incidencia sobre el funcionamiento normal del Poder Judicial, la Disposici3n adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declar3 el estado de alarma, que se intitulaba «Suspensi3n de plazos procesales», y estableci3 que:

- «1. Se suspenden t3rminos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los 3rdenes jurisdiccionales. El c3mputo de los plazos se reanudar3 en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las pr3rrogas del mismo.
2. En el orden jurisdiccional penal la suspensi3n e interrupci3n no se aplicar3 a los procedimientos de habeas corpus, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a los 3rdenes de protecci3n, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores.
Asimismo, en fase de instrucci3n, el juez o tribunal competente podr3 acordar la pr3ctica de aquellas actuaciones que, por su car3cter urgente, sean inaplazables.
3. En relaci3n con el resto de 3rdenes jurisdiccionales la interrupci3n a la que se refiere el apartado primero no ser3 de aplicaci3n a los siguientes supuestos:
 - a) El procedimiento para la protecci3n de los derechos fundamentales de la persona previsto en los art3culos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicci3n Contencioso-administrativa, ni a la tramitaci3n de las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el art3culo 8.6 de la citada ley.
 - b) Los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades p3blicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicci3n social.

- c) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
 - d) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil.
4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso».

Pues bien, debemos indicar que la posibilidad de declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio está prevista en el artículo 116 de la Constitución Española[«CE»], precepto que fue desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

La declaración del estado de alarma no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, y, menos aún debe interrumpir el normal funcionamiento del Poder Judicial. Precisamente, durante la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio un Estado social y democrático de Derecho, —que se precie de tal—, debe asegurar que se garantice el normal funcionamiento de todos los Poderes del Estado. La función que constitucionalmente tiene atribuida el Poder Judicial es la de servir como garante último de la legalidad, siendo su deber principal asegurar la protección y tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos, especialmente, en las situaciones donde estos derechos pueden verse fundamentalmente comprometidos, o, incluso, suprimidos.

El sistema de mecanismos de frenos y contrapesos (*checks and balances*) está ínsito en nuestra Constitución como ha señalado la STC n.º 124/2018, de 14 de noviembre de 2018 (FJ 4). El concepto de Estado social y democrático de Derecho va ineludiblemente ligado a la existencia de un régimen de *checks and balances* (pesos y contrapesos) entre los diferentes poderes del Estado. El carácter democrático de la Constitución requiere no sólo una organización constituida a partir del principio democrático como legitimador originario en la emanación de la Norma Fundamental, sino también la propia ordenación del Estado constitucional desde el principio democrático, de tal suerte que quede garantizada el control de unos poderes sobre los otros.

La suspensión de los plazos procesales supuso— *de facto* una supresión temporal del régimen del *checks and balances* (pesos y contrapesos) entre los diferentes poderes del Estado, que conforman el propio concepto de Constitución democrática.

Pero, es que, además, a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (artículo 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio.

Solo los derechos expresamente enumerados en el artículo 55 de la Constitución (derecho a la libertad y seguridad personales, derecho a la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libertad de circulación y residencia, derechos a la libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación, y, derecho de huelga) podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la propia Constitución. La declaración del estado alarma no comporta la suspensión de ningún derecho fundamental.

El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE en ningún caso puede ser suspendido ni limitado ni alterado durante la vigencia del estado de alarma, excepción o sitio.

También debemos subrayar que el artículo 11 LOEAES solo prevé que el decreto de declaración del estado de alarma pueda acordar las medidas siguientes:

- «a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto».

Entre el elenco de medidas que el artículo 11 LOEAES autoriza al Gobierno a adoptar no se encuentra la posibilidad de suspender los plazos procesales. En mi opinión, esto supone una clara extralimitación de la habilitación legal contenida en el citado artículo, que, además, determinó la interrupción del normal funcionamiento de uno de poderes constitucionales del Estado, el Judicial, y supone *de facto* la suspensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Puede afirmarse que, cuando se declaró por segunda vez en nuestra historia democrática el estado de alarma, prácticamente, no existía jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo sobre los estados de alarma excepción y sitio.

El ATC 7/2012, de 13 de enero de 2012 (ES:TC:2012:7A) y STC 83/2016, de 28 de abril (ES:TC:2016:83), colocaron al Tribunal Constitucional en la necesidad de interpretar por primera vez varios aspectos sustantivos del régimen que la Constitución prevé para los estados de emergencia. La STC 83/2016 examinó el primer estado de alarma de nuestra historia democrática (declarado con ocasión de la huelga de controladores aéreos), pero lo hizo desde la óptica formal de si era

susceptible de un recurso de amparo, limitándose a resolver que dicha norma tenía rango de ley, y, en consecuencia, inadmitió la demanda por no tratarse de una de las actuaciones susceptibles de recurso de amparo.

La doctrina contenida en el ATC 7/2012, de 13 de enero de 2012 (ES:T-C:2012:7A) y STC 83/2016, de 28 de abril (ES:TC:2016:83) que ha determinado que la decisión gubernamental por la que se decreta el estado de alarma viene a integrar junto con la Constitución y la LOEAEs el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado, y establecer los efectos de dicha declaración que pueden implicar, excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, determinadas disposiciones legales, en ningún caso puede interpretarse en el sentido de que habilite la modificación durante los estados de alarma, excepción o sitio del principio de división y separación de los tres poderes del Estado, así como de los diversos mecanismos de frenos y contrapesos, ínsitos en nuestra Constitución.

En esta tesitura debemos recordar que el artículo 1 de la Constitución afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, división y separación de los poderes del Estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Por imperativo de los artículos 116.5 y 1.4 LOEAEs la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpa el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, y, el Poder Judicial es uno de ellos. Y la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio en ningún caso puede limitar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

En mi opinión, actualmente, este criterio interpretativo creo que viene avalado por la reciente STC n.º 168/2021, de 5 de octubre de 2021 (Recurso de amparo 2109-2020), que declara que entre los días 19 de marzo y el 13 de abril de 2020, se suspendió el normal funcionamiento del Poder Legislativo, vulnerado el derecho fundamental de participación política previsto en el artículo 23 CE, a lo que yo añadiría, que también se suspendió el normal funcionamiento del Poder Judicial, vulnerando derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

La STC n.º 168/2021, de 5 de octubre de 2021 (Recurso de amparo 2109-2020) nos da ciertas pautas interpretativa, pero, no resuelve la cuestión relativa a

si puede suspenderse el normal funcionamiento del Poder Judicial durante la declaración del estado de alarma porque dicha cuestión no fue planteada.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 2021 tiene un gran valor en la defensa del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución al declarar que, precisamente, durante la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, es cuando con mayor intensidad se debe llevar a cabo el control del Poder Ejecutivo, y, es en esos momentos cuando en mayor medida debe permanecer vigilante el sistema de contrapesos de poder establecido en la Constitución, y dentro de este sistema de contrapesos se encuentra el control ejercicio por el Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo.

Como Magistrada integrante de la Carrera Judicial no deja de sorprenderme que en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020 interpuesto contra la declaración del estado alarma se cuestionara la constitucionalidad del cierre de los centros de enseñanza por vulneración del derecho a la educación (artículo 27 CE), pero, no se cuestionara el cierre de los órganos judiciales por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

Debemos destacar que durante esos días también estuvo suspendido el normal funcionamiento del Poder Judicial no solo el Poder Legislativo, aunque no haya sido declarado expresamente por la STC, por lo que me asalta la duda de en qué tipo de Estado se convirtió España durante ese periodo en que el Poder Judicial y el Poder Legislativo estaban suspendidos y solo funcionaba el Poder Ejecutivo. En qué clase de Estado nos convertimos.

III. LA NUEVA NORMALIDAD. AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS QUE LAS AUTORIDADES SANITARIAS CONSIDEREN URGENTES Y NECESARIAS PARA LA SALUD PÚBLICA E IMPLIQUEN LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. EL INCONSTITUCIONAL CONMIXTIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

El 20 de septiembre de 2020 entró en vigor la Disposición Final Segunda, apartados uno y dos, 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, que introdujo la regulación de la autorización o ratificación judicial de las medidas que implicaran limitación o restricción de derechos fundamentales a las que me he referido más arriba.

En realidad, la norma lo que hace es que, dado que la Administración estatal o autonómica que adopta la medida sanitaria —o dicho de una manera más técnica, adopta una disposición de carácter general— no puede limitar o restringir derechos fundamentales, la norma añade el complemento de la ratificación judicial a la disposición de carácter general.

Como he ya he indicado la STC n.º 70/2022, de 2 de junio de 2022⁵ ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los artículos 10.8 y 11.1 i) y del inciso «10.8 y 11.1 i)» del artículo 122 quater, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia.

La magnífica STC n.º 70/2022, de 2 de junio contiene una lección magistral sobre lo que significa que España sea un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), lo que implica el necesario imperio del principio de división y separación de los tres Poderes del Estado, con el intrínseco juego de los diversos engranajes de frenos y contrapesos que la Constitución ha dibujado para equilibrar el ejercicio de esos poderes, y, ha definido y delimitado la función que constitucionalmente tienen encomendada el Poder Judicial.

En palabras de la STC n.º 70/2022, de 2 de junio «La exigencia, contenida en el cuestionado art. 10.8 LJCA, de autorización judicial para que puedan ser aplicadas las medidas generales adoptadas por las administraciones competentes a fin de proteger la salud pública, supone atribuir a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia una competencia que desborda totalmente la función jurisdiccional de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117.3 CE), sin que pueda encontrar acomodo en la excepción prevista en el art. 117.4 CE, a tenor de lo antes señalado. La garantía de los derechos fundamentales a que este precepto constitucional se refiere no puede justificar la atribución a los tribunales del orden contencioso-administrativo de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional, reservada en exclusiva a jueces y tribunales, como lo es la regulada en el precepto cuestionado, que determina una inconstitucional commixtión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional».

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

5 Cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020.

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

IV. CONCLUSIONES

Como he indicado más arriba la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio se aprobó pocos meses después del intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981, y, en los 40 años de vigencia la situación de España ha cambiado notablemente. Los problemas a los que se enfrentaba la España de los años 80 no tiene nada que ver con los problemas que ha tenido que afrontar nuestra nación actualmente. Es cierto que hemos viviendo una situación desconocida hasta ahora a nivel mundial y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981, pero, eso no puede ser un pretexto para rebajar la calidad de nuestras instituciones democráticas.

La concepción moderna del Estado de Derecho en España y en la Unión Europea ha dado lugar al surgimiento de nuevas exigencias que se plasman en los principios de «buena gobernanza» o «buena regulación», «buena administración» y «buena jurisdicción». Derechos de última generación.

El buen gobierno de una nación se caracteriza por una mejora de la regulación y de la calidad de las normas, por una simplificación y adecuación de la legislación, por la revisión constante del impacto que la legislación tiene en la sociedad. Hasta el día de la fecha no se ha procedido a la revisión de nuestra legislación.

Esta obligación está consagrada en nuestro derecho positivo, el artículo 129 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas recoge los «Principios de buena regulación», pero es necesario que dichos principios no queden solo en un deseo del Legislador, es preciso que tenga una aplicación efectiva.

La realidad es que durante los últimos dos años hemos asistido con pasmo a los siguientes hechos de gran trascendencia para el Estado social y democrático de Derecho:

En primer lugar, el instrumento jurídico utilizado por el Gobierno para decretar el primer estado de alarma durante la pandemia (-previamente se había decretado el de los controladores-) no fue el correcto para proceder al «confinamiento» de casi 47 millones de personas, en su mayoría sanas⁶.

6 *Vid.* STC n.º 148/2021, de 14 de julio de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020).

En segundo lugar, se suspendió el normal funcionamiento del Poder Legislativo, vulnerado el derecho fundamental de participación política previsto en el artículo 23 CE⁷, a lo que podría añadirse, que también se suspendió el normal funcionamiento del Poder Judicial, vulnerando derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE de toda la población española.

En tercer lugar, se acordó una duración de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados durante el segundo estado de alarma de manera inconstitucional, a lo que hay que añadir que el Gobierno delegó sus competencias exclusivas en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas con lo que se impidió el control del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo mientras se limitaban nuestros derechos fundamentales⁸.

En cuarto lugar, se procedió a una reforma de la LJCA para posibilitar la autorización o ratificación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional de las medidas sanitarias para la protección de la salud pública acordada por el Estado o las Comunidades Autónomas, cuando los destinatarios no estuvieran identificados que ha sido declarada inconstitucional por la innegable confusión que ocasiona entre las funciones ejecutiva y judicial, menoscabando la potestad reglamentaria que al Poder Ejecutivo corresponde, al tiempo que compromete la independencia del Poder Judicial⁹.

Una situación como la descrita me causa profunda preocupación.

Causa perplejidad ver como en la era de la «nueva normalidad» se han ido «desescalando» todos los logros de calidad democráticos que se habían atesorado durante cuarenta años. Produce zozobra observar como la división y separación de los Poderes del Estado —sagrada durante la era de la «antigua normalidad», se ha diluido en la era de la «nueva normalidad» hasta desaparecer. Provoca estupor leer Decretos que ignoran abiertamente la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico limitando o suprimiendo derechos fundamentales de todos los españoles. Es inquietante comprobar como durante el estado de alarma se ha suspendido el normal funcionamiento del Poder Judicial, hasta casi hacerlo desaparecer, y, también se ha suspendido el normal funcionamiento del Poder Legislativo. Y, sobre todo, resulta alarmante que se acepte de manera acrítica la conculcación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico bajo el pretexto de que el fin justifica los medios.

TITLE: *The attack on the judiciary during the pandemic*

ABSTRACT: *In this article I will analyse the impact that from my point of view the legislation dictated during the pandemic has had on the normal functioning of the judiciary. I will refer to how the necessary*

7 Vid. STC n.º 168/2021, de 5 de octubre de 2021 (Recurso de amparo 2109-2020).

8 Vid. STC n.º 183/2021 de 27 de octubre de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad n.º 5342-2020).

9 Vid. STC n.º 70/2022, de 2 de junio de 2022 (Cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020).

separation and division between the separate branches of the State has been altered, and I will recount how the system of checks and balance inherent in a social and democratic state of law has been disturbed. I will also describe the impact on our social and democratic State of Law, which carries the principle of separation and division of powers and the existence of a regime of checks and balances between the different branches of the State has had Royal Decree 463/2020, of March 14, which declared the state of alarm for the management of the health crisis caused by COVID-19 that meant the interruption of the normal functioning of the judiciary during the state of alarm, and, of Law 3/2020, of September 18, on procedural and organizational measures to deal with Covid-19 in the field of the administration of justice that established an unconstitutional commixture between the Executive Power and the Judiciary.

RESUMEN: *En este artículo analizaré la repercusión que desde mi punto de vista ha tenido la legislación dictada con ocasión de la pandemia sobre el normal funcionamiento del Poder Judicial, haré referencia a cómo se ha alterado la necesaria separación y división entre los tres Poderes del Estado, y relataré cómo se ha perturbado el sistema de mecanismos de frenos y contrapesos (checks and balances) inherente a un Estado social y democrático de Derecho. También, describiré la incidencia que sobre el nuestro Estado social y democrático de Derecho, que lleva ínsito el principio de separación y división de poderes y la existencia de un régimen de pesos y contrapesos (checks and balances) entre los diferentes poderes del Estado ha tenido el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que supuso la interrupción del normal funcionamiento del Poder Judicial durante el estado de alarma, y, 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 que estableció una inconstitucional commixión entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.*

KEY WORDS: *State of alarm, suspension of procedural deadlines, effective remedy, Judiciary, Executive Power, Legislative Power, Checks and balances.*

PALABRAS CLAVE: *Estado de alarma, suspensión de los plazos procesales, tutela judicial efectiva, Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, sistema de pesos y contrapesos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 06.09.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5.10.2022

CÓMO CITAR/CITATION: González de Lara Mingo, S. (2022). El ataque al Poder Judicial durante la pandemia, *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 547-560.