

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

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El Real Decreto Ley 8/2021 introduce un recurso de casación especial con el que culmina una cuestionable reforma procesal que prevé la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que restringen derechos fundamentales.

1. El artículo 15 del Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo (BOE de 5 de mayo y entrada en vigor el 9 de mayo), modifica la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para introducir un nuevo recurso de casación ante el Tribunal Supremo que podrá interponerse, en todo caso, contra a los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y por la Audiencia Nacional en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1.i. de esta ley.

Estos preceptos, que fueron introducidos por la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, otorgan a dichos Tribunales la competencia para conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

sus destinatarios no estén identificados individualmente (corresponde a la Audiencia Nacional conocer de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria estatal y a los Tribunales Superiores de Justicia de las adoptadas por autoridades de ámbito distinto al estatal).

2. Se trata de un «recurso de casación exprés» cuya tramitación sigue las previsiones siguientes:
 - a) No se requiere la interposición previa de recurso de reposición frente al auto objeto de recurso en los casos previstos en el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción.
 - b) El recurso se inicia directamente mediante la presentación del escrito de interposición ante el Tribunal Supremo y de un escrito de comparecencia ante el Tribunal de instancia; para ello, el recurrente dispone de un plazo de tan solo tres días hábiles contados desde la fecha de notificación del auto impugnado.
 - c) La interposición del recurso se acompañará, el mismo día, de un escrito de comparecencia ante la Sala de instancia en el que se ponga en conocimiento el hecho de la interposición. En el siguiente día hábil a su presentación, la Sala de instancia remitirá a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento en el que se dictó el auto recurrido.
 - d) La Sección competente tramitará el recurso con carácter preferente, dando traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que comparezcan y formulen las alegaciones por un plazo común de tres días.
 - e) Transcurrido este plazo de carácter improrrogable (sin que opere la posibilidad de evacuar el trámite cuando el mismo día de la declaración de caducidad), la Sección competente «fijará doctrina y resolverá sobre las cuestiones y pretensiones planteadas, en el plazo de los cinco días siguientes».
 - f) Si bien en principio los días para la tramitación y resolución del recurso son hábiles, se prevé la posibilidad de que en el escrito de interposición el recurrente solicite que se habiliten los días inhábiles «cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario y, en todo caso, cuando la demora en la resolución pueda causar perjuicios irreversibles».
3. Con este Real Decreto Ley se introduce un recurso de casación especial, pero, en realidad, lo que se pretende conseguir es algo que difícilmente puede sustanciarse por vía casacional.

En efecto, si lo que se busca es, como dice la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley, «uniformar doctrina» en relación a los criterios adoptados por los Tribunales sobre las

medidas de restricción de derechos fundamentales que resultan adecuadas y proporcionadas a la –exigua– normativa sanitaria existente, resulta imposible abstraerse de las circunstancias que las motivan y, por consiguiente, de la evaluación de las cuestiones de hecho. Sin embargo, la evaluación de los hechos está expresamente proscrita en el recurso de casación por el artículo 87.bis.1 de la Ley de la Jurisdicción (que la reforma no exceptiona).

Nótese, por otro lado, que en el recurso de casación no cabe solicitar medidas cautelares, por lo que se mantendrán las adoptadas, en su caso, por el Tribunal de instancia (de ahí posiblemente la previsión de una tramitación tan acelerada).

Con este recurso de casación se pretenden también controlar, por otro lado, las medidas que adopten las autoridades sanitarias autonómicas en cumplimiento de «actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad, en su caso, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud», pues en estos casos se reconoce expresamente la legitimación activa de la Administración General del Estado.

4. Con la regulación de este recurso de casación *sui géneris* culmina una reforma procesal que presenta serias dudas de constitucionalidad (el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación a las modificaciones introducidas por la Ley 3/2020).

Para empezar, y por lo que atañe a la utilización que se hace en este caso de la figura del Real Decreto Ley, resulta cuanto menos chocante que el Gobierno utilice este instrumento normativo excepcional para modificar el proceso aplicable al Tribunal responsable de su control.

Pero además, el Real Decreto incurre en una llamativa contradicción cuando, por un lado, afirma que *«no concurren en este momento causas que justifiquen la pervivencia de un régimen excepcional como lo es el estado de alarma, previsto en la Constitución supeditada a la necesidad de adoptar medidas de carácter excepcional»*, y, por otro lado, justifica la brevedad de los plazos del nuevo recurso en que así lo *«requiere una situación sanitaria tan grave y extraordinaria como la que obliga a esas autoridades a tener que adoptar esta clase de medidas»*.

Pues bien, si, como consecuencia de una epidemia concurren circunstancias excepcionales que justifican que las autoridades restrinjan los derechos fundamentales al margen de los procedimientos ordinarios, la vía jurídica aplicable es la del estado de alarma regulado por la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, de excepción y de sitio. Son éstos, como dice la Ley Orgánica, estados excepcionales que únicamente pueden declararse *«cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes»*. Para el estado de alarma, la ley orgánica incluye expresamente, como uno de los supuestos en los

que puede declararse, las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves».

A la situación de crisis sanitaria provocada por el COVID han hecho referencia expresa los dos Reales Decretos reguladores del estado de alarma en su Preámbulo (Real Decreto 463/2020 y Real Decreto 926/2020 así como su prórroga decretada por el Real Decreto 956/2029). Por consiguiente, si la situación extraordinaria que impele a restringir los mismos derechos fundamentales al margen de los procedimientos ordinarios persiste, la vía procedente es la prorrogar el estado de alarma con las modificaciones que, en su caso, se estimen oportunas.

La solución que adoptó la Ley 3/2020 de otorgar competencia a los Tribunales para autorizar decisiones administrativas pudo excusarse como un «parche» temporal, ante el caos generado por el levantamiento del estado de alarma y que, de hecho, condujo a que se decretase de nuevo. Pretender ahora reinstaurar esta solución con carácter permanente hasta que finalicen los efectos de la pandemia es, sin embargo, muy grave.

5. La Constitución encomienda a los jueces el ejercicio de la función jurisdiccional, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», y si bien admite que se les puedan encomendar por ley otras funciones «en garantía de cualquier derecho», por esta vía no cabe, como es obvio, laminar el ejercicio de su función jurisdiccional. Y esto es precisamente lo que ocurre cuando las decisiones administrativas se someten a autorización o ratificación judicial, en definitiva a un *refrendo* por los Tribunales.

Cuando así se hace, los Tribunales suplantán al Gobierno en el ejercicio de «la función ejecutiva y la potestad reglamentaria» que la Constitución le atribuye en exclusiva. Con ello, se rompe el principio de división de poderes –no hemos elegido a los jueces para que nos gobiernen- y se socavan las dos garantías básicas del ciudadano frente a las actuaciones de los poderes públicos en situaciones excepcionales: la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios anti-jurídicos que resulten de los actos y disposiciones adoptados.

El artículo tercero de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, de excepción y de sitio enuncia de manera taxativa estas dos garantías:

“Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.

El sistema que ahora pretende implantarse cercena estas dos garantías, porque: ¿ante quién podrán recurrirse unas decisiones judiciales adoptadas de consuno por la Administración y los jueces de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo?; y, aún más, ¿cómo reclamar responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de actos y disposiciones que ya han sido validados judicialmente?.

En definitiva, una reforma que nos sitúa, a partir del 9 de mayo, en un Estado de gobierno judicial inédito y peligroso, que no cabe descartar que sea declarado contrario a las garantías fundamentales de los ciudadanos por el Tribunal Constitucional.